



CEF Legal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 249 | Octubre 2021

ISSN: 2697-1631

**Validez y eficacia
de los pactos parasociales**

Javier Serra Callejo

La crisis económica de los clubes de fútbol

Olga Gilart González

**El codemandado en lo
contencioso-administrativo**

César Cierco Seira

La mejora de las políticas europeas

Carlos Francisco Molina del Pozo

Tu currículum no dice que

DESPUÉS DEL TRABAJO SEGUÍAS TRABAJANDO EN TU FUTURO.

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

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es



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

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

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

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

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

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

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

Facultad de Ciencias Jurídicas

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

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

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

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

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

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

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

¡ÚLTIMOS DÍAS DE MATRÍCULA!

Revista CEFLegal

Núm. 249 | Octubre 2021

Directora editorial

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

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

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

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Dolores Bardají Gálvez. Profesora titular de Derecho Civil. ESADE

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fabio Pascua Mateo. Catedrático acreditado de Derecho Administrativo. UCM

Juan Antonio Xiol Ríos. Magistrado del Tribunal Constitucional

Edita

Centro de Estudios Financieros

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



Revista CEFLegal

Redacción, administración y suscripciones

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

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2021) (11 números) 165 € en papel / 90 € en digital

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

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

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

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

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

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239



Imprime

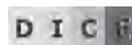
Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Revista CEFLegal

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

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

Validez y eficacia de los pactos parasociales: un enfoque sistemático 5-46

Validity and enforceability of shareholders' agreements: a systematic approach

1.º Premio «Estudios Financieros» 2021

Javier Serra Callejo

La crisis económica de los clubes de fútbol. De la financiación al concurso de acreedores 47-74

The economic crisis of soccer clubs. From financing to insolvency proceedings

Olga Gilart González

Constitucional-administrativo

El estatuto inacabado del codemandado en lo contencioso-administrativo 75-112

The unfinished statute of the joint defendant in administrative justice

1.º Premio «Estudios Financieros» 2021

César Cierco Seira

La información, participación y revisión en la mejora de las políticas europeas 113-130

Information, participation and review in the improvement of European policies

Carlos Francisco Molina del Pozo

Casos prácticos

Civil

Aspectos civiles y fiscales de la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales Adelaida Medrano Aranguren	131-136
Responsabilidad de entidad aseguradora de asistencia sanitaria por mala praxis de médico productora de daños y perjuicios Casto Páramo de Santiago	137-144
Contrato de transporte aéreo y denegación de embarque en avión José Ignacio Esquivias Jaramillo	145-155
Publicación de sentencia en redes sociales: derecho a la intimidad José Ignacio Atienza López	156-161

Administrativo

Concesión de subvenciones y sesiones municipales electrónicas en estado de alarma. Contrato administrativo de servicios Julio Galán Cáceres	162-198
--	---------

Normas de publicación	199-200
-----------------------	---------

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

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



Validez y eficacia de los pactos parasociales: un enfoque sistemático



Javier Serra Callejo

Abogado

javier.serra.cef@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-4594-6177>

Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio «Estudios Financieros» 2021** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Antonio Ortí Vallejo, doña Dolores Bardají Gálvez, don Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero, don Carlos Gómez Asensio, doña Sara González Sánchez, doña Pilar Gutiérrez Santiago, don Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas y doña Linda Navarro Matamoros.

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

Extracto

Este trabajo analiza varias cuestiones polémicas relativas a la validez y eficacia de los pactos parasociales: (a) en qué medida pueden las partes renunciar en ellos a sus derechos societarios, (b) si estos convenios pueden contener instrucciones a los administradores sociales, (c) si la sociedad debe o puede implicarse en asegurar la efectividad de lo pactado, y (d) si, cuando los pactos son omnilaterales, pueden ejecutarse mediante remedios societarios. Estos temas se suelen afrontar indicando que el pacto parasocial no es oponible a la sociedad (art. 29 LSC), lo que significaría que solo obliga *inter partes* y carece de eficacia societaria. Tal planteamiento olvida que el pacto tiene efectos *de facto* sobre la realidad en la que se inserta, que es la societaria. Sobre esta base ofrecemos soluciones en las que la legislación de sociedades recobra un papel relevante, junto con los principios generales del derecho contractual y patrimonial.

Palabras clave: pactos parasociales; validez; eficacia; derecho de sociedades.

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

Cómo citar: Serra Callejo, J. (2021). Validez y eficacia de los pactos parasociales: un enfoque sistemático. *Revista CEFLegal*, 249, 5-46.



Validity and enforceability of shareholders' agreements: a systematic approach

Javier Serra Callejo

Abstract

This article analyses several controversial questions concerning the validity and enforceability of shareholders' agreements: (i) to what extent the parties can waive their corporate rights, (ii) if these pacts can contain instructions for Company's directors, (iii) if the Company itself must or may get involved in ensuring their effectiveness, and (iv) whether, when the pact in question is unilateral, it can be enforced through corporate mechanisms. These matters are usually dealt with by pointing out that the agreement is not opposable to the Company (section 29 of Spanish Company Law), which would mean that it only binds the parties thereto and lacks corporate enforceability. This approach forgets that the pact has *de facto* efficacy on the reality where it is inserted, which is the corporation itself. On this basis, we offer solutions where corporate law recovers a significant role, together with general principles of contract and patrimonial law.

Keywords: shareholders agreements; validity; enforceability; Company Law.

Citation: Serra Callejo, J. (2021). Validez y eficacia de los pactos parasociales: un enfoque sistemático. *Revista CEFLegal*, 249, 5-46.



Sumario

1. Planteamiento
 - 1.1. La escueta dicción legal
 - 1.2. Las luces
 - 1.3. Las sombras
 - 1.4. Paradigma que se propone
 - 1.5. Plan de la exposición
2. Los tipos de pactos parasociales
3. Efectos del pacto parasocial sobre las partes
 - 3.1. Los excesos rigoristas y liberales
 - 3.2. ¿Una tesis intermedia?
 - 3.3. Sentido (utilidad) y sensibilidad (asfixia)
 - 3.4. La causa (¿o causas?) del pacto parasocial
4. Efectos del pacto parasocial sobre otros socios: en especial, el problema de los pactos que condicionan la libertad de juicio de los administradores
 - 4.1. La ponderación con la «cosa societaria»
 - 4.2. Los grados de protección de los derechos
 - 4.3. El «core» del interés social como equivalente de la «cosa societaria»
 - 4.4. Del liberalismo al intervencionismo, cuando el pacto dirige a los administradores
 - 4.4. El argumento procedimental
 - 4.6. El argumento de la «descarga de un deber» y lo que se puede «hacer»
 - 4.7. La guinda sin pastel y lo que «se puede pactar hacer»
 - 4.8. La *liability rule* de las actuaciones sin interés personal
 - 4.9. La *liability rule* de actuaciones con interés personal
 - 4.10. Cómo ser *gatekeeper* y no morir en el intento
5. Efectos del pacto parasocial sobre acreedores y otros *stakeholders*
 - 5.1. Deberes frente a los acreedores: genéricos y societarios
 - 5.2. Deberes societarios frente a otros *stakeholders*
6. Efectos del pacto parasocial sobre la sociedad
 - 6.1. El interés de la sociedad como organización burocrática
 - 6.2. El interés material de la sociedad
 - 6.3. La firma del pacto parasocial por la sociedad



- 7. La eficacia societaria de los pactos omnilaterales
 - 7.1. Planteamiento
 - 7.2. Proyectos amenazantes y jurisprudencia reticente
 - 7.3. A vueltas con la oponibilidad
 - 7.4. El canto del cisne y las compañías replicantes
 - 7.5. La trampa semántica
 - 7.6. Una última mirada a los contratos de cambio

1. Planteamiento

1.1. La escueta dicción legal

En la mayoría de los ordenamientos existió una animadversión inicial hacia los pactos parasociales, que llevó a declarar su nulidad. Así sucedió en España con el artículo 6 de la vieja LSA de 1951. Sin embargo, nos atreveríamos a decir que todos los derechos han evolucionado hacia la admisión de estos pactos. En el nuestro, ya los artículos 7.1 II del TRLSA de 1989 y 11.2 de la LSRL de 1995 prescindieron de la regla de nulidad y optaron por la de inoponibilidad a la sociedad. En el mismo sentido se pronuncia el actual artículo 29 de la LSC. El precepto se refiere a «los pactos que se mantengan reservados entre los socios», expresión que se interpreta como sinónimo de los parasociales o extraestatutarios, es decir, aquellos que no se incorporan a los estatutos sociales que se inscriben en el Registro Mercantil. Y para ellos la norma proclama que «no serán oponibles a la sociedad». El problema, a nuestro juicio, es que se tiende a reducir el significado de esta expresión al que transmite el 1257 I C: «Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos» (el principio de relatividad de la eficacia de los contratos). Esto ilumina, pero a la vez ensombrece la cuestión.

1.2. Las luces

Ciertamente, los pactos parasociales se salvan de la sanción de nulidad que se les asignaba antes con carácter general o de la necesidad de cumplir las numerosas normas imperativas con las que el derecho de sociedades disciplina los estatutos sociales, gracias a que (como manda el 1257 I CC) no crean obligaciones *ultra partes*. En efecto, como detallaremos, la razón de ser de aquellas normas imperativas es que los estatutos sociales son una suerte de derecho objetivo que obliga a colectivos que no los han consentido, como los adquirentes de acciones o participaciones. Por el contrario, los pactos parasociales, al no vincular a ninguna parte que no los haya aceptado, no tienen que respetar tales normas. Sus requisitos de validez son solo los que marca el derecho que regula las obligaciones consentidas, esto es, el derecho contractual.

1.3. Las sombras

Ahora bien, siendo lo anterior verdad, no es toda la verdad. Estamos ante un fenómeno obligacional, pero esto no significa que sea (como dijera las resoluciones de la DGRN de 24 de marzo de 2010 y 5 de junio de 2015) algo enteramente situado «al margen del régimen societario». Y la prueba de que esta afirmación es excesiva es que conduce a soluciones insatisfactorias de ciertos problemas prácticos. De entrada, suscita el riesgo de sancionar como válidos pactos leoninos para un socio solo porque este adjetivo se lea en abstracto, sin atender a la repercusión que de hecho tiene el pacto sobre el andamiaje societario. A la inversa, numerosos autores consideran que pactar el voto para el consejo o, en general, dictar instrucciones a los administradores es nulo *per se*, independientemente del contenido de dichas instrucciones. Para justificar lo anterior se aduce, entre otros motivos, que, en caso contrario, haríamos tales pactos «oponibles a la sociedad», al permitir que capten la voluntad del piloto que gobierna la nave social. También la identificación de «lo oponible» con «lo consentido» puede hacer impensable, cuando no lo es, que la compañía se responsabilice de vigilar la efectividad de las cesiones de derechos o, por el contrario, conducir a dar eficacia societaria a los pactos solo porque la sociedad los suscriba. Por fin, en el caso de los pactos omnilaterales, aquilatada la validez de lo acordado a la vista de los intereses en juego, su eficacia debería ser completa; pero de nuevo nuestro TS la recorta por temer que eso equivaldría a conceder a tales pactos la tan temida «oponibilidad a la sociedad».

1.4. Paradigma que se propone

Para evitar estos riesgos, se propone una interpretación sistemática de los artículos 1257 I CC y 29 de la LSC. Ciertamente, el tenor aislado de estos preceptos no ayuda¹, ya que parece vedar *todo* efecto del contrato *ultra partes*. Pero es evidente que esta prohibición solo concierne al efecto *de iure* del contrato («ser ley», esto es, crear *ex novo* deberes allí donde existían), siendo así que, como puso de manifiesto Ihering (1871, p. 245 y ss.), el contrato es algo más que una fuente de obligaciones: es también un hecho que se incorpora a la realidad y la afecta y se ve afectado por ella². Y esto ya no se puede excluir automática-

¹ Tampoco ayuda el texto del adagio latino que suele citarse (*res inter alios acta, neque nocet neque prodest*), ni el de Digesto 12, 2, 10 (*quia non deberet alii nocere, quod inter alios actum esset*).

² El autor alemán hablaba literalmente de eficacia «refleja» (*Reflexwirkung*) y la explicaba con una metáfora fisiológica: a veces un estímulo en un órgano produce una reacción en otra parte del cuerpo. Esto no es la mejor ilustración, pues parece sugerir que el efecto haya de ser colateral, cuando puede ser intencional (como de hecho sucede en el contrato en daño de tercero). También la metáfora tiene una connotación de inexorabilidad positiva (hay que endosar esos efectos) que no sería de recibo, de la misma forma que tampoco lo sería esa inexorabilidad negativa que nos propone cierta doctrina mercantilista (esos efectos

mente. Aquí lo que debe hacer la ley, como ante cualquier hecho, es juzgar si tal afectación debe ser o no tolerada, cuestión ya valorativa que depende de los límites sustantivos que consideremos aplicables. Las repercusiones *de facto* del contrato son como el ruido o los humos que emite el vecino y se cuelan en nuestro fundo: son inmisiones jurídicas, en lugar de simplemente materiales. El problema se resuelve, por tanto, poniendo en la balanza el derecho del vecino a gozar de su propiedad y el nuestro a no ser perturbado, valorando cuál y en qué medida debe prevalecer³. Esto último (la medida) es importante, pues el derecho admite diversos modos de reacción: a veces el invasor podrá hacer oponible su inmisión, aunque, en su caso, deba pagar una compensación; en otras ocasiones el invadido tendrá derecho a que no le afecte la injerencia y, en otras, por fin, podrá hacer oponible su propia situación, cortando de raíz el origen de la perturbación (que, si es un contrato, deviene ilegal y, por ende, nulo *inter partes*). Así las cosas, el 29 de la LSC debe interpretarse como una llamada a aplicar como regla general la solución de ineficacia del pacto *ad extra*, pero esto evidentemente no deroga principios esenciales del derecho, que pueden reclamar la afectación a la sociedad, o todo lo contrario, la nulidad del pacto parasocial como forma de salvaguardar los derechos societarios que lesiona.

Y es que, en efecto, el fundo vecino donde se verifican los efectos del pacto parasocial es la «casa societaria», la organización que ha creado el contrato social. El pacto entre socios es un contrato que se suscribe precisamente con el ánimo de influir en otro colindante, el contrato social. El adjetivo «parasocial», acuñado por el autor italiano Oppo (1942)⁴ y que ha sido adoptado por nuestra doctrina, dice verdad en cuanto denota que el pacto solo crea deberes entre las partes, pero sería engañoso si nos llevara a pensar que estamos ante algo situado por completo «al margen de» lo social. En puridad, deberíamos hablar de pactos «para-lo-social», a fin de dar a entender que buscan desplegar sus efectos, *de facto*, en la sociedad correspondiente. Por consiguiente, a la hora de determinar si esos efectos son o no admisibles, lo que procede es observar cómo provocan que se tambalee la casa societaria y cómo afectan a su estructura y a sus habitantes. Como veremos, este modelo es aplicable si se daña tanto la habitación de terceros como la de los propios contratantes, aunque en cada caso la legislación societaria regresa a escena con un rol distinto.

están prohibidos). Díez-Picazo (1996, pp. 427 y 428) habla en este sentido de «eficacia provocada» del contrato como concepto que va más allá de la «eficacia refleja».

³ Cfr. González Pacanowaka (1983, p. 370). La autora explica cómo la doctrina francesa, abandonando el corsé de un artículo 1165 del *Code Civil* que reproducía la frase latina, evoluciona hacia la idea de disociar relatividad (que concierne al efecto obligacional) y oponibilidad (la idea de que el contrato «está en el medio social» y tiene repercusiones). De hecho, tras la reforma operada en 2016, el actual 1195 del *Code Civil* ya solo proclama que «*le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties*», mientras que el 1200 dispone que «*les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat*». Pero la cuestión, como veremos, es incluso si la situación creada por el contrato anterior en el tiempo puede decaer ante intereses prevalentes.

⁴ Oppo se inspira a su vez en el término alemán *Nebenvertrage*, quizá más ilustrativo porque denota más vecindad (*Neben*) que separación.

1.5. Plan de la exposición

El plan de trabajo no es otro que desarrollar estas ideas, practicando la oportuna ponderación entre la autonomía de la voluntad y los bienes jurídicos de los diferentes interesados: los de las partes, que sean indisponibles para ellas mismas (§ 3); los de socios extraños al pacto (§ 4); los de acreedores u otros *stakeholders* (§ 5); y, por fin, los de la propia sociedad (§ 6); para terminar, en § 7 utilizaremos el paradigma que hemos propuesto para justificar que los pactos parasociales omnilaterales deben beneficiarse de remedios societarios; como paso previo, haremos un breve repaso de la taxonomía de pactos que suele manejar la doctrina (§ 2).

En todo momento, centraremos nuestro análisis en sociedades no cotizadas; en particular, en la SA y la SRL, pensando especialmente en sociedades «cerradas». Y buscaremos inspiración en la dogmática general del derecho contractual y patrimonial, para extraer generalizaciones que puedan ser aplicables, *mutatis mutandis*, al ámbito societario. La doctrina ha advertido contra los riesgos que presenta hacer esto de forma mecánica, extrapolando al ámbito colaborativo ideas que se han destilado a partir de los contratos de cambio. Pero sería más grave dejar de intentar este ejercicio y malgastar así la riqueza de soluciones que atesora la doctrina general⁵.

2. Los tipos de pactos parasociales

Fue también Oppo (1987) quien propuso una clasificación de los pactos parasociales, atendiendo a su grado de incidencia en la esfera de la sociedad, que ha tenido éxito en nuestra doctrina y es sin duda útil, pero corre el riesgo de convertirse en un pie forzado que limite nuestro pensamiento.

La primera categoría que individualiza Oppo es la de los pactos «de atribución», que son los que otorgan ventajas a la sociedad (verbigracia, los socios asumen el compromiso de financiar su empresa común o de venderle materia prima). Estos pactos pueden constituir contratos en favor de tercero, que creen derechos a favor de la sociedad, si esta los acepta (1257 II CC). Lo cierto es, sin embargo, que lo normal será que las ventajas previstas para la sociedad formen parte de un entramado de derechos y obligaciones de los socios, de forma que solo estos estén legitimados para hacer valer las obligaciones de los demás y siempre que ellos hayan cumplido las propias. Además, a menudo tales ventajas son «manzanas envenenadas», pues las condiciones de las prestaciones que se ofrecen a la sociedad son o bien opresivas para las propias partes o, desde la óptica de los terceros extraños al pacto, lesivas del interés social.

⁵ Advierten sobre los riesgos de extrapolación Lagos Villareal (2019) y Madrideojos (1999).

En segundo lugar, habla Oppo de los pactos «relacionales», que solo afectan a la esfera individual del socio. Menciona típicamente los que versan sobre la transmisión de la cuota social (derecho de tanteo, obligación de permanencia, opciones de compra y venta, derecho de acompañamiento o arrastre, etc.), pero cabe también aquí incluir los que suponen restricción de derechos individuales (por ejemplo, una renuncia a la preferencia en aumentos de capital). Estos pactos, por supuesto, solo crean obligaciones *inter partes*, pero –como veremos– para juzgar su propia validez *ad intra* es preciso determinar en qué modo sufre la posición del socio en la compañía, lo que requiere la colaboración del derecho societario; asimismo cabe preguntarse si lo acordado puede también afectar *de facto* al interés de los demás socios y si la sociedad puede involucrarse en asegurar su efectividad.

Por fin, la tercera categoría que menciona Oppo es la de los pactos «organizativos». Pero esta clase contiene a su vez dos subclases que merecen un tratamiento diverso: los relativos a *cómo* debe adoptar sus decisiones la organización y el *qué* debe decidir la misma. En principio, unos y otros solo contienen obligaciones de hacer y no garantizan un resultado, salvo que sean omnilaterales. Pero los segundos tienen una peculiaridad que justifica individualizarlos como categoría independiente (los llamaremos pactos «directivos»): obligan a las partes a ejercer su poder en la sociedad (normalmente el derecho de voto) de una determinada forma, con el resultado de que fuerzan a la nave social a tomar cierto rumbo; por eso, si los firmantes del pacto consiguen hacer valer sus posiciones, inciden *de facto* sobre los intereses de terceros extraños al pacto, ya sean socios, acreedores u otros *stakeholders* y bajo ese prisma debe enjuiciarse su validez.

Atendido lo anterior, la sistemática que elegimos está basada, como anunciábamos, en los intereses sobre los cuales pueden incidir los pactos parasociales, lo que implica que en cada apartado navegaremos por varias de las anteriores categorías.

3. Efectos del pacto parasocial sobre las partes

3.1. Los excesos rigoristas y liberales

Son comunes en la doctrina las expresiones que ponen de manifiesto que los pactos parasociales se hallan a caballo entre el derecho obligacional y el societario. La dificultad reside precisamente en cohonestar ambas parcelas, sin bascular en exceso hacia la una o la otra.

En este defecto incurre la que podríamos llamar tesis «rigorista», al inclinarse por completo hacia el lado societario. Para esta tesis, también el 29 de la LSC se reduce al 1257 I CC y estaría así reiterando lo obvio (los pactos parasociales no vinculan *ad extra*), aunque eso no zanjaría nuestro problema: si además de ello tales pactos pueden ser nulos *ad intra*, cuando vulneren normas imperativas. Y lo riguroso a estos efectos sería afirmar que el lugar donde se sitúa un pacto (dentro o fuera de los estatutos) no puede servir de excusa para eludir normas de obligado cumplimiento. Por tanto, los acuerdos extraestatutarios deberían respetar los

mismos límites a que se sujetan los estatutarios, los del artículo 28 de la LSC: 1.º, las «leyes», que serán –aparte de las generales– las societarias (la LSC en nuestro caso), y en concreto las reglas imperativas que para ambos tipos sociales o para uno de ellos establezca dicha ley; 2.º, los «principios configuradores del tipo social elegido», que en principio habría que destilar, mediante analogía *iuris*, a partir de las normas positivas, pero se convierten en causa de discrepancia entre partidarios de potenciar la autonomía de la voluntad y de restringirla⁶. En cualquier caso, sea cual sea el resultado de esa guerra, para la tesis rigorista habría que extrapolarlo a los pactos parasociales. Por ejemplo: el 200.1 de la LSC veda que los estatutos requieran la unanimidad de todos los socios como regla para la adopción de decisiones en junta general, y la STS (1.ª) de 27 de enero de 2005 extiende esta exigencia al consejo de administración; pues bien, para esta tesis, un pacto parasocial que, saltándose tal prohibición, exija la unanimidad entre sus firmantes sería también nulo, ya sea un pacto omnilateral (en cuyo caso la norma parasocial pretende suplantar *de facto* a la estatutaria) o parcial (cuyo significado es «yo no votaré a favor si los demás miembros del sindicato están en contra»).

Frente a ello, la tesis «liberal» apunta, con razón, que el lugar en el que se ubica un pacto sí es relevante, cuando ese sitio determina a qué sujetos y a qué intereses afecta. En particular, los estatutos son, como suele decir la DGSJFP, la «carta magna» que rige la vida social, y de esta forma funcionan como normas jurídicas, que vinculan a todos los que caen en su ámbito de aplicación. Afectan así a quienes adquieren acciones o participaciones sociales, sin necesidad de que los consientan e incluso aunque no los conozcan, y ello en un doble sentido: (a) pueden frustrar su adquisición si esta no ha respetado las restricciones estatutarias a la transmisión y (b) modulan el contenido de la posición de socio en la que ingresan⁷. Es más, la ley querría que este mercado sea ágil, y para ello pone a disposición de los adquirentes paquetes jurídicos estándar, que se pueden adquirir casi con los ojos cerrados, sabiendo que no depararán sorpresas atípicas. Como dice Paz-Ares (2011, p. 254), son estas normas «tipológicas» que buscan asegurar «economías de aprendizaje y de red», así como «reducir los costes de información».

Otras normas societarias tratan de evitar que los órganos sociales se arroguen la facultad de decidir cuestiones que los socios no han entregado a la organización. Sería el caso, por poner un ejemplo grosero, de un acuerdo mayoritario que, en una sociedad de capital, obligara a los socios a asumir pérdidas sociales.

En cualquier caso, en uno y otro caso estos límites tienen su razón de ser en proteger a sujetos que no han consentido el contenido correspondiente. Su fundamento es la seguridad jurídica en sentido amplio. Por eso, como los pactos parasociales solo obligan a los socios

⁶ Un ejemplo de esa polémica en Alfaro (2013).

⁷ Los estatutos tienen así eficacia «real» en el sentido de vincular a terceros que no los han suscrito, en este caso los adquirentes; también la tienen para los administradores, en cuanto pueden modular sus obligaciones (como el deber de diligencia) o sus derechos (como la remuneración, que regula el 217 de la LSC).

que los suscriben, es lógico que no estén sujetos a tales límites (*cessante ratio legis, cessat lex ipsa*). Así, no habría inconveniente alguno para aceptar la validez *inter partes* de la regla de unanimidad y tampoco hay motivo para prohibir que los socios acepten caso por caso nuevas obligaciones, como prueba el hecho de que muchos acuerdos sociales prohibidos son válidos si se adoptan con consentimiento individual de los afectados (cfr. 296.2 LSC).

¿Qué límites deberían respetar entonces los pactos parasociales? Como dice la jurisprudencia (*ad exemplum* STS [1.ª] de 23 de octubre de 2012), los pactos parasociales «no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias –de ahí gran parte de su utilidad– sino a los límites previstos en el art. 1255 del CC», esto es, «que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». En cuanto al significado de esta expresión, Paz-Ares (2011), abogando por la *freedom of contract*, reduce al mínimo su alcance: se trataría solo de «la defensa de los valores centrales o fundamentales del derecho privado (por ejemplo, interdicción de la usura [pactos leoninos], causalidad de la atribución, revocabilidad de los poderes, inexcluíbilidad de la responsabilidad por dolo)» (p. 254). Paz-Ares alude a estos principios como imperatividad «sustantiva», por contraste con la «tipológica», y concluye que, en efecto, para el pacto parasocial solo es parámetro de validez la primera.

A ello se suele añadir que un pacto parasocial es una modalidad de contrato social: las partes acuerdan sacar un partido conjunto a sus respectivas participaciones sociales, constituyendo al efecto una sociedad antecedente, normalmente «interna» (pues no se aportan las respectivas participaciones a una persona jurídica), que se rige por el tipo genérico de las sociedades, el de la sociedad civil (1665 y ss. CC).

3.2. ¿Una tesis intermedia?

¿Pero tienen de verdad tan poco juego en esta materia las normas societarias y, en particular, las específicas de cada tipo social? Algunos autores lo dudan. Pérez Ramos (2012) aboga por una tesis «intermedia» entre la «rigorista» (los pactos parasociales deben obedecer *todas* las normas societarias) y la «liberal» (no deben respetar *ninguna*), citando a Vaquerizo Alonso (2011) como su valedor. Apunta este último autor, en efecto, la necesidad de atender a la *ratio legis* de cada norma societaria, la cual no se circunscribiría al aspecto de seguridad jurídica antes mencionado. Menciona así los intereses de terceros, como minoritarios o acreedores. Sin embargo, nadie duda de que el pacto parasocial no puede afectar *de iure* a los derechos de partes extrañas al mismo y, si lo hace *de facto*, tampoco duda nadie, como veremos *infra* § 4, de que esos derechos deben ser preservados. La cuestión ahora es solo si hay algo en la razón de ser de las normas societarias que pueda invalidar un pacto parasocial por *dañar a los propios socios que lo suscriben*.

Por ejemplo, Vaquerizo reconoce que el socio puede asumir obligaciones de permanencia en la compañía (*lock-up*) que superen los límites que pesan sobre los estatutos (en la SRL,

cinco años a contar desde la creación de las participaciones sociales a tenor del 108.4 de la LSC; en la SA, dos años, si damos por buena la norma del 123.4 del RRM), pero también afirma que una «prohibición absoluta de transmitir la condición de socio» sería nula. (Es el *nulla societatis in aeternum coitio est* del Digesto 17, 2, 70.) ¿Mas esto por aplicación de esos mismos valores fundamentales del ordenamiento privado de los que hablaba Paz-Ares o de algo más? ¿Y es nula solo la prohibición absoluta de transmitir o también una por plazo muy dilatado?

Otro ejemplo: el derecho de preferencia en los aumentos de capital. Parece, por intuición, que sería nula una renuncia incondicionada a ejercer este derecho en el futuro. Ya suena mejor la obligación de no ejercer la preferencia en relación con la entrada de terceros que sean cruciales para potenciar el negocio, a propuesta del socio líder del proyecto. ¿Pero con qué límite temporal? ¿Y en qué condiciones económicas podría entonces suscribir capital el tercero?

Y otro caso práctico más: la *put option* a precio fijo. Suelen utilizar esta cláusula las sociedades de promoción empresarial: invierten en una *start-up*, reservándose el derecho de revender al emprendedor la participación adquirida, por el precio de adquisición más un interés; así pueden aprovecharse del éxito de la empresa, pero quedan a cubierto de su fracaso. Dejamos ahora de lado el peligro que para el interés social pueda representar que un socio vote siendo inmune a los efectos que tenga su decisión sobre el negocio, cuestión que trataremos *infra* § 6.2. Ahora interesa traer a colación el 1691 del CC, que prohíbe la cláusula leonina por excelencia: «es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas». Si un pacto parasocial es una sociedad civil, ¿es nulo este por infringir dicho precepto?

3.3. Sentido (utilidad) y sensibilidad (asfixia)

Pues bien, para intentar resolver estos interrogantes, pensamos que no procede sustituir la tesis liberal, sino presentarla de una forma que, pese a todo, da un juego al derecho societario mucho mayor del que era dable esperar a primera vista.

Ciertamente, el ámbito del desvalor (lo que pacto parasocial tiene prohibido) es ese reducto que marca el derecho obligacional. En una economía de mercado, el Estado solo interviene para enmendarle la plana a un contratante de forma excepcional, ya sea porque aprecia asimetría en la relación (consumidores, trabajadores) o porque se pacta algo tan injusto que a la comunidad le repugna ejecutarlo con sus jueces. Esto último es el significado de los «valores fundamentales del ordenamiento» a los que aludía Paz-Ares: un paternalismo de *ultima ratio*, el del padre que s3olo detiene al hijo cuando lo ve al borde del abismo, dispuesto a aceptar lo inicuo, leonino o, como se dice en el ámbito societario, opresivo⁸.

⁸ En realidad, para un purista liberal el componente subjetivo (la situación de angustia, inexperiencia o corteza mental a que alude la Ley de usura de 24 de julio de 1908) sería siempre preciso, pero quizá la postura

Ahora bien, luego es preciso llenar con hechos estos conceptos y ahí es imprescindible atender a la normativa societaria, porque esta aclara precisamente en qué modo lo pacto genera una situación que asfixia al socio. Esta es la idea de Ihering (todo contrato es un hecho que se inserta en la realidad), pero aplicada en un modo que, de tan cercano, puede pasar desapercibido: antes de mirar a los efectos del pacto parasocial sobre terceros, hay que atender a los que tiene sobre las propias partes, en la mansión donde se encuentran (la societaria), y en concreto en la habitación donde moran (su estatus como socios).

Esto se ilustra muy bien si se introduce la variante de que jueguen leyes de países diferentes: si las partes someten un acuerdo de socios a una ley distinta de la *lex societatis*, será aquella la que delimite la autonomía de las partes, y así veremos unas interventoras que la anulen y otras extraliberales que nada reglamenten; la *lex societatis* no podrá invocarse como «ley de policía» que prevalezca sobre la autonomía conflictual, salvo que se cumplan las condiciones del 9.3 del Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, esto es, salvo que el Estado del foro o el del *locus executionis* puedan demostrar una necesidad de política legislativa que lo justifique; ahora bien, en todo caso, nos dice el TJUE, una ley de otro Estado puede jugar, no ya para desplazar a la *lex contractus*, sino llamada por esta para llenar los hechos (*matters of fact*) que integran sus conceptos⁹. Y esto es a menudo lo que hace el derecho societario cuando colabora para desentrañar qué es lo «inicuo».

La apelación a la *ratio legis* de las normas societarias que hace la tesis «intermedia» tiene pues sentido, si bien solo como llamada de atención sobre lo que «duele» al socio. A partir de ahí, no nos conformamos con lo que representa para él una sorpresa desagradable (que es el límite que pesa sobre estatutos y acuerdos sociales), sino que buscamos lo que le oprime. Por ejemplo, las renunciadas absolutas a los derechos antes referidos (el de transferencia de la cuota social o el de preferencia en los aumentos de capital) serán normalmente nulas, porque erradican intereses sin los cuales el socio no respira: el encierro en la compañía inmoviliza la riqueza y obliga a soportar un eterno «malestar en la sociedad» cuando el socio discrepa por sistema del criterio del mayoritario o de las cortapisas que conlleva la presencia del minoritario; de igual modo, la entrada en el capital de terceros, si no se hace por el *fair value*, conlleva un expolio para el socio actual, amén de reducir la capacidad para influir en los asuntos sociales y, por ende, la de perfilar el retorno económico a recibir. De alguna forma, por tanto, estas renunciadas tienen el efecto de dejar a un socio en manos de otros, incurriendo en lo que proscribió el 1256 del CC: «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

¿*Quid* de las restricciones de los derechos que no son puramente ablativas, pero rebasan los límites que la ley impone por razones de seguridad jurídica? Pues aquí la tendencia natu-

dominante es que también contradice el orden público lo objetivamente inicuo, en cuanto comporta un desequilibrio desproporcionado entre las partes. En este sentido, STS (1.^a) de 14 de febrero de 2000.

⁹ Extraemos esta opinión por analogía de la STJUE de 18 de octubre de 2016 (caso *Republik Griechenland v Grigorios Nikiforidis*).

ral de los jueces y las leyes puede ser rechazar toda cortapisa para la que no se pruebe un motivo de negocio válido. Esta es la postura del 1379 del *Codice Civile* italiano, el cual exige que los pactos de permanencia contractual se circunscriban a los límites «convenientes» que marque un «interés apreciable» de una de las partes¹⁰. Y este ha sido el modo de razonar también de la STS (1.ª) de 20 de febrero de 2020, que anula la cláusula de un protocolo familiar que obligaba a los socios a mantener indefinidamente sus respectivos coeficientes de participación en la compañía: el Alto Tribunal consideró que ese pacto perdía su razón de ser «una vez satisfecha la finalidad principal a que respondió de asegurar una ordenada sucesión en las empresas familiares tras el fallecimiento de los fundadores». Viene a ser este planteamiento semejante al de protección de los derechos fundamentales, que tienen efecto expansivo y solo admiten las restricciones que superan un test de proporcionalidad. Tal vez no sea esto ortodoxo, pues en materias disponibles el efecto expansivo lo tiene la autonomía de la voluntad, pero es comprensible que suceda, sobre todo cuando las partes no han tenido la prudencia de explicitar su propia perspectiva (la ponderación que han hecho entre los objetivos de negocio que persiguen y las restricciones que establecen). Es más: no será raro que, ante una ausencia absoluta de orientación, los tribunales se refugien en el «campamento base» de las limitaciones legales pensadas para estatutos o acuerdos sociales.

3.4. La causa (¿o causas?) del pacto parasocial

Con este razonamiento, estamos dando entrada en el análisis a la causa concreta del negocio, esto es, los motivos prácticos de los contratantes, normalmente ocultos, pero que devienen relevantes si se aceptan por ambas partes como fin del negocio. Pero quizá antes de ello, deberíamos habernos preguntado por la causa abstracta del pacto parasocial: si es oneroso o gratuito; si es de cambio o colaborativo y de qué tipo. Decíamos antes que, para la doctrina, el pacto parasocial tiene una causa asociativa, en cuanto encarna una sociedad interna entre sus firmantes. Lo cierto es que esta afirmación en parte se queda corta y en parte larga.

Se queda corta en un pacto omonilateral, el cual (como detallaremos *infra* §7) es un auténtico estatuto (en el aspecto organizativo) de la propia sociedad externa. Pese a ello, este estatuto puede seguir excluyendo las normas tipológicas pensadas para proteger la seguridad del tráfico, porque no tiene vocación de tener eficacia frente a terceros adquirentes. Pero –si no lo hace– esas normas conservan valor supletorio, y de este modo devienen el entorno en el que ha de juzgarse la validez de cada pacto. Por ejemplo, *ceteris paribus* un pacto de renuncia a transferir admitirá un plazo menor en una SA que una SRL, donde el socio tiene mayor control sobre con quién comparte el encierro y puede disponer de causas de separación más generosas¹¹.

¹⁰ «Il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti, e non è valido se non è contenuto entro convenienti limiti di tempo e se non risponde a un apprezzabile interesse di una delle parti».

¹¹ En el extremo el 108.3 de la LSC permite para la SRL la intransferibilidad eterna unida a separación *ad nutum*.

A la inversa, otras veces lo asociativo queda desplazado, aunque no es fácil hacerlo del todo. Podemos verlo con el ejemplo antes referido de la *put option* por precio fijo. ¿Qué causa y, por ende, qué régimen jurídico tiene este convenio? El tema ha sido discutido en múltiples jurisdicciones. En Italia, en concreto, el artículo 2265 del *Codice Civile*¹² contiene una regla similar a nuestro 1691 del CC y, sin embargo, la sentencia de la Corte de Casación italiana de 4 de julio de 2018 ha dictaminado que ese pacto es válido y merece ser tutelado. El motivo sería que tal cláusula, dice la Corte, no tiene efecto sobre la sociedad, la cual sigue imputando beneficios o pérdidas a la sociedad como si el pacto no existiera: en términos técnicos, no se integra en la *causa societatis*. Ahora bien, esto es así respecto de la sociedad externa, pero ¿qué decir de la asociación interna entre titular y concedente de la opción? ¿No sería esta una sociedad leonina?

La Corte italiana parece salvar esta objeción al sugerir que concurre aquí una causa mixta, asociativa y de financiación. Y, en efecto, se puede interpretar que este acuerdo se traduce en que uno presta dinero, quizá con un interés inferior, gracias a que tiene una garantía y también un premio de éxito si la empresa triunfa, quedando al abrigo de una eventual mala gestión a través del precio de venta fijo. Ahora bien, si las partes no han pactado un simple préstamo con un interés más un *success fee*, será porque (salvo que incurrieran en simulación) existe, en efecto, un componente de riesgo en su contrato, componente que (mientras una norma similar al 1691 del CC siga vigente)¹³ podría tener virtualidad como límite a la autonomía de la voluntad. Verbigracia, a nuestro juicio bien cabe argüir que el compromiso de recompra decae en el caso extremo, esto es, si la empresa entra en concurso sin culpa del gestor y se decreta su disolución¹⁴.

4. Efectos del pacto parasocial sobre otros socios: en especial, el problema de los pactos que condicionan la libertad de juicio de los administradores

4.1. La ponderación con la «cosa societaria»

Cumple ahora abordar los efectos de los pactos que hemos bautizado como «directivos». Estos siguen vinculando exclusivamente a las partes firmantes. Pero esta vinculación se traduce

¹² «È nullo il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite».

¹³ Precisamente en Bélgica el nuevo *Code de Sociétés* aprobado en 2018 ha suprimido la prohibición de exoneración de pérdidas que contenía el antiguo artículo 32, y esto se interpreta como dirigido a evitar esta discusión (cfr. http://www.droitbelge.be/fiches_detail.asp?idcat=32&id=823).

¹⁴ Cfr. Alfaro (2021), donde se sostiene que la disolución social es el equivalente de la resolución del contrato sinalagmático. Alfaro, sin embargo, es partidario de la validez sin más de este género de cláusulas (Alfaro, 2019).

en optar por determinadas resoluciones en los órganos sociales, las cuales, o bien directamente inciden sobre derechos de los demás socios, o en todo caso marcan el rumbo de la nave social, afectando a todos los que han puesto en ella sus apuestas o *stakes*. Conforme al paradigma que proponemos, la cuestión a resolver es entonces si esos efectos colisionan con derechos o intereses prevalentes de terceros extraños al pacto, comenzando por los propios socios.

Se produce aquí de nuevo una distribución de papeles entre derecho obligacional y societario, pero de otra índole: el primero dispone que un pacto no puede tener un objeto o causa ilícita y la legislación que proceda (en este caso la societaria) aclara cuál es la «cosa ajena» que no puede ser objeto de apropiación. Si antes el derecho obligacional identificaba el desvalor y el societario solo ayudaba a perfilar los hechos, ahora es el segundo el que determina el injusto, pues en efecto los terceros extraños al pacto pueden argüir que, si existen cualesquiera derechos que los estatutos sociales no les podían quitar o en la práctica no les habían quitado, tampoco se los pueden arrebatar *de facto* los pactos parasociales. Aun así, es importante destacar que nada nos exime del ejercicio de ponderación entre los valores respectivos de los bienes en juego, por la sencilla razón de que el socio que concierne un pacto puede también actuar en ejercicio de un derecho y el tercero, como veremos, disfrutar de un interés que decaiga precisamente ante el valor prevalente del primero. Para desarrollar este punto, conviene efectuar otro *excursus* por el derecho civil, a fin de repasar las distintas formas de protección de cada derecho que se ofrecen.

4.2. Los grados de protección de los derechos

La propiedad (el derecho real, en general) goza de una protección *erga omnes* y plena, no solo pecuniaria (el que causa un daño a un bien debe repararlo), sino específica (al que nos priva de un bien no le basta pagarnos su precio, como si nos lo expropiara, sino que debe devolverlo). Ello siempre que el titular haya sido diligente y cumplido el requisito de «apariencia» del derecho, mediante la publicidad adecuada para cada bien (en el caso de los inmuebles, aun producida la entrega, solo ganamos protección frente a la «doble venta» a un tercero de buena fe cuando inscribimos en el Registro de la Propiedad, según dispone el 1472 del CC). El corolario de esta protección es que la conspiración para arrebatarlos la cosa tiene causa ilícita y es, por ende, nula, lo que conlleva la incoercibilidad de lo acordado (1275 CC) o ese otro elemento disuasorio que es la irrepitibilidad de lo pagado, si es que medió contraprestación (1305 y 1306 CC).

Sin embargo, cuando la doctrina se ha planteado cómo reaccionar frente a actuaciones que lesionan el derecho de crédito, ya sean materiales (un tercero atropella al contratante y le impide cumplir su compromiso) o jurídicas (una *prima donna* se compromete para cantar en un teatro, pero otro empresario la contrata para que lo haga en el suyo)¹⁵, se ha con-

¹⁵ En el derecho inglés el *tort* del *inducement to breach a contract* nace precisamente en relación con un caso de este tipo (*Lumley v. Gye* [1853] EWHC QB J73), y también en España se gesta en torno a la ruptura

cluido que existe también una protección *erga omnes*, pero no siempre plena. Es claro que aquel que, conociendo o debiendo conocer que una persona tiene un compromiso previo, le induce a romperlo, incurre en responsabilidad aquiliana: junto con el contratante que deja de cumplir, será solidariamente responsable ex artículo 1902 del CC del pago de la indemnización que proceda, en su caso, a tenor del contrato. La duda es si también juega aquí una protección específica como aquella de la que disfruta el derecho real. Ciertamente, la naturaleza de la prestación puede dificultar este cumplimiento *in natura*: se podrá conseguir una *injunctio* para prohibir a la cantante actuar en otro teatro, pero no obligarla a un *facere* personal como cantar en el propio. Pero aun así la cuestión sigue siendo si proceden formas de coacción indirecta que pueden conducir al mismo resultado, como precisamente (a) considerar que el segundo contrato tiene causa ilícita (con las consecuencias antes vistas) y (b) además disparar el importe de la indemnización por encima de lo que resultaría de aplicar las cláusulas contractuales, asegurando una *restitutio in integrum*.

No se discute pues si el derecho de crédito debe ser protegido frente a todos; solo se debate –como agudamente se ha planteado en la doctrina del *common law*– si debe hacerse con una *liability rule* (protección limitada a la indemnización contractual) o con una *property rule* (protección específica o al menos tendente a asegurar la abstención del tercero). Los partidarios de limitar la protección a la *liability* hacen un análisis económico del derecho y arguyen que esto es «pareto-eficiente», ya que el contratante desairado no pierde (recibe la compensación que establece el derecho contractual) y todos los demás ganan (la cantante recibe el plus prometido y el nuevo empresario lo rentabiliza con su beneficio)¹⁶. De contrario, se aduce que el derecho no puede animar a la ruptura de los contratos, pues está para algo más, para garantizar la paz social¹⁷.

Pues bien, en ese debate, lo que a nuestro juicio transpira como incontestable es que no cabe intentar obtener por vía indirecta una protección específica que ha sido *excluida legal y contractualmente*: si el contrato admite la *termination at will*, esto es, la denuncia *ad nutum* o con una indemnización pretasada (el pago de una «carta de libertad»), no cabe dificultar esta extinción inventando otras sanciones, como la calificación del segundo contrato como ilícito o la atribución de una responsabilidad por daños que vaya más allá de la pena contractualmente estipulada¹⁸. La solidaridad en el pago de esta pena está justificada

de la exclusiva de la cantante Raquel Meyer con una discográfica (STS [1.ª] de 23 de marzo de 1921). En España la introducción del concepto de «contrato en daño de tercero» se debe a Gullón Ballesteros (1958).

¹⁶ La primera formulación de esta teoría se atribuye a Birmingham (1970). Se populariza con su aplicación por el juez Posner en el caso *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985).

¹⁷ Perillo (2000, p. 1092): «*The law [...] does want to discourage breaches, efficient or otherwise. The law seeks to protect reliance and expectancies, and to preserve peace and tranquility.*».

¹⁸ Cfr. Remington (1999), donde explica cómo si C induce a B para que incumpla su contrato con A, «*contract law would protect A's contract right by a liability rule; tort law overrides this and protects it by a property rule.*».

da a modo de garantía, porque el contratante incumplidor puede ser insolvente. Pero una sanción superior exigiría una reprochabilidad mayor que no concurre en este caso; es más, bien podría decirse que quien capta al contratante con pago de su cláusula de salida está ejercitando un derecho (la autonomía de la voluntad en un mercado eficiente), que excluye la antijuridicidad. Esta es, por cierto, la solución que adopta, para el ámbito concurrencial, el 14.2 de nuestra LCD: no es competencia desleal la inducción a la «terminación regular» de un contrato, salvo que se empleen al efecto medios ilegítimos.

Además, junto a esta razón de fondo, hay otra de protección del tráfico: si hablamos de un contrato digno de protección, es porque su existencia es aparente, pues en otro caso el tercero es de buena fe y no incurre en *tort* alguno; pero además el contrato debe tener la apariencia *adecuada* para justificar cada efecto, siendo así que uno del que cuelga el precio de ruptura no invita a una protección específica, sino antes bien a adquirirlo por ese justiprecio.

4.3. El «core» del interés social como equivalente de la «cosa societaria»

Trasladando estas ideas al ámbito de los contratos colaborativos, se aprecia que aquí también existe un objeto inexpropiable¹⁹, protegido por *property rule*, y otro que puede tomarse pagando su precio, porque solo lo salvaguarda una *liability rule*.

En particular, el equivalente societario de lo primero es el estatus de socio: el derecho a exigir que los recursos de la compañía se apliquen al fin social con arreglo a las exigencias legales y estatutarias y, donde no llegan las anteriores y sea precisa una especificación día a día por los órganos sociales, con respeto del concepto abstracto de interés social²⁰. La peculiaridad es que aquí el socio es a la vez sujeto pasivo (propietario del bien) y activo (quien puede lesionarlo). Pero la protección es semejante: no solo actúa *erga omnes*, sino que es plena, lo cual se traduce en cumplimiento específico (remoción de los efectos del pacto parasocial dañino mediante anulación ex 204 de la LSC de los acuerdos sociales en que se haya plasmado) o, en la medida en que eso no fuera posible, se cause un daño y se

¹⁹ En nuestra doctrina mercantilista se ha extendido el uso del término «expropiación» con un significado que no es ni el del lenguaje habitual ni el del jurídico. La expropiación es una privación del bien, pero con pago de su justiprecio. La doctrina, en cambio, utiliza el término como sinónimo de «los beneficios privados del control que no se reparten con el resto de los socios» (Sáez Lacave, 2016), esto es, apropiación de bienes sociales sin pagar compensación, a lo cual se aludiría mejor como expolio o confiscación. Nosotros utilizaremos el término expropiación en su significado ordinario.

²⁰ La reforma operada por Ley 31/2014 ha alumbrado una modalidad de acto lesivo del interés social cuando hay provecho del mayoritario con daño al minoritario, aun sin daño social. Acto que es impugnabile (204.1 II LSC), aunque no daría lugar a acción social de responsabilidad de los administradores ni de los socios. Démoslo pues por incluido en el concepto de interés social, cualquiera que sea su utilidad práctica.

cumplan los requisitos para su imputación objetiva y subjetiva, responsabilidad plena de los dañantes (de los administradores ex 238 de la LSC o de los propios socios de control)²¹; lo cual se redondea con la nulidad del propio pacto parasocial concertado para apropiarse de ese bien, por adolecer de causa ilícita.

Ahora bien, ese concepto indeterminado de interés social es por naturaleza difuso, en cuanto presenta una zona de certeza positiva (actuaciones que son palmariamente beneficiosas para el mismo) y otra de certeza negativa (cosas que salta a la vista que lo lesionan), pero también una amplia zona de penumbra. Es más: no se trata de que la penumbra exista *ex ante*, pero pueda iluminarse *ex post*, a la luz de las circunstancias del caso, alumbrando una única solución, que elige el socio o el administrador, pero podría en su caso escoger el juez. Esto no es posible porque el arte de la gestión de empresas (como lamentablemente el de gestión de los asuntos públicos...) no da de sí como para ofrecer una solución unívoca para cada problema. Lo normal es que, ante una encrucijada empresarial, se abra un espectro de soluciones, *a priori* todas razonables («indiferentes jurídicos»). Por este motivo, es lógico que la prerrogativa de elegir se otorgue al socio o al administrador, según proceda, y se le niegue al juez, pues son aquellos y no este quienes tienen la legitimidad requerida al efecto. Atendido esto, debemos reducir el objeto inapropiable al *core* del interés social, sobre cuya interpretación no hay controversia posible. Verbigracia, siguiendo a la Resolución de la DGSJFP de 17 de diciembre de 2020, un pacto (no omnilateral) sería ilegal si ordenara que la sociedad funcione sin ánimo de lucro objetivo (a beneficio cero) o (salvo autorización estatutaria) sin ningún ánimo de lucro subjetivo (sin jamás repartir beneficios).

En la penumbra, en cambio, parece lógico aceptar que el socio tiene derecho a imponer su particular visión del interés social, dirigiendo la nave social hacia el rumbo que, con la legitimidad que le proporcionan su inversión económica y el consiguiente poder político, juzgue conveniente, siempre que no incurra en abuso de derecho (7.2 CC). Se puede discutir, como de hecho se hace, el alcance de este derecho²². Ahora bien, una vez delimitado, parece lógico asumir que el derecho ha de ser efectivo, es decir, que el socio o socios de control coaligados puedan hacer valer su criterio en cualquier órgano social: en la junta general, cuando la materia sea competencia de la misma, o en el órgano de administración, cuando intervenga este. Ello incluiría la facultad del socio de concertar pactos relativos a lo que debe hacer el órgano de administración, pactos que luego el socio ejecutaría directamente (si es a la vez administrador) o indirectamente, instruyendo a los administradores a los que ha aupado al cargo y con los que a menudo le liga un contrato de servicios, laboral o profesional (los que la doctrina anglosajona llama *nominee directors* y nuestro artículo 529 duodécimos de la LSC, para las sociedades cotizadas, «consejeros dominicales»).

²¹ Un socio es como regla general irresponsable de las consecuencias de su voto, salvo si causa un daño intencional y manifiesto, normalmente obteniendo un beneficio privado. Cfr. Cian (2009, p. 175).

²² Nos remitimos sobre este debate a los trabajos, ambos en una línea restrictiva de los límites a la libertad del socio, de Sáez Lacave (2016) o Carrasco (2013 y 2016).

4.4. Del liberalismo al intervencionismo, cuando el pacto dirige a los administradores

Toda la doctrina acepta esta solución para los pactos de voto en la junta general. En cambio, si la vinculación afecta a los administradores, se abre la división: algunos aceptan las instrucciones, siempre que su contenido sea legítimo²³, mientras que para otros los pactos que condicionan la conducta de los administradores serían nulos en todo caso, sin que fuera necesario, para llegar a esta grave conclusión, abrir siquiera el portafolios que contiene las instrucciones correspondientes²⁴. Esta tesis «automática» ha alcanzado tal predicamento que se viene percibiendo como la mayoritaria y es la solución que adopta el anteproyecto de Ley de Código Mercantil, cuyo n.º 213-21.2 reza así: «Son nulos aquellos pactos parasociales por los que uno o varios administradores de la sociedad se obliguen a seguir las instrucciones de socios o de terceros en el ejercicio de su cargo». Sin embargo, no estamos de acuerdo con esta última doctrina, y aunque no pretendemos hacer un repaso a fondo de la cuestión, para lo que remitimos, por ejemplo, a los estudios de Paz-Ares (2010) y Fernández del Pozo (2014) en la doctrina española o el de Lagos Villarreal (2019) en Chile, sí rebatiremos los que parecen ser sus dos pilares fundamentales.

4.4. El argumento procedimental

De forma significada, Paz-Ares (2017) ha defendido la nulidad de cualesquiera vinculaciones de los administradores a los socios: cuando derivan de un pacto parasocial, reputa el mismo nulo; cuando no es así, estima que los *nominee directors* están sujetos, respecto del socio que los eleva al cargo, a un mandato «natural», del que solo emanarían recomendaciones no vinculantes. Sin embargo, su justificación es puramente procedimental. Para él, no debe repelerlos el hecho en sí de que el administrador esté sujeto a instrucciones, pues el 161 de la LSC ha permitido (y, desde la reforma de 2014, tanto para la SA como para la SRL) las que emite la junta general. Y esto no pugna con la responsabilidad personal del administrador, el cual está obligado a rechazar tales instrucciones, a modo de *gatekeeper*, si son claramente contrarias al interés social, aunque debe obedecerlas si caben en el círculo de lo defendible como beneficioso para la sociedad. Así pues, Paz-Ares acepta lo que proponemos, esto es, que los socios ejercen en la zona de penumbra un derecho, y

²³ Cfr. Alonso Ledesma (2006, pp. 1033 y ss.) y Madrideojos (1999, p. 211): en relación con los «condicionamientos a la actuación de los administradores»: «No debe excluirse totalmente su admisibilidad, máxime cuando [...] sean instrumentos para garantizar el cumplimiento de los intereses lícitos asumidos por los socios».

²⁴ Estaríamos ante lo que la doctrina inglesa llama un *contract amounting to a wrong*, uno ilícito por el mero hecho de versar sobre determinada materia, frente al *contract to commit a wrong*, el cual solo deviene nulo contingentemente, cuando se emplea para causar un resultado dañoso. Cfr. Infante Ruiz y Oliva Blázquez (2009, p. 15).

para dar efectividad al mismo pueden utilizar como «correa de transmisión» al administrador. Su única exigencia es que esa correa se despliegue a través de la junta. El motivo es que, a su entender, en caso contrario, si aceptamos que el pacto parasocial pueda captar al piloto de la nave social (el administrador), tal pacto privado devendría *de facto* «oponible a la sociedad», con infracción del 1257 I del CC y del 29 de la LSC. Esto enlaza además con la visión del administrador como un mandatario, aunque colectivo, en razón de lo cual las únicas instrucciones que el mismo podría legítimamente recibir serían las que transitan por el cauce colectivo oficial (la junta general ex 161 LSC) y no las privadas y semiclandestinas, dadas por solo parte de los mandantes.

No compartimos esa apelación al 1257 I del CC ni esa restricción procedimental. No es preciso volver a extenderse sobre el hecho de que el principio de relatividad de los contratos solo veda la imposición de obligaciones *ultra partes*, no necesariamente la influencia fáctica sobre el entorno, la cual no es ni buena ni mala *per se*: todo depende de si choca con intereses prevalentes, que gocen del grado de protección adecuado para impedir esa influencia.

Y tampoco vemos motivo para exigir que el socio, a la hora de dictar instrucciones a los administradores de su confianza, deba hacerlo a través de la junta. Fernández del Pozo (2014), aunque no está de acuerdo con el resultado, desmaya de algún modo ante esta exigencia y propone soslayarla, apuntando que el pacto parasocial se puede reconvertir y salvar como acuerdo informal de junta general. El intento es loable, pero innecesario, pues ni la ley impone ni sería lógico que impusiera esta exigencia formal. Ciertamente, la junta es una vía legítima para transmitir directrices, pero no ha de ser la única, por la sencilla razón de que ni es operativa ni es más pública que las de toda la vida. La dificultad de reunión de la junta, su carácter asambleario y poco técnico no le impiden quizá dictar una política muy abstracta o resolver algún problema concreto, pero la hacen inhábil para transmitir una línea de actuación omnicomprendensiva y constante. Para esto, el procedimiento estándar y generalizado es el que todos conocemos, y no hay motivo para estigmatizar, en tanto se utilice para fines legítimos en lo sustantivo: los socios arman a «sus» respectivos consejeros con instrucciones (propias o concertadas en virtud de sus alianzas) y luego les mandan a la arena del consejo para que en el seno del mismo, a la luz del debate técnico, los datos disponibles y la correlación de fuerzas existente, se decida lo oportuno.

4.6. El argumento de la «descarga de un deber» y lo que se puede «hacer»

Descartadas las procedimentales, cabe preguntarse si hay razones sustantivas que justifiquen la prohibición de las vinculaciones de los administradores. Algo así sugiere el fundamento clásico de la idea: así como el socio ejerce, al votar en la junta, un derecho, el administrador tiene deberes fiduciarios, de lo cual se deduce que el socio podría disponer por pacto de su derecho, pero el administrador no puede «comerciar» con tan estricto deber

ni ser apartado del mismo por otros señores o patronos²⁵. Lo cierto es, sin embargo, que si profundizamos en la regulación legal, esa diferencia de estatus se confirma, pero con un alcance que no justifica tal inferencia.

Ciertamente, el administrador debe actuar «en el mejor interés de la sociedad» (227 LSC)²⁶ y, en particular, tiene vedado «ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas» (228.a LSC), lo cual es una auténtica prohibición de la desviación de poder, indicativa de que estamos ante una potestad discrecional como las que ostenta la Administración pública. Quiere esto decir que, precisamente, cuando existen varias opciones legítimas, el administrador pierde la libertad para optar entre ellas si nubla su visión un interés personal. Por ejemplo, si la sociedad pretende vender un local a una sociedad instrumental del administrador, este debe revelar que se halla en situación de conflicto de interés y abstenerse de participar en la decisión (228.c LSC); si no lo hace, y existiendo un consejo, su voto es decisivo, la resolución adoptada quedará viciada por defecto procedimental, mientras que, si se trata de un administrador individual que concierta directamente la venta, el contrato con tercero de mala fe será nulo por causa ilícita. Así pues, al administrador le retiene la mano una consideración de gobernanza aun antes de que emita su voto. En cambio, el socio solo está sujeto a un deber de abstención, a tenor del 190.1 del LSC, cuando en la junta se debaten temas que afecten a sus intereses egoístas (una lista tasada de supuestos, como la autorización para vender sus acciones o participaciones), pero para los demás casos de conflicto de intereses el 190.3 de la LSC establece otra solución, la de inversión de la carga de la prueba (si se impugna el acuerdo, corresponde acreditar la conformidad del mismo al interés social a la propia la sociedad o al socio afectado).

Esta diferencia de trato tiene relevancia práctica y es lógica. La relevancia se comprende porque la presencia de un interés personal no significa *per se* un daño social. Ejemplo de esto es lo que sucede en los grupos de sociedades: la dominante puede imponer un acuerdo a su filial con el que persigue un beneficio propio, pero aduce y prueba que esto no vulnera el interés social, pues a más largo plazo o en cómputo global, merced a otras ventajas, la filial gana²⁷. Y la justicia de la solución se advierte porque el administrador es en principio un simple agente que ejecuta el interés ajeno, mientras que el socio es *dominus*, pues ha efectuado una inversión económica de la que tiene derecho a extraer el

²⁵ En este sentido, por todos, Alfaro (2017), aunque el autor en particular no discrepa de las soluciones sustantivas que luego comentamos.

²⁶ La reforma de la LSC aprobada mediante la Ley 5/2021, de 12 de abril, ha añadido un inciso final al 225 de la LSC, donde indica que el administrador debe «subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa», aunque el precepto es sorprendentemente el relativo al deber de diligencia.

²⁷ Paz-Ares distingue entre acuerdos «distributivos» (que solo drenan recursos de la filial) y «productivos» (reportan un beneficio para el grupo), los cuales no son ilegales si se acompañan de ventajas para la filial que anulan las desventajas (Paz-Ares, 2018, p. 628).

poder político correspondiente; de esta forma, si el mero riesgo de daño al interés social obligara al socio mayoritario a abstenerse, sin darle ocasión de probar la bondad de sus intenciones, estaríamos frustrando sus derechos y entregando *de facto* el gobierno social al minoritario.

La cosa se complica, empero, cuando la política empresarial que el socio quiere implementar requiere, necesariamente, una actuación del órgano de administración. En este caso, la doctrina antes citada levanta una barrera que viene a significar que el socio no puede conseguir sus objetivos legítimos, porque quien ha designado para ejecutarlas no está obligado a obedecerlas e incluso (como veremos) está incentivado para desobedecerlas. Como fundamentos de esto, se suele aducir: (a) en el plano positivo, el 228 e) de la LSC, a cuyo tenor el administrador tiene obligación de desempeñar sus funciones «con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros», y (b) como apoyo jurisprudencial, la STS 26 de septiembre de 1969, con arreglo a la cual el administrador «una vez nombrado, pasa a ser órgano al servicio de los intereses de la sociedad, no de los que lo nombraron»²⁸.

En nuestra opinión, sin embargo, estas declaraciones deben interpretarse en el sentido de que el administrador no puede plegarse ante intereses «privados» de los socios o cualesquiera terceros. Por ejemplo: el socio quiere él mismo adquirir el local que vende la sociedad e instruye al administrador para que vote a favor de la operación que le favorece, desechando otras. En este caso, la LSC tenía un defecto que impedía que el conflicto de interés del socio se comunicara al administrador, porque en la lista de situaciones de vinculación del 231 de la LSC (que había de entenderse cerrada, según declaró la STS [1.^a] de 17 de noviembre de 2020) no se mencionaba el vínculo del administrador con el socio que ha procurado su nombramiento. Pero este problema ha sido corregido por el nuevo 231.1.e) de la LSC, reformado mediante la reciente Ley 5/2021, de 12 de abril.

Ahora bien, a la vez que ha introducido este supuesto de conflicto de intereses indirecto, que conduce a un deber de abstención, la misma ley ha cambiado la consecuencia cuando el administrador debe pronunciarse sobre una operación vinculada con el socio al que representa (231 bis.2 LSC): ante la presencia de ese interés del socio que le instruye, el administrador puede votar, pero es la sociedad (para salvar la validez del acuerdo) o el administrador (para eludir su responsabilidad) quien ha de «probar que el acuerdo es conforme con el interés social». Solución esta que nos parece intachable, pues es la que

²⁸ En el *common law*, es habitual la cita de la sentencia del lord Denning en el caso *Boulting v ACTAT*, 1963: «Or take a nominee Director that is a Director of a company who is nominated by a large shareholder to represent his interests. There is nothing wrong in it. It is done every day. Nothing wrong, that is so long as the Director is free to exercise his best judgment in the interests of the company which he serves. But if he is put upon terms that he is bound to act in the affairs of the company in accordance with the directions of his patron, it is beyond doubt, unlawful».

resultaría aplicable si ese mismo asunto hubiera sido abordado en junta general, por aplicación del 190.3 de la LSC²⁹.

4.7. La guinda sin pastel y lo que «se puede pactar hacer»

Pues bien, es de destacar que la misma doctrina que propugna la nulidad de las instrucciones a los administradores saluda favorablemente esta regulación sobre cuál debe ser el comportamiento del administrador que las recibe³⁰. Así pues, el panorama sustantivo es, recapitulando, el siguiente: si el socio que instruye no tiene ningún interés personal en el asunto y solo persigue hacer valer una forma determinada de entender el negocio social, el administrador no tiene por supuesto deber de abstención y la resolución que se adopte es válida; si el socio sí tiene un interés propio, porque se trata de una operación vinculada, el administrador sigue sin tener deber de abstención y la resolución adoptada solo se presume ilegítima con carácter *iuris tantum*, admitiendo prueba en contrario de que no daña el interés social.

Si acaso puede existir cierta discrepancia sobre el alcance de este último régimen. Algunos autores, antes de la reforma de 2021, propugnaban que sea esto un privilegio de los grupos societarios³¹. A nuestro juicio, en cambio, la solución debe generalizarse a cualesquiera otras instancias de lo que podríamos llamar intereses «ideológico-empresariales»: aquellos en los que el socio, al influir sobre el administrador, aunque persiga un interés propio (esa es la «operación vinculada», en sentido amplio), obra con la creencia de buena fe, no desmentida por datos objetivos, de que la resolución propuesta es conforme con el interés social, como hace (o debería hacer) un político cuando baja o sube los impuestos pensando que ello redundará, no ya en el interés de sus votantes, sino en el bien común, o como hace el dueño de un colegio cuando impone a los profesores una línea educativa que es conforme con su cosmovisión, pero no pugna con la verdad.

En cualquier caso, sea cual sea el matiz con el que se permite el «acto inducido», sería contradictorio que el «acto de inducción», esto es, las instrucciones al administrador dominical para ejecutar eso mismo, se prohibieran de forma absoluta. No puede la ley establecer una regla permisiva sobre lo que se puede «hacer» y otra terminantemente prohibitiva respecto de «pactar hacer» la misma cosa. Eso sería como colocar la guinda sin un pastel debajo, pues la ilicitud de un pacto en daño de tercero no es más que el corolario de un elenco de acciones. Si dos se ponen de acuerdo para robarme, lo crucial es que dispondré de acciones de recuperación de la cosa (impugnación del acuerdo social en nuestro caso);

²⁹ De hecho, antes de la reforma, ya propugnaba sanción para la infracción del deber de abstención el propio Paz-Ares (2015, p. 53).

³⁰ Cfr. Alfaro (2020a). V. también notas 33 y 35 sobre la posición de Paz-Ares.

³¹ En este sentido, Iraculis (2019).

la guinda de este pastel es que además el convenio para robarme es nulo. Pero lo que no tendría sentido es invalidar *iuris et de iure* un convenio para hacer algo que la ley reputa sencillamente válido o, en su caso, presume anulable solo *iuris tantum*. Esto nos obliga a descartar por lo pronto la sanción de nulidad de los pactos parasociales solo por versar sobre el comportamiento de los administradores: tal pacto no pincha en el hueso de una *property rule*, siempre que no atente contra el *core* del interés social, pero ¿pincha el nervio de una *liability rule*? La cuestión debe analizarse distinguiendo en función de si el socio instruye al administrador para hacer valer un interés propio o no.

4.8. La *liability rule* de las actuaciones sin interés personal

Cuando el socio no tiene un interés personal en la materia, tanto él como el administrador que ejecuta sus instrucciones están a salvo de cualquier responsabilidad, incluso aunque a la postre la opción elegida cause un daño social. Así resulta de la doctrina americana del *business judgment rule*, que nuestro derecho ha copiado: es el principio de protección de la discrecionalidad empresarial reflejado en el 204 de la LSC. Ahora bien, la imposición de un nuevo criterio empresarial puede exigir una sustitución de administradores, a los que habrá que abonar las correspondientes indemnizaciones, si se cumplen las condiciones legales oportunas de constancia estatutaria del concepto, transparencia y razonabilidad de la cuantía (217 LSC). Este es un ejemplo paradigmático de supuesto en el que la ley cuelga de la mercancía la etiqueta con el precio: precisamente para asegurar que los socios puedan hacer efectivos sus derechos políticos, la LSC ordena que los administradores sean revocables *ad nutum* (223 LSC), sin perjuicio de que, en su caso, sea necesario pagar el consabido *golden parachute*, respetando los límites indicados, para que el pago no sea sorpresivo ni haga irrealizable el cambio.

Juega aquí, asimismo y *mutatis mutandis*, el argumento de que hay apariencias y apariencias: unas aptas para justificar la protección específica y otras no. Lo que se publicita como el *core* del interés social, que es inexpropiable, es lo que define la ley y modulan los estatutos sociales inscritos en el Registro Mercantil, pero no más. Antes bien, lo que cabría reclamar es que, si en una sociedad la competición para redirigir la nave hacia otro puerto es imposible, porque la hoja de ruta está blindada por un pacto parasocial entre socios de control, esto se haya publicitado, so pena de nulidad, como «aviso para navegantes». A esto debería contribuir, para las cotizadas, la exigencia del 531 de la LSC de comunicar a la CNMV los pactos parasociales de voto en junta general³² y la posibilidad de depósito voluntario en el Registro Mercantil para los protocolos familiares (RD 171/2007, de 9 de febrero). *De lege ferenda*, sería deseable extender esta publicidad a cualesquiera sociedades de capital y hacerla siempre preceptiva.

³² Probablemente el precepto solo menciona los pactos de voto en junta, porque presupone que los de voto en consejo son ilícitos. Nos queda la duda de si tiene razón para la cotizada, pero solo para esta.

4.9. La *liability rule* de actuaciones con interés personal

¿Pero qué sucede si hablamos de actos en los que el socio que instruye tiene un interés propio, aunque sea uno de esos intereses «ideológico-empresariales», como el de grupo? La visión general es que la presencia del interés propio saca el tema del ámbito de la *business judgment rule* y lo coloca en el campo del *entire fairness test*: no se aplicaría la exención de responsabilidad del 226.1 de la LSC, precisamente porque el 226.2 de la LSC la excluye cuando la decisión afecta a una persona vinculada al administrador. De este modo, por mucho que el acuerdo adoptado superara una impugnación por parecer *a priori* compatible con el interés social, si las cosas se tuercen y la política que se ejecuta termina siendo perjudicial para la sociedad, el administrador respondería del daño causado. ¿Y si para dar confort a «su» *nominee director*, el *dominus* le proporcionó una garantía de indemnidad, directa o mediante póliza de responsabilidad civil? Paz-Ares (2017) mantiene que esa garantía (que de hecho contempla el 1729 CC para todo mandatario) sería ilícita.

Sin embargo, por mucho que esta solución aparentemente quepa en la dicción legal (y solo por carambola, desde que la reforma de 2021 ha considerado persona «vinculada» al patrono del *nominee director*), no encaja fácilmente en el resto del ordenamiento jurídico. Ello porque no hay responsabilidad sin un título de imputación subjetiva válido. Si la *business judgment rule* excluye la responsabilidad para las decisiones de estrategia empresarial no es por capricho, sino precisamente porque esta labor es por naturaleza predictiva y el estándar de diligencia (la *lex artis*) que se puede exigir a quien la ejerce es solo el de hacer bien el acto de predicción, con la debida información y siguiendo el procedimiento adecuado, no el de acertar. Ciertamente, el fundamento de la exención decae para el socio que obtiene el beneficio derivado de la decisión de que se trate, para el cual nace entonces otro título de imputación, que es el de la responsabilidad por riesgo y beneficio, ya sea en calidad de administrador de hecho o vía responsabilidad contractual o extracontractual, según se califique de una u otra manera el deber de lealtad del socio. Esto encaja también en el modelo de *liability rule*: por mucho que ejerciera un derecho, si a la postre la sociedad dominante obtiene un provecho a costa de la filial, aquella responde ante esta³³. Pero no es razonable aplicar el mismo rigor al administrador, si este obraba con una creencia razonable en que la sociedad que administra no saldría perjudicada. Y menos justo aún es prohibir las

³³ El anteproyecto de Ley del Código Mercantil (291-9 y ss.) dispone que (a) los administradores de la dominante pueden impartir instrucciones a los de la filial y (b) si las mismas son perjudiciales para la filial, responden ambos solidariamente, salvo que tal perjuicio tenga compensación adecuada. La idea es correcta si pensamos en la sociedad beneficiada, pero el rigor sobre los administradores parece excesivo, salvo que en efecto aceptemos la validez de las *indemnities*. Otra forma de instaurar una *liability rule* es dar al socio derecho de separación no solo «en situaciones de conflicto permanente entre mayoría y minoría cuyo origen se encuentre en el comportamiento antiestatutario o ilegal de la mayoría» (cfr. Alfaro, 1996, pp. 1.113-1.114), sino también cuando las actuaciones al «borde de la legalidad» se reiteran a lo largo del tiempo.

indemnities: estas solo tienen causa ilícita cuando actúan como licencia para hacer daño, cuando, como suelen decir las pólizas de seguro de responsabilidad civil de D&O, concurre *willful misconduct or fraud* (conducta dolosa o fraude) o, si se nos apura, *recklessness* (despreocupación por el resultado o dolo eventual)³⁴, no en casos como los que nos ocupan, donde si el juez ha condenado a reparar, habrá sido más por el *ubi commodum, ibi incommodum* que por otra cosa. Supuesto en el cual sería absurdo que el *dominus* que se ha lucrado viera asegurado su lucro a costa de su ayudante.

4.10. Cómo ser *gatekeeper* y no morir en el intento

Pensamos que, de esta forma, se asegura un adecuado equilibrio de intereses.

Por un lado, se evita encadenar *de facto* al administrador al minoritario: si, de obedecer a los socios que le patrocinan, el administrador se arriesga a responder ante terceros y no ser resarcido, pero nada arriesga por desobedecer, le estamos incentivando para que desobedezca. ¿Y quién gana con esto? Es dudoso si en una cotizada sacarían provecho los socios más desvalidos, ese *free float* que no sabe organizarse para competir por el poder corporativo (con permiso de las sorpresas que nos puedan deparar las nuevas tecnologías...). Mas en sociedades donde cabe una sana competencia por el control de la nave social, quien gana ante ese planteamiento será quien se halla al otro lado del ring, que normalmente no será una asociación benéfica. Será otra facción de socios defensora de su propia lectura del interés social, la cual no será de mejor calidad técnica y sí de menor calidad democrática. De hecho, comoquiera que hablamos de una elección entre alternativas objetivamente válidas, al menos *ex ante*, los que disputan la validez del pacto parasocial tienen un único argumento: sugerir que el juicio del administrador, de haber sido libre, habría sido otro. Esto es, condenar por un supuesto pensamiento, cosa que si dejara de estar prohibida (*cogitationis poenam nemo patitur*), cabría entonces en las dos direcciones: ¿quién nos garantiza que el inquisidor no tiene él mismo un objetivo espurio?

De otro lado, tampoco debemos abandonar la esperanza de que el administrador actúe en una justa medida como *gatekeeper*. Hay un campo reglado donde el administrador tiene un solo señor: es su deber rebelarse contra instrucciones que violen el *core* del interés social. Es más: cabe interpretar que dispone de un margen de maniobra (una cierta discrecionalidad técnica) para apreciar cuándo debe desobedecer. Como reza la expresión inglesa, no ha de entenderse que su *discretion* ha quedado *fettered*, esto es, sometida a grilletes. Primero, porque en el límite entre lo permitido (penumbra) y lo prohibido (sombra), los contor-

³⁴ Las pólizas de D&O suelen contener un *side A* destinado a cubrir a los administradores en casos donde la *corporate indemnification* está prohibida, como nos ilustra Gomes Ramos (2016, pp. 183 y 184). Pero no se acaba de ver la razón para esta diferencia entre indemnidad directa o indirecta, que parece un ejemplo de la *creative compliance* a que inducen las exigencias excesivas.

nos no son nítidos, y en esa frontera debe prevalecer su libertad de juicio. Segundo, porque será también legítimo que, llegado el momento de adoptar una decisión y a luz de los datos disponibles en ese momento, el administrador se desdiga de un compromiso anterior. Ahora bien, en la zona de «clara penumbra», donde el socio ostenta el derecho a especificar el interés social, el administrador tiene de nuevo un solo señor: habrá de obedecer a aquel (so pena de arrostrar las consecuencias establecidas en el pacto parasocial o en su contrato de servicios) y no al grupo opositor.

5. Efectos del pacto parasocial sobre acreedores y otros *stakeholders*

Cuando los efluvios del pacto parasocial llegan, a través de la conducta que adoptan los órganos sociales, a los terceros no socios, la solución será de nuevo la misma: ponderar si los intereses de las partes han de prevalecer o decaer ante derechos de esos terceros, en la medida en que se vean afectados. Dicho de otra forma: la licitud o ilicitud del pacto parasocial depende de si el mismo pacto aparta o no a sus ejecutores (normalmente, en la práctica, a los administradores) de sus deberes legales para con otros sujetos.

5.1. Deberes frente a los acreedores: genéricos y societarios

Un deber menos interesante, por lo *genérico*, es el que tienen los administradores, como toda persona, de no hacer daño a otro. De esto (la infracción del *neminem laedere*) es ejemplo típico la situación en la que una compañía ronda la insolvencia y emprende una huida hacia adelante, aceptando obligaciones que sabe que no puede cumplir y ocultando información sobre su delicada situación financiera a los terceros. Esta es una actitud reprochable, contraria al principio de buena fe que debe presidir las relaciones de negocio y que puede desencadenar la responsabilidad individual del administrador o directivo, por aplicación del 1902 del CC o en su caso de la normativa concursal. Y si estos gestores actúan aplicando un pacto parasocial o siguiendo instrucciones de los socios, tales vinculaciones tendrán causa ilícita y serán aplicables las sanciones habituales: nulidad del vínculo, incoercibilidad y responsabilidad tanto del inductor como del ejecutor.

Más productivo es destacar que los acreedores ostentan derechos y sobre los órganos sociales pesan correlativos deberes *societarios*. Decíamos que la afectación de los recursos sociales al interés social, en los términos de la ley y los estatutos, es en sede colaborativa el equivalente de la propiedad en sede de contratos de intercambio, todo ello a efectos de los socios. Y también lo es a efectos de los demás terceros no socios. En efecto, un bien no es solo algo «apropiable» y «transmisible», sino también «atacable» por los terceros: esto planta limitaciones en la libertad de acción de un deudor persona física y también se las impone al deudor societario, *mutatis mutandis*.

El acreedor acepta un deudor común asumiendo que podrá agredir sus bienes; ciertamente, cuenta con que estos pueden perderse por el devenir de la vida económica, pero si suceden «hechos anómalos», el ordenamiento le proporciona mecanismos de defensa: la acción pauliana (1291 CC) para evitar salidas fraudulentas o la subrogatoria (1111 CC) para asegurar las debidas entradas. Esto forma parte del estatuto del ciudadano que entabla relaciones económicas.

Igualmente, si el acreedor acepta a un deudor societario y en particular a una sociedad de capital, a lo anterior se suman otras reglas del juego, motivadas por el hecho de que la responsabilidad se detiene en el patrimonio social. Para que este sistema, que es bueno para la economía, no lesione derechos de terceros, se requiere que la compañía se comporte con al menos el nivel de egoísmo que pone a salvo los intereses de cada género de terceros. Pensemos en la típica *joint venture* con objetivo mutualista, como una que actúa como plataforma de compra de materia prima para sus socios. En un pacto omnilateral se dispone que, temporalmente, la sociedad funcione a pérdida, es decir, re- vendiendo a sus socios por menor precio del de adquisición. Siendo el pacto de todos los socios y afectando por igual a todos ellos, no es opresivo. Ahora bien, en la medida en que esta operativa dificulte a los acreedores cobrar sus créditos, aquellos dispondrán de la acción social de responsabilidad contra los administradores y la de impugnación de acuerdos sociales, ya que para ambas cosas están legitimados (cfr. 240 y 206 LSC). En lo que aquí interesa, esto significa que si los socios pactan un *modus operandi* de la sociedad de ese estilo y lo aplican o instruyen a los administradores para que lo apliquen, estos pactos e instrucciones serán nulos, de forma que los socios que han suscrito tales pactos o los administradores receptores de las instrucciones podrán desligarse de esas vinculaciones, y los propios autores de tales directrices pueden ser hechos responsables de los daños causados.

5.2. Deberes societarios frente a otros *stakeholders*

¿Quid de otros stakeholders? Imaginemos ahora que el pacto consiste en que la *joint venture* funcione a beneficio cero. En este caso, no ven lesionados sus derechos ni los socios que lo hayan aceptado ni los acreedores, los cuales incluso están así sobreprotegidos, ya que se pone a la sociedad al abrigo de los reveses del mercado. Sin embargo, estas «sociedades de medios» han sido vistas tradicionalmente con recelo por Hacienda, precisamente porque, al funcionar sin beneficio, reducen su factura fiscal. Sin pretender resolver sin más esta cuestión tributaria, sí cabe apuntar que el interés de Hacienda queda salvaguardado en la medida en que los mutualistas tributen por lo que deja de tributar la sociedad (ya que el precio que pagan de menos se torna en su beneficio), siempre y cuando sea así, porque no sean extranjeros y paguen impuestos fuera. Si sucediera esto último, el fisco dispone de poderosos medios de defensa de su interés y el propio administrador que está sometido a instrucciones del socio al que representa o de los socios con los que tiene con-

certado un pacto está autorizado para desligarse de tales vinculaciones, por la nada desdéniable razón de que en caso contrario puede él mismo incurrir en delito fiscal (305 y 305 bis en conexión con el 31.1 CP).

Obsérvese que este esquema de trabajo es idéntico al que hemos aplicado al hablar de los efectos del pacto sobre socios ajenos al mismo: cada clase de terceros puede colgar sus respectivas exigencias respecto del comportamiento de la sociedad, en tanto y cuanto ello venga exigido por la calidad de los derechos que ostenten, a la luz de la normativa aplicable. ¡Pero ni un acreedor ni Hacienda ni ningún otro tercero pueden pretender que el administrador social esté dotado de una sagrada libertad de juicio, que casualmente debería ejercer para elegir la interpretación de las leyes que a ellos les favorezca, aunque existan otras igual de lícitas³⁵! De esta forma, estamos asumiendo que la visión del interés social que el socio tiene derecho a promover (y trasladar al administrador) es patrimonialista: no exige una composición del interés de los socios con el de los *stakeholders*, solo el respeto de sus derechos, sin perjuicio de que esos intereses ajenos a la propiedad puedan reaparecer, al amparo de la prohibición del abuso o ejercicio antisocial del derecho (7.2 CC)³⁶.

6. Efectos del pacto parasocial sobre la sociedad

Aunque nos acabamos de referir a una cierta eficacia del pacto parasocial sobre la sociedad (por la vía de determinar la voluntad de sus órganos), cabe preguntarse también si dichos pactos pueden reclamar un comportamiento activo de la entidad. A este respecto, la tentación es fiarlo todo al 1257 I del CC y dar una respuesta binaria: no, cuando la sociedad no ha consentido el pacto; sí, si lo ha consentido. Con arreglo al paradigma que proponemos, en cambio, todo depende de una ponderación entre intereses, siendo los relevantes del lado de la sociedad de dos tipos.

6.1. El interés de la sociedad como organización burocrática

Cuando el socio dispone de sus derechos económicos, el único interés que puede esgrimir la entidad para no actuar en consecuencia es de tipo burocrático. Para comprender esta afirmación, conviene repasar el estatus de la cuestión en derecho civil, desgranando los intereses en juego. De un lado, el acreedor que pretende ceder los derechos de cobro

³⁵ Alfaro (2015, p. 330): «La falta de claridad de la norma abre un espacio para que el administrador emita un juicio en alguna medida discrecional sobre cómo cumplir con la norma o sobre si la decisión empresarial está o no prohibida por la norma».

³⁶ Esto último es quizá la forma en que debe interpretarse la mención del interés «de la empresa» que la Ley 5/2021 ha añadido al 225.1 de la LSC y, por tanto, al deber de diligencia (sic) de los administradores.

derivados de un contrato quiere movilizar la riqueza que representan esos derechos, lo cual redundará también en provecho del interés colectivo. En cambio, al obligado le da igual pagar a cedente o a cesionario, siempre que deba pagar lo mismo y en los mismos casos. Y esto es lo que sucede siempre que estemos ante una cesión ordinaria (el derecho no se ha incorporado a un título abstracto aceptado por el deudor): el deudor cedido sigue pudiendo oponer excepciones que afecten a la existencia o legitimidad del crédito y también compensar con contracréditos que tenga contra el cedente y cuyas condiciones de compensabilidad sean anteriores a la cesión (1198 CC). La duda es si esta fecha de corte afecta solo a contracréditos derivados de otras relaciones jurídicas (*independent setoff*) o también a los nacidos de la misma relación (*transaction setoff*). Pero si contestamos, con la mejor doctrina y jurisprudencia³⁷, que el deudor conserva el derecho a compensar con estos contracréditos nacidos *ex eadem causa*, entonces no hay duda de que la cesión solo causa al deudor un mínimo engorro administrativo: anotarla en el registro de quienes son sus acreedores. Así las cosas, es obvio que el pacto de cesión no solo es válido *inter partes*, sino que es «oponible» al deudor cedido, en el sentido de que este (desde que conoce la cesión) ya solo se libera pagando al cesionario (1527 CC). El hecho de que la cesión sea de créditos futuros no cambia sustancialmente las cosas. La doctrina civilista³⁸ no solo su acepta validez (el 1271 CC admite el comercio sobre cosas futuras), sino también su eficacia frente al deudor. Esto no implica que la cesión anticipada surta efectos antes del nacimiento del crédito, si bien –eso sí– a partir de entonces los surte automáticamente. Ello pese a que en este caso la carga burocrática para el deudor aumenta, aunque en modo que con carácter general se reputa asumible³⁹.

En el ámbito societario, sin embargo, la LSC ha querido ser generosa con ese peculiar deudor que es la sociedad y ha decidido no imponerle el deber de llevar el control de las cesiones de derechos futuros. En este sentido debe interpretarse el 90 de la LSC, en cuanto declara la acción o participación indivisible y de esta forma evita a la compañía la incomodidad que supondría tratar con una pluralidad de personas para cada una de esas «unidades mínimas». Para el caso inverso de copropiedad sobre participaciones o acciones, también el 126 de la LSC dispone que los copropietarios deben designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y responderán solidariamente de sus obligaciones. Con esto último, destaca la STS (1.ª) de 12 de noviembre de 2020, la LSC excepciona el régi-

³⁷ En este sentido, Espejo (2013, p. 8864). Sobre la posibilidad de seguir oponiendo la compensación *ex eadem causa* pese a la declaración de concurso, v. sentencias del TS (1.ª) de 15 de abril de 2014, 13 de marzo de 2017, 21 de marzo de 2019 y 153.2 texto refundido de la Ley concursal.

³⁸ Por todos, Pantaleón (1988, p. 1094).

³⁹ Más discutible es que tenga el mismo efecto la cesión de créditos «futurísimos», correspondientes a relaciones no iniciadas, pues la carga de llevar un registro de contrapartes futuras ya sí es desproporcionada. Ese es el sentido en el que habría que interpretar también el 200.4 de la LCSP («las cesiones anteriores al nacimiento de la relación jurídica de la que deriva el derecho de cobro no producirán efectos frente a la Administración») y no como erróneamente hizo la STS (4.ª) de 22 de enero de 2020, que sugiere que la cesión de créditos administrativos futuros es nula *inter partes*.

men común del CC (que es el carácter parciario de la deuda), pero lo hace con el «objetivo práctico de evitar a la sociedad los inconvenientes de la existencia de una copropiedad sobre las participaciones, atribuyéndole acción contra cualquiera de los comuneros por la totalidad de la deuda». Por fin, en cuanto a la cesión del dividendo futuro, la LSC regula dos supuestos de este orden, los de usufructo y prenda sobre acciones y participaciones, con soluciones distintas: el derecho al dividendo corresponde en un caso al no socio (el usufructuario) y en otro caso (salvo disposición contraria de los estatutos) al socio (el deudor pignoraticio). En ambos, a la luz del 127.2 de la LSC, parece también claro que la regla juega solo *erga societatem*, sin prejuzgar lo que pueda establecer el título constitutivo de cada derecho con efectos *inter partes*⁴⁰. ¿*Quid* en los demás casos? Creemos que debe aplicarse como solución general la de inoponibilidad a la sociedad, pues es la que proclama el 29 de la LSC. Por ejemplo: si un socio de una SRL comunica a esta que ha concedido un derecho de adquisición preferente extraestatutario sobre sus participaciones, esto no impone a la sociedad la obligación de verificar su respeto como condición para inscribir una posterior adquisición en el libro de socios.

Ahora bien, si esto es así, no es por aplicación del 1257 I del CC: sería impensable que A y B se concertaran para imponer una deuda a C, pero no lo es que si A cede su derecho a B, la ley ordene al deudor B pasar por esta cesión y actuar en consecuencia. No estamos ante una regla que derive de la «naturaleza de las cosas», para la que ni siquiera se podría contemplar un cambio legislativo, sino ante una ponderación contingente de la ley, por el motivo indicado. Así lo prueba el dato de que otras jurisdicciones⁴¹, que también tienen naturalmente el principio de relatividad de los contratos, sí han optado por la solución de que, comunicado el pacto a la sociedad, sea oponible a esta, en el sentido de que adquiere la carga burocrática de vigilar que se cumple.

La ventaja de dar así una mejor explicación de la solución legal es que ello permite descartar otra que es perturbadora: que el derecho al dividendo presente, a diferencia del futuro, sería transmisible porque es ya un derecho «independiente de la relación social» y el socio actúa entonces como «tercero frente a la sociedad»⁴². Eso es cierto a efectos de que, una vez acordado el dividendo, queda atrás la discusión sobre su oportunidad a la luz del interés social. Pero el derecho sigue incardinado en la relación societaria y esto repercute sobre las defensas que pueda oponer la sociedad deudora: esta puede, hasta el día del pago, compensar el dividendo con eventuales reclamaciones que mantenga contra el socio

⁴⁰ En este sentido, Valpuesta (2018, pp. 318 y 319), pese a las dudas que pudiera generar la dicción de 128.4 y 129.5 de la LSC.

⁴¹ Según el artículo 8 de la Ley general de sociedades peruana, «son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre estos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados [...]» y la doctrina interpreta que «válidos» quiere decir «oponibles», es decir, que «ante la correcta comunicación a la sociedad del convenio, esta debe adoptar una posición activa que garantice su cumplimiento» (Abramovich, 2000, p. 156).

⁴² En este sentido, Ortuño (2011).

ex eadem causa, por ejemplo por incumplimiento de prestaciones accesorias, sin que el pacto de cesión frustre esta posibilidad.

6.2. El interés material de la sociedad

En cuanto a la cesión de derechos políticos, pensamos que la solución *erga societatem* debe ser la misma (no oponibilidad), por el mismo motivo (evitarle a la compañía la carga de llevar ese control de titularidades parciales), máxime teniendo en cuenta que en este caso un error de calificación de la sociedad sobre quien es un válido cesionario generaría incertidumbre sobre la validez del voto emitido⁴³. Pero este supuesto tiene otra dimensión: si un cesionario que adquiere derechos políticos, pero no la condición de socio, sería por definición un compañero de viaje desleal, porque no se juega su inversión, y si ello podría incluso conllevar la nulidad del pacto *inter partes*. La STS (1.ª) de 23 de octubre de 2012 se enfrenta a un supuesto de este tipo (el vendedor de una participación social se reserva los derechos políticos, a modo de garantía), concluyendo el TS que el pacto es válido. Y ciertamente esto parece razonable, conforme a nuestro esquema mental de ponderación de intereses: de un lado, el socio puede tener un interés legítimo en ceder los derechos políticos en el marco de sus relaciones de negocio; de otro, el temor de la sociedad de que el tercero cause un daño al interés social queda protegido con un control material *ex post*, pero no necesita de una prohibición *ex ante* que fagocitara aquel interés del socio.

6.3. La firma del pacto parasocial por la sociedad

En cualquier caso, ¿qué efecto tiene la aceptación voluntaria de ambos tipos de pactos por la propia sociedad? La respuesta varía en función de los intereses en juego. Si la sociedad se limita a asumir la tarea de vigilar el cumplimiento de las cesiones de derechos, este compromiso será válido si no vulnera intereses de terceros (verbigracia, la sociedad no puede dejar de inscribir la adquisición de un adquirente de buena fe) y es conforme al interés social (lo cual podría ponerse en cuestión si la sociedad no gana nada con tal gesto de colaboración y asume un coste excesivo). Si, por el contrario, la sociedad estuviera aceptando pactos que conculcan derechos de socios que no los suscribieron, como si se compromete a modificar o no modificar los estatutos sociales, ese pacto debe reputarse sin efecto alguno. Como ha destacado la jurisprudencia inglesa, la sociedad no puede aceptar *the fettering of its statutory powers*⁴⁴, pues en caso contrario estaríamos dando al pacto pa-

⁴³ Alfaro da otro motivo: la indivisibilidad de la posición contractual de socio, que no estamos seguros de compartir, ya que valdría también para la cesión de derechos económicos. Cfr. Alfaro (2020b).

⁴⁴ V. la sentencia *Russell v Northern Bank Development Corporation Limited* [1992] 1 WLR 588 y *Andenas* (2007).

rasocial el valor jurídico de los estatutos sociales sin cumplir los requisitos procedimentales ni sustantivos para ello. De este modo, ante el incumplimiento por la sociedad de tal pacto, probablemente sea ilegal que abone cualquier *break fee*, pero desde luego el pacto no tiene protección societaria: no es impugnabile un acuerdo social que lo contradiga.

7. La eficacia societaria de los pactos omnilaterales

7.1. Planteamiento

La duda surge, sin embargo, cuando la anterior cuestión se plantea respecto de un pacto firmado por todos los socios. Pensemos en los típicos pactos de voto para un órgano social que contienen los acuerdos de *joint venture*. Si el pacto es omnilateral, ese órgano puede ser también el de administración: al menos en España la misma doctrina que niega como regla la validez de las instrucciones a los administradores admite su legitimidad cuando son dadas por todos o el único socio⁴⁵. Asumimos también que el contenido del pacto no daña derechos de terceros⁴⁶ y que, como piden Rescio (2006, p. 480) en Italia y Pérez Millán en España (2009, p. 4), las partes no han excluido el cumplimiento específico (no han restringido los remedios por infracción del pacto al pago de una pena). De este modo, en caso de incumplimiento el juez puede determinar el sentido del voto del socio rebelde en el órgano correspondiente⁴⁷. ¿*Quid* si la ejecución de esta medida llega tarde? ¿Cabe entonces otro remedio como la impugnación del acuerdo social adoptado? Paz-Ares (2003) lo acepta y apunta en este sentido una razón de buena fe y economía procesal: carece de sentido permitir al acuerdo social infractor desplegar sus efectos, cuando acto seguido sería admisible una acción para obligar a todos los socios a votar a favor de un nuevo acuerdo que dé cumplimiento al pacto. Son varias las voces que se pronuncian en parecido sentido Pérez Moriones (2012)⁴⁸, y destacaríamos la de Sáez Lacave (2009, p. 20) como la que apunta un fundamento (el error que supone crear una brecha entre derecho obligacional y societario) acorde con nuestro paradigma.

⁴⁵ En España acepta esto claramente Paz-Ares (2017). En el ámbito del *common law*, jurisdicciones como la de Delaware en Estados Unidos, Canadá y Sudáfrica mantienen un *absolutist approach* (toda vinculación del administrador es nula), mientras que otras admiten un *contractually attenuated duty* (Ahern, 2011).

⁴⁶ Los terceros pueden verse afectados si el pacto afecta a sus derechos sustantivos o si regula cuestiones procesales y por ende de orden público, como el plazo de impugnación de los acuerdos sociales, que es de caducidad (205 LSC) y procesal (Rojo, 2011).

⁴⁷ Cfr. 708 de la LEC, que admite la condena a emitir una declaración de voluntad y, en caso de incumplimiento, que el juez la tenga por emitida. En el Reino Unido, el precedente clásico es el caso *Puddephatt v Leith* [1916] 1 Ch 200, donde el tribunal obligó a un socio a votar en los términos del acuerdo de accionistas.

⁴⁸ En cambio, solo lo defiende *de lege ferenda* Morales Barceló (2014).

7.2. Proyectos amenazantes y jurisprudencia reticente

Sin embargo, los enemigos de la idea son poderosos. Para el futuro, un nubarrón amenazante es el n.º 213-21.2 del anteproyecto de Ley del Código Mercantil, el cual declara que «los acuerdos sociales adoptados en contra de lo previsto en los pactos serán válidos», sin que importe si tales pactos son omnilaterales... Pero sobre todo en el momento presente nuestro TS no parece estar por la labor. El Alto Tribunal comenzó dictando algunas sentencias prometedoras en las que, sin aceptar el principio general (que el pacto parasocial omnilateral tenga eficacia societaria), sí garantizaba el mismo resultado mediante vías indirectas, como el levantamiento del velo, considerar que un acuerdo entre todos los socios es una junta general universal informal, la doctrina del abuso de derecho o la reconducción de la causa de impugnación a una de las que menciona el 204 de la LSC, en especial el interés social⁴⁹.

Estos últimos argumentos nos parecen en efecto inobjectables, si se emplearan *siempre y por sistema*. Y es que no se nos ocurre un caso donde pueda ser de buena fe suscribir un pacto de voto y al día siguiente votar lo contrario. Lo mismo cabe decir del interés social. Recordemos que este es un concepto por naturaleza borroso y no es que admita, sino que requiere una especificación, que de hecho normalmente realizan los socios de control; poco problema debería haber, por tanto, en que esa especificación sea universal, en lugar de parcial. Además, los pactos suelen ser un edificio complejo en el que todas las materias se hallan interrelacionadas. Por ejemplo, en un acuerdo de *joint venture* es habitual regular en detalle una operativa de negocio, a menudo basada en operaciones vinculadas a precios pactados, mientras que la parte organizativa (cómo se reparten los puestos del consejo y con qué *quorums* y mayorías se adoptan las decisiones clave) se diseña para garantizar la efectividad de dicha operativa. Cuesta de esta forma imaginar una infracción de una cláusula de ese entramado que no arruine la idea del interés social que tienen derecho a definir y han definido los propios interesados.

No obstante, eso (dar *enforcement* societario al pacto omnilateral por sistema) es precisamente lo que el TS no hace, pues insiste en que «no basta la mera infracción del pacto parasocial». Y, lo que es peor, en la práctica el TS se ha negado a anular acuerdos sociales que lo merecían. Sorprende en este sentido la STS (1.ª) de 17 de noviembre de 2020⁵⁰. Enjuicia esta una situación en la que un socio es invitado a entrar en el capital social, con plena conciencia de que opera en el entorno del negocio de la compañía; ello no es óbice

⁴⁹ Las sentencias que parecían favorables a la idea fueron las SSTS (1.ª) de 24 de septiembre de 1987 o las de 26 de febrero de 1991 y 10 de febrero de 1992. Contrarias han sido las SSTS (1.ª) 10 de diciembre de 2008, 5 de marzo de 2009 y las dos de 6 de marzo de 2009. Paradójicamente favorable en un supuesto inverso (se desestima la impugnación de un acuerdo social que era conforme al pacto) ha sido la STS (1.ª) de 25 de febrero de 2016.

⁵⁰ V. comentario crítico en Rodríguez Ruiz de Villa (2021).

para que en pacto parasocial se le asegure al nuevo entrante una representación proporcional en el consejo. Mas, tras ciertas vicisitudes que no vienen al caso, la junta acuerda separar de sus cargos a los consejeros que son directivos del nuevo socio, por entender que existe ese «conflicto permanente de intereses» que estaba perfectamente asumido *ab initio* como compatible con el interés social...

7.3. A vueltas con la oponibilidad

Parece que, en último término, el fundamento de la postura del TS sea un prurito técnico: si algo es un fenómeno extrasocietario (como al fin y al cabo se afirma una y otra vez), pero le damos eficacia societaria, lo estaremos haciendo «oponible a la sociedad», con contravención del 29 del LSC. Para salvar este argumento, en la práctica se ha propuesto una auténtica filigrana jurídica: establecer la observancia del pacto parasocial como una prestación accesoria y disponer que el incumplimiento de tal prestación es causa de exclusión de la sociedad del socio infractor, fórmula esta que ha sido validada por la Resolución de la DGRN de 26 de junio de 2018.

7.4. El canto del cisne y las compañías replicantes

Mas si aceptamos esta solución, entonces chocamos con otra paradoja⁵¹: advierten algunos autores de que así los pactos parasociales adquieren similar eficacia a los estatutos sociales y, por ende, deben respetar los mismos límites que pesan sobre ellos, ¡las normas imperativas del tipo social elegido! Obsérvese el efecto devastador de esta tesis, al menos si se interpreta literalmente. Pensemos en un pacto de unanimidad para la adopción de decisiones. Si no es omnilateral, será eficaz *inter partes*, porque no vulnera los límites a la autonomía de la voluntad que detallábamos *supra* § 3. Pero si es omnilateral y nos las arreglamos para conseguir que su infracción conlleve la nulidad de los propios acuerdos sociales que lo vulneran..., entonces automáticamente nuestro pacto morirá de éxito. Hasta ese instante lo reputábamos válido, pero entonces le sucede como al cisne mitológico: cuando canta su más bella canción, deviene nulo y muere por infracción del 200.1 de la LSC. Esta idea es paradójica, pero podemos comprender la preocupación que la anima. En estos casos, el documento extraestatutario funciona *de facto* como estatuto social, aunque pueda estar plagado de disposiciones que no superarían jamás la calificación re-

⁵¹ En este sentido, en la doctrina española, Noval Pato (2012, p. 131): «Cuando una norma prohíbe introducir una determinada previsión estatutaria, los socios no pueden pretender salvar esa restricción concertando un pacto omnilateral»; Pérez Millán (2009, p. 10): «Los pactos en los que intervienen todos los socios, en la medida que ante su infracción se les reconozca una eficacia similar, deberían en buena lógica venir sometidos a los mismos límites que se imponen a los estatutos»; en Alemania Rodemann (1998, p. 95), y en Italia Rescio (2006, p. 480-481).

gistrar, porque chocan frontalmente con los «principios configuradores del tipo social elegido». Resulta así que, por esta vía, uno podría dar vida a una entidad que se pavonee con el traje de SA o SRL, pese a no cumplir los rasgos definitorios de dicho tipo social, cual si fuera un replicante que logra la apariencia exacta de un humano, aunque carezca de todo lo que nos «tipifica» como tales. ¿No atenta ello contra la visión (pacífica en la doctrina) de los tipos sociales como *numerus clausus* y no *apertus*?

7.5. La trampa semántica

Pues bien, estos problemas son falsos problemas, creados por el lenguaje. Sucede sencillamente que el término «societario» engloba diversos significados.

Uno es el de constitución de una «persona jurídica», que es centro de imputación de derechos y obligaciones. Esta materia está vedada no ya a los pactos parasociales, sino a los propios estatutos sociales: las facultades de representación de los administradores son objeto de una regulación rígida (234 LSC), de forma que las limitaciones que puedan establecerse solo tienen efecto interno (son ineficaces frente a terceros que contraten con la sociedad) e incluso la RDGRN de 17 de septiembre de 2015 prohíbe su inscripción⁵²; obviamente, tampoco pueden retocar los socios con efectos *ad extra* las garantías de los acreedores.

Otro componente semántico de lo «societario» es la posibilidad de «circulación» de la posición de socio, en la que ingresa el nuevo adquirente, aunque no haya consultado ni la ley ni los estatutos que modulan esa posición. Pero el pacto omnilateral no quiere ser estatuto social en ese sentido, pues o bien obtiene la adhesión individual del nuevo socio o deja de ser omnilateral. Ello le exime de cumplir aquellas normas que solo protegen la seguridad del tráfico, como pudiera ser una regla organizativa del tipo de la de unanimidad en la adopción de acuerdos.

Y un tercer significado es el «organizativo»: el estatuto social pone en marcha, en sociedades de estructura corporativa, una organización a la que se encomienda la especificación del fin social, mediante la adopción por mayoría de acuerdos colectivos. A estos efectos, el pacto sí pretende suplantar al estatuto social. Debe respetar, por tanto, aquellas normas cuya razón de ser es delimitar lo que se puede entregar al poder colectivo y lo que no, así como las reglas que prohíben el pacto inicuo o leonino u opresivo (cfr. *supra* § 3.1). Es más: como este concepto se define atendiendo al efecto empírico que genera el pacto sobre la posición de socio, hay que valorar que ahora ese efecto es más intenso: el pacto omnilateral, en el aspecto organizativo, tiene la *causa societatis* no ya

⁵² Lo cual es discutible porque así se malogra la eficacia frente a adquirentes de las acciones o participaciones.

de la sociedad interna entre los firmantes, sino de la externa. Ahora bien, si el pacto en cuestión supera estas pruebas, entonces es válido, merece eficacia y los tribunales están obligados a dársela. En suma, no se trata de que el pacto «tendría» eficacia societaria si le diéramos *enforcement* societario. Es que ya tiene esa eficacia societaria, en el sentido en el que la puede tener, y no la pretende, en el sentido en el que no la podría tener. Ahora solo procede dirimir algo que es de cajón: si los tribunales siguen ahí, dispuestos a ejercer su jurisdicción con medios procesales coactivos, sin añadirle, pero también sin quitarle nada al derecho sustantivo.

7.6. Una última mirada a los contratos de cambio

Ciertamente, de esta forma coexisten dos estatutos que regulan la organización social: (a) el «personal» o «contractual», que se plasma en el pacto omnilateral y puede dar lugar a un *numerus apertus* de tipos societarios y (b) el «real», el que se inscribe en el Registro Mercantil, que es más rígido porque protege la seguridad del tráfico y solo admite un *numerus clausus* de tipos. Esto no debe sorprendernos, pues sucede también en el reino del intercambio: los contratantes pueden combinar diversas fórmulas para alumbrar contratos innominados, que satisfagan sus necesidades específicas; pero si quieren poner un derecho en el mercado y uno donde los terceros puedan actuar con agilidad, porque compran paquetes tipo, ya deben jugar con la lista cerrada de derechos reales. Lo peculiar de lo societario es que el estatuto «real» convive en el tiempo con el «personal», aunque aquel se encuentra en *stand-by* y solo se enciende si aparecen socios extraños al pacto, momento en el que es el estatuto «personal» el que queda desplazado y pasa a tener eficacia exclusivamente entre los socios que lo han suscrito, no pudiendo servir de base para anular acuerdos sociales que afectan a los no firmantes. Ahora bien, mientras el estatuto contractual sí abarque a todos los socios, no hay motivo para negarle una protección que no es más que la modalidad que adopta la acción de cumplimiento específico cuando el contrato de que se trata insta una organización que adopta acuerdos colectivos. Sostenere lo contrario sería como decir que el arrendatario al que el arrendador priva del goce de la cosa no puede recuperarla solo porque eso significaría concederle la «acción reivindicatoria», que es aquella con la que se conseguiría ese mismo efecto si el derecho de uso hubiera circulado como propiedad y fuera oponible *erga omnes*.



Listado de siglas

- CC: Código Civil
- CCom: Código de Comercio
- CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores
- CP: Código Penal
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado, antiguo nombre de la DGSJFP
- DGSJFP: Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
- LCD: Ley de competencia desleal
- LCSP: Ley de contratos del sector público
- LEC: Ley de enjuiciamiento civil
- LJCA: Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa
- LSA: Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas
- LSC: Ley de sociedades de capital
- LSRL: Ley de sociedades de responsabilidad limitada
- RD: Real decreto
- SA: Sociedad anónima
- SRL: Sociedad de responsabilidad limitada
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TRLSA: Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas
- TS: Tribunal Supremo

Referencias bibliográficas

- Abramovich, D. (2000). Una aproximación práctica a los convenios de accionistas en la sociedad anónima. *Ius et Veritas*, 20.
- Ahern, D. (2011). Nominee Directors' Duty to Promote the Success of the Company: Commercial Pragmatism and Legal Orthodoxy. *Law Quarterly Review*.
- Alfaro, J. (1996). Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada). *Revista de Derecho Mercantil*, 222.
- Alfaro, J. (2013). Límites a la libertad de configuración estatutaria, separación y exclusión de socios. *Blog Almacén de Derecho*. <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2013/09/limites-la-libertad-de-configuracion.html>
- Alfaro, J. (2015). Art. 226: Protección de la discrecionalidad empresarial. En Juste (Dir.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades cotizadas*. Thomson Reuters.
- Alfaro, J. (2017). Pactos parasociales para el consejo de administración. Almacén de Derecho, <https://almacenederecho.org/pactos-parasociales-consejo-administracion>
- Alfaro, J. (2019). No es leonina la cláusula de un pacto parasocial. *Derecho Mercantil España*. <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2019/05/no-es-leonina-la-clausula-de-un-pacto.html>
- Alfaro, J. (2020a). Lo jurídicamente correcto es también lo que más nos conviene. *Escritura Pública*, 125.
- Alfaro, J. (2020b). La prohibición de escisión de la acción o participación (art. 90 LSC) y los negocios sobre el derecho de voto. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/la-prohibicion-de-escision-de-la-accion-o-participacion-art-90-lsc-y-los-negocios-sobre-el-derecho-de-voto>
- Alfaro, J. (2021). La disolución como terminación del contrato de sociedad: teoría y algunas consecuencias prácticas. *Revista de Derecho de Sociedades*, 61.
- Alonso Ledesma, C. (2006). Sindicato de voto. *Diccionario de Derecho de Sociedades*.
- Andenas, M. (2007). Shareholders' Agreements: Some EU and English Law Perspectives. *Lecture*. https://www.lawschool.tsukuba.ac.jp/pdf_kiyoutl/tlj-01/images/mads.pdf
- Birmingham, R. L. (1970). Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. *Rutgers Law Review*, 24.
- Carrasco, A. (2013). Racionalidad económica y deber de lealtad entre socios. *Foro de Derecho Mercantil: Revista Internacional*, 40, 127-150.
- Carrasco, A. (2016). *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*. Thomson Reuters.
- Cian, M. (2009). La responsabilidad derivada del voto del accionista de las sociedades anónimas (*società per azioni*) en el Derecho italiano. *Revista de Derecho de Sociedades*, 33, Thomson Reuters.
- Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* (vol. 1). Civitas.
- Espejo, M. (2013). Comentario al artículo 1198. En Bercovitz (Dir.), *Comentarios al Código Civil* (tomo VI). Tirant lo Blanch.
- Fernández del Pozo, L. (2014). Acerca de la licitud de los pactos parasociales para el Consejo. La mala regulación de la cuestión en el proyectado Código Mercantil. *La Ley Mercantil*, 3.
- Gomes Ramos, M.^a E. (2016). Gestión de sociedades, D&O Insurance y protección

- de los administradores. *Revista de Derecho de Sociedades*, 47.
- González Pacanowaka, I. (1983). Comentarios al artículo 1257 del Código Civil español. En Albaladejo-Alabart (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (t. XVII, vol. 1-A). Edersa.
- Gullón Ballesteros, A. (1958). En torno a los llamados contratos en daño de tercero. *Revista de Derecho Notarial*, 20.
- Infante Ruiz, F. y Oliva Blázquez, F. (2009). Los contratos ilegales en el derecho privado europeo. *Indret*, 3.
- Iraculis, N. (2019). Acuerdos sobre operaciones con partes vinculadas: formulación del conflicto «relevante» en la prohibición de voto en la sociedad filial del administrador designado por la matriz. *Revista de Derecho de Sociedades*, 56.
- Lagos Villareal, O. (2019). La cuestión de la licitud o ilicitud de los pactos de accionistas relativos al voto de directores de sociedades anónimas. *Revista Chilena de Derecho*, 46(1).
- Madridejos, J. M.^a (1999). Los pactos parasociales. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXXVII, 187-224.
- Morales Barceló, J. (2014). Pactos parasociales versus estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción. *Revista de Derecho de Sociedades*, 42.
- Noval Pato, J. (2012). *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad: diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*. Thomson Reuters.
- Oppo, G. (1942). *Contratti parasociali*. Vallardi.
- Oppo, G. (1987). Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società. *Rivista Diritto Civile*.
- Ortuño, M.^a T. (2011). Comentario al art. 273 de la LSC. En *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters.
- Pantaleón, F. (1988). Cesión de Créditos. *Anuario de Derecho Civil*, t. XLI, fasc. IV.
- Paz-Ares, C. (2003). El enforcement de los pactos parasociales. *Revista Jurídica Uría Menéndez*, 5. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>
- Paz-Ares, C. (2010). Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo. *Indret* 4. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/780_es.pdf
- Paz-Ares, C. (2011). La cuestión de la validez de los pactos parasociales. *Revista Jurídica Uría Menéndez*, n.º extra. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3216/documento/art32.pdf>
- Paz-Ares, C. (2015). Anatomía del deber de lealtad. *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, 39.
- Paz-Ares, C. (2017). Identidad y diferencia del consejero dominical. En Juste-Espín (Dir.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*. Thomson Reuters.
- Paz-Ares, C. (2018). Lección 29. Uniones de empresas y grupos de sociedades. En Menéndez-Rojo (Dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*. Thomson Reuters.
- Pérez Millán, D. (2009). De la posible impugnación de acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales. En *Reflexiones sobre la Junta General de las sociedades de capital*. Colegio Notarial.
- Pérez Moriones, A. (2012). La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios. *Estudios de Deusto*, 61(2).
- Pérez Ramos, C. (2012). Problemas que plantean los pactos parasociales. *Blog Actum*, Lefebvre. <https://blog.efl.es/articulo-doc>

[trinal/problemas-que-plantean-los-pactos-parasociales/](#)

Perillo, J. M. (2000). Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference. *Fordham Law Review*, 68(4).

Remington, C. A. (1999). Intentional Interference with Contract and the Doctrine of Efficient Breach: Fine Tuning the Notion of the Contract Breacher as Wrongdoer. *Buffalo Law Review*, 47(1).

Rescio, G. (2006). I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci. En *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*.

Rodemann, C. (1998), *Stimmbindungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten Deutschlands, Englands, Frankreichs und Belgiens*.

Rodríguez Ruiz de Villa, D. (2021). Pactos parasociales omnilaterales y administradores conflictuados: algunos aspectos del caso Duro Felguera versus EIA XXI. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/pactos-parasociales-omnilaterales-y-administradores-conflictuados-algunos->

[aspectos-del-caso-duro-felguera-versus-eia-xxi](#)

Rojo, A. (2011). Comentario al art. 205 de la LSC. En *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters-Civitas.

Sáez Lacave, M.^a I. (2009). Los pactos parasociales de todos los socios. Una materia en manos de los jueces. *Indret*, 3.

Sáez Lacave, M.^a I. (2016). Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas. *Indret*, 1.

Valpuesta, E. (2018). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*. Thomson Reuters.

Vaquerizo Alonso, A. (2011). Artículo 29. Pactos reservados. En Rojo-Beltrán (Dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Thomson Reuters.

Von, R. (1871). Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen. En *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (vol. 10). <https://dlc.mpg.de/dlc/view/escidoc:80126:2/recto-verso>



La crisis económica de los clubes de fútbol. De la financiación al concurso de acreedores

Olga Gilart González

Licenciada en Derecho por la Universidad de París II Panthéon Assas (Francia)

Máster en Tributación/Asesoría Fiscal. CEF.-

olga.gilart@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3341-4643>

Extracto

El fútbol ha pasado de ser un simple entretenimiento para convertirse en un factor importante de la economía. La profesionalización del fútbol supone una mercantilización de la actividad, que se somete a las reglas de la economía de mercado. En este contexto los clubes deben mantener su nivel de ingresos para seguir compitiendo al más alto nivel. En su continua búsqueda de financiación las entidades deportivas se adentran en estructuras financieras poco compatibles con los criterios de la competición, que conducen a superar niveles de endeudamiento aceptables. Los clubes de fútbol en permanente situación de tensión económica deben en ocasiones recurrir a la normativa sobre insolvencias para tratar de recuperar la viabilidad de la empresa. En este especial contexto cobra una relevancia especial el concurso de acreedores aplicado a las sociedades anónimas deportivas, por las peculiaridades que reviste el ámbito deportivo.

Palabras clave: industria del fútbol; sociedades anónimas deportivas; concurso.

Fecha de entrada: 09-07-2021 / Fecha de aceptación: 29-07-2021

Cómo citar: Gilart González, O. (2021). La crisis económica de los clubes de fútbol. De la financiación al concurso de acreedores. *Revista CEFLegal*, 249, 47-74.



The economic crisis of soccer clubs. From financing to insolvency proceedings

Olga Gilart González

Abstract

Soccer has gone from being a simple entertainment to become an important factor in the economy. The professionalization of soccer implies a commoditization of the activity that is subjected to the rules of the market economy. In this context, clubs must maintain their level of income in order to continue competing at the highest level. In their continuous search for financing, sports entities enter into financial structures that are not really compatible with the criteria of competition and which lead to exceeding acceptable levels of indebtedness. Soccer clubs in a permanent situation of economic stress sometimes have to resort to insolvency proceedings to try to restore the viability of the company. In this special context, the insolvency proceeding applied to sports limited liability companies takes on special relevance, due to the peculiarities of the sports framework.

Keywords: soccer industry; sports corporation; bankruptcy.

Citation: Gilart González, O. (2021). La crisis económica de los clubes de fútbol. De la financiación al concurso de acreedores. *Revista CEFLegal*, 249, 47-74.





Sumario

1. Introducción
 2. La financiación de los clubes de fútbol
 - 2.1. Control económico a los clubes de fútbol
 - 2.1.1. Control económico desde la normativa estatal
 - 2.1.2. Control económico desde las asociaciones privadas
 - 2.2. La «venta» de jugadores como fuente de financiación
 - 2.2.1. Naturaleza jurídica de la transferencia de jugadores
 - 2.2.2. La cesión de los derechos federativos
 3. La crisis económica de los clubes y el concurso de acreedores
 - 3.1. Planteamiento de la cuestión
 - 3.2. Consecuencias de la prevalencia prevista por la Ley concursal
 - 3.3. La venta de la unidad productiva de la SAD
 4. Conclusión
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Considerar la actividad futbolística como una industria es una obviedad. El negocio del fútbol se ha convertido en un elemento económico nada despreciable. Según el informe que emite Deloitte anualmente, en el ejercicio 2020 los mejores 20 clubes europeos generaron 8,2 mil millones de ingresos, es decir, una media de 408 millones de euros por club. Las cifras son considerables, aunque se corresponden con un año especial, debido a la pandemia. Si nos referimos a cifras de la temporada 2017-2018, el deporte rey en España ha empleado a 184.626 personas y representa un 1,37 % del PIB del país¹. Se pueden multiplicar los datos, pero en definitiva es indiscutible que el fútbol genera dinero a todos los niveles.

Sin embargo, esta realidad contrasta con las continuas dificultades económicas que sufren muchos clubes. El endeudamiento excesivo se ha convertido en un mal endémico en las entidades deportivas, que ha llevado al legislador y a las asociaciones deportivas a tomar medidas para tratar de paliar sus efectos. En este sentido se ha optado por la sociedad anónima deportiva (SAD, en adelante) como la estructura jurídica para el desarrollo de una actividad fundamentalmente deportiva, pero también mercantil. Aunque no queda demostrado que la SAD haya sido una solución a los problemas económicos de los clubes, esta es la forma jurídica elegida y por tanto será de aplicación, en su caso, la normativa sobre insolvencia aplicable a las sociedades anónimas. Esta cuestión reviste una especial relevancia en el escenario de pandemia vivido en los últimos meses, que ha dejado expuestos económicamente a muchos clubes.

Así, este estudio tiene como objeto el análisis de la financiación de los clubes y el impacto jurídico que de ello se deriva, para examinar a continuación las consecuencias de la insolvencia de las entidades deportivas cuando fracasa la financiación.

2. La financiación de los clubes de fútbol

Hay que recordar que los clubes de fútbol, en un inicio, se organizaron bajo la forma de asociaciones privadas, quedando sometidos a la Ley general de la cultura física y del deporte² de 1980 (ley derogada). En la década de los ochenta dos acontecimientos transforman por com-

¹ *Impacto económico, fiscal y social del fútbol profesional en España Diciembre 2018*. <https://files.laliga.es/201902/28181426impacto-econ--mico--fiscal-y-social-del-f--tbol-pr.pdf>. El informe ha sido elaborado con la colaboración de PWC.

² Ley 13/1980, de 31 de marzo, general de la cultura física y del deporte (BOE núm. 89 de 12 de abril de 1980).

pleto el marco de desarrollo del deporte rey: por una parte, los clubes tienden cada vez más hacia una actividad empresarial, entre otras razones por los ingresos percibidos por derechos audiovisuales y marketing (García Martí, Gómez López y Durán González, 2016, p. 2); por otra parte, la organización de los mundiales de 1982 contribuye al endeudamiento de muchos clubes (García Martí, Gómez López y Durán González, 2016, p. 3) poniendo en peligro su viabilidad.

Así, los clubes se alejan de la asociación con un fin deportivo para convertirse en verdaderas empresas. En este contexto las diferentes instituciones públicas, pero también privadas, conscientes del reto que suponía la conversión en sociedades mercantiles, no dudan en establecer los mecanismos necesarios para su control económico. Sin embargo, estos mecanismos no obstan para que los clubes de fútbol sigan buscando fuentes de financiación al margen de las fuentes tradicionales, lo que conduce en general a mayores dificultades financieras.

2.1. Control económico a los clubes de fútbol

La necesidad de vigilar la economía de los clubes se materializa a través de un control establecido desde las asociaciones deportivas, pero también desde la normativa estatal.

2.1.1. Control económico desde la normativa estatal

En un contexto de mercantilización de las actividades desarrolladas por los clubes y aumento de nivel de endeudamiento antes expuesto, se plantea la necesidad de modificar la estructura de las entidades deportivas. Hay que recordar que gran parte de la deuda que mantenían los clubes era con la Hacienda Pública, por lo que el interés del Estado en ofrecer una solución era obvio. Así se promulga la Ley del deporte, que estipula en el artículo 19 la obligación para los clubes de fútbol (salvo excepción basada en la presentación de cuentas saneadas) de transformarse en SAD para poder participar en competiciones de carácter profesional. Este cambio de estructura jurídica se justificaba por razones económicas, como así se deduce de la disposición adicional séptima de la Ley del deporte, que estipula que:

Los clubes que, a la entrada en vigor de la presente Ley, participen en competiciones oficiales de carácter profesional en la modalidad deportiva del fútbol, y que, en las auditorías realizadas por encargo de la Liga de Fútbol Profesional, desde la temporada 1985-1986 hubiesen obtenido en todas ellas un saldo patrimonial neto de carácter positivo, podrán mantener su actual estructura jurídica, salvo acuerdo contrario de sus Asambleas³.

³ Solamente cuatro clubes, Real Madrid Club de Fútbol, Fútbol Club Barcelona, Athletic Club y Club Atlético Osasuna, pudieron mantener su forma jurídica original de asociación club de fútbol, al tener sus cuentas saneadas.

Efectivamente *a contrario sensu* se debe entender que aquellos clubes que no obtengan un saldo patrimonial de carácter positivo, o dicho de otra manera, unas cuentas saneadas en el periodo de tiempo indicado, deberán cambiar su estructura social.

Del texto se deduce que solamente podrán participar en competiciones de carácter profesional de ámbito nacional los clubes de fútbol que se hayan transformado en SAD⁴.

De hecho, todavía hoy los clubes que ascienden a la competición profesional deben transformarse en SAD con base en el procedimiento establecido en el real decreto sobre SAD de 1999 y las disposiciones transitorias del anterior Real Decreto 1084/1991, que siguen vigentes en caso de transformación de un club en SAD, de acuerdo con la disposición adicional quinta del real decreto sobre SAD.

Así pues, se pretendía encontrar en la estructura jurídica de la entidad una solución a los problemas económicos. El legislador no se limitó a imponer una estructura jurídica, sino que exigió el cumplimiento de parámetros económicos en el seno de la SAD, como así se deduce del artículo 3 del Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas⁵, cuyo largo contenido puede resumirse en tres puntos:

1. El capital mínimo no puede ser inferior a 60.000 euros, al igual que cualquier sociedad anónima. Además, en relación con el capital social el artículo 6.1 del real decreto sobre SAD estipula que este debe desembolsarse en su totalidad mediante aportaciones dinerarias. Seguramente se pretenda así que la sociedad en el momento de su transformación tuviera liquidez suficiente, pero con ello se descartan las aportaciones *in natura*. Por tanto, si en el momento de la transformación un asociado tuviera créditos contra la entidad, este no podrá transformarlo en capital a través del mecanismo de capitalización de su crédito. Este punto debe ponerse en cuestión en la medida en la que justamente la capitalización mediante

⁴ En relación con esta cuestión hay que precisar que de la lectura del artículo 74 del anteproyecto de Ley del deporte, se puede deducir que ya no habría obligación de transformarse en SAD en la medida en que el referido artículo estipula que: «Las entidades deportivas que participen en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional o profesionalizado y ámbito estatal podrán adoptar la forma de sociedades de capital».

Por tanto, desaparece el carácter obligatorio de la forma jurídica de la SAD, que es sustituido por una simple posibilidad («podrán adoptar», dice el texto legal). Esta estipulación tendría especial trascendencia para los clubes que asciendan a la competición de segunda división, en la que hoy en día es obligatorio adoptar la forma de SAD, y que de aprobarse la nueva Ley del deporte tendría carácter potestativo. Quedará por ver las consecuencias económicas y deportivas que la norma pueda producir o su compatibilidad con la sentencia del TJUE (sala quinta), Sentencia C-362/19P, de 4 de marzo de 2021 (NFJ081107).

⁵ Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas (BOE núm. 170 de 17 de julio de 1999). Este real decreto deroga el Real Decreto 1084/1991, de 5 julio, que mantiene vigente sin embargo sus disposiciones transitorias relativas a transformación de clubes en SAD y la necesidad de pertenencia de los equipos profesionales a dicha estructura societaria.

compensación de créditos permite aumentar el patrimonio neto y por tanto sanear las cuentas de la sociedad (Gallego Larrubia, 2018), que es lo que precisamente a lo que aspira el legislador.

2. El capital de las sociedades que deban transformarse en SAD (aquellas que quieran acceder a competiciones de carácter profesional) debe tener un capital social determinado por dos parámetros. Por una parte, se tendrán en cuenta los gastos medios en los que incurran el total de los clubes que participen en la misma competición. Así se entiende que el gasto debe ser equivalente en todos los clubes. Y por otra parte, también se fijará el capital en función de las pérdidas que arroje el balance del club en cuestión. Es decir, a mayores pérdidas mayor deberá ser el capital social.
3. En todo caso se persigue el equilibrio patrimonial de la entidad, tal y como se deduce del apartado 3 del artículo 3 del real decreto sobre SAD, previendo, en su caso, la intervención de la Comisión Mixta, que deberá determinar cuál será el capital mínimo necesario.

El rigor impuesto por la norma sin embargo puede tener el efecto contrario al esperado. Efectivamente, es destacable que en el año 2014 el club de fútbol SD Éibar estaba abocado a un descenso administrativo, a pesar de tener unas cuentas saneadas. Se le obligaba a un aumento de capital para llegar a los niveles de capitalización impuestos por el parámetro de gasto medio de los restantes clubes, poniendo en riesgo su continuidad, pese a su solvencia económica.

En conclusión, se puede afirmar que la legislación estatal busca garantizar, aunque no siempre con acierto, un nivel de capitalización que asegure el equilibrio patrimonial, de la misma manera que el artículo 369 e) de la LSC así lo exige para cualquier otra sociedad anónima.

Quizás la opción de la SAD no fuera la solución jurídica más adecuada para un problema de naturaleza económica⁶, pero sí se puede afirmar que el nivel de endeudamiento mejoró, al menos durante unos años⁷.

⁶ En este sentido conviene señalar que el anteproyecto de Ley del deporte, en el apartado VIII del preámbulo admite, «como formas jurídicas que permitan la participación en esta tipología de competiciones, a las sociedades de capital, los clubes deportivos y las asociaciones que cumplan los requisitos exigidos en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, dentro de que los fines de las mismas sean compatibles con la participación en competiciones deportivas en virtud de su normativa específica, y se ha potenciado la capacidad de los organizadores de estas competiciones, esencialmente ligas, para realizar sistemas de control económico de estos participantes que garanticen su viabilidad y la integridad de los torneos. Este modelo garantizará que un mayor número de competiciones deportivas puedan acceder a la categoría de profesionales».

⁷ Véase el informe emitido por el Tribunal de Cuentas: *Informe de fiscalización sobre el cumplimiento de la legalidad en las actuaciones realizadas por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y por la*

Pero más allá de esta regulación estatal, también las asociaciones de carácter privado han querido fiscalizar los clubes de fútbol.

2.1.2. Control económico desde las asociaciones privadas

La supervisión económica de los clubes se establece, desde las asociaciones deportivas, a diferentes niveles. Así, a nivel europeo, la Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol (en adelante, UEFA) exige transparencia a los clubes, tratando de evitar un endeudamiento excesivo. La preocupación por la salud económica de los clubes se plasma en el año 2010 con la adopción del documento *UEFA Club Licensing and Financial Fair Play Regulations*⁸, que plantea las reglas económicas, más conocidas como Juego Limpio Financiero. El objetivo de la UEFA era evitar que los clubes profesionales vivieran por encima de sus posibilidades, llevados por una espiral de gasto que los condujera a un endeudamiento difícilmente sostenible. Así, para poder participar en las competiciones que organiza la UEFA se debe cumplir con las normas de buenas prácticas fijadas, que consisten, por ejemplo, en la necesidad de no mantener deudas con otros clubes o con Hacienda; se controlará el gasto de los clubes limitándolo al nivel de ingresos; la intervención de patrocinadores accionistas de los clubes debe realizarse bajo las reglas de valor de mercado, etc.

Las sanciones previstas en caso de incumplimiento pueden ser de naturaleza pecuniarias, pero también deportiva, como deducción de puntos, descalificación o incluso retirada de premios obtenidos.

Desde España se han adaptado las normas relativas al *Fair Play* Financiero en el Reglamento de control económico de los clubes y sociedades anónimas deportivas afiliados a

Administración de la Seguridad Social, durante el periodo 2010 a 2015, para el cobro, reducción y control de las deudas contraídas por los clubes de primera y de segunda división (categorías «a» y «no quinientas»), determinando su composición actual, 26 de noviembre 2018, p. 27. Disponible en: <https://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/noticias/APROBADO-EL-INFORME-DE-FISCALIZACION-SOBRE-EL-CUMPLIMIENTO-DE-LA-LEGALIDAD-EN-LAS-ACTUACIONES-REALIZADAS-POR-LA-AGENCIA-ESTATAL-DE-ADMINISTRACION-TRIBUTARIA-Y-POR-LA-ADMINISTRACION-DE-LA-SEGURIDAD-SOCIAL-DURANTE-EL-PERODO-2010-A-2015-PARA-EL-COBRO-R/>

El informe señala que: «Los datos globales sobre la deuda tributaria pendiente a final de cada año ponen de manifiesto una reducción muy relevante de la misma durante el periodo fiscalizado (del 66 %). La deuda tributaria del conjunto de los CF pasó de 635 millones de euros a finales de 2010, a 218 millones a finales de 2017. Esta deuda permaneció estancada por encima de los 600 millones de euros hasta 2014, y este año comenzó una disminución constante hasta la actualidad. A partir de 2011 se produjo todos los años la siguiente rebaja interanual del importe pendiente: 3 % en 2012; 7 % en 2013; 14 % en 2014; 23 % en 2015; 19 % en 2016 y el 34 % en 2017».

⁸ Disponible en: https://documents.uefa.com/search/documents?filters=FT_Competition~%2522Club+Licensing%2522*FT_Competition_custom~%2522Specific+Regulations%2522*FT_ContentType_custom~%2522Technical+Regulations%2522&virtual-field=title_only&content-lang=en-GB

la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP)⁹, que ejerce el control a través del Comité de Control Económico. Como explica Palomino Toledano (2019), se establece un control en dos fases: un control *a posteriori*, que se deriva del *Financial Fair Play*, y un control *a priori*, a través de la supervisión de los presupuestos. La consecuencia más temible de la fiscalización de las cuentas de los clubes radica en la vinculación de los aspectos deportivos, como la contratación de jugadores, con la situación económica del club. La LNFP desde el año 2013 puede limitar el gasto de la plantilla para que no se rompa el equilibrio presupuestario. Un ejemplo de este control se puede analizar a través del caso «Pedro León»¹⁰. La LNFP, en su labor de «tutela», se opuso a la contratación del jugador porque el Getafe CF se excedía del límite máximo de gasto previsto en caso de contratación del jugador. Esto supuso unos conflictos por incumplimiento de los acuerdos celebrados entre el club y el jugador, afectando en este sentido las decisiones de las asociaciones sobre la libertad contractual de las partes.

Con todo ello destaca la importancia de la relación entre deporte y economía, si bien la combinación de ambos elementos no siempre es afortunada. Para llegar a buenos niveles deportivos, las inversiones son necesarias y las entidades deportivas, en su continua búsqueda de liquidez, se han introducido en el mundo financiero, no siempre con acierto. Las estructuras financieras elegidas ponen en cuestión en ocasiones la propia esencia deportiva. Desde la venta de los derechos deportivos vinculados a jugadores a fondos de inversión situados en paraísos fiscales, hasta la creación de los *soccers bonds*¹¹, pasando por la venta de derechos audiovisuales todavía no adquiridos¹², el espectro es infinito y en cierta medida inquietante.

Por su especial relevancia jurídica se analizará a continuación la financiación obtenida a través de los traspasos de los jugadores.

⁹ Disponible en: <https://files.laliga.es/201409/15120514nuevo-libro-x--versi--n-aprobada-el-21-de-mayo-2014-.pdf>.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 2019 (ROJ 11931/2019).

¹¹ Los *soccers bonds* son un instrumento por el que se reúne la deuda de los clubes para luego dividirla en pequeñas deudas, que serán vendidas bajo la forma de obligaciones garantizadas con los derechos económicos que se derivan de la transferencia de los jugadores.

¹² Tras la lectura de un artículo aparecido en el diario *Expansión* (E. Santos Mazo [20 de febrero de 2021], Los nuevos dueños del deporte, *Expansión*), me puse en contacto con Marcel Enrich, abogado de Pérez-Llorca, que intervino en la operación de financiación. Durante la reunión me comentó que la transacción consistió en una venta de los derechos audiovisuales titularidad de los clubes a un fondo de inversión. Es especialmente destacable que se vendieron no solamente los derechos ya negociados por la Liga hasta el año 2022, sino también aquellos derechos futuros (hasta el 2025) que todavía no habían sido negociados. Se entendió por los juristas que participaron en el diseño de la venta que el negocio subyacente vinculado a los derechos futuros se deducía del propio Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional.

2.2. La «venta» de jugadores como fuente de financiación

Los clubes de fútbol para mantenerse al más alto nivel necesitan financiación. Tradicionalmente se reconocen tres fuentes de ingresos: la venta de entradas, la venta de derechos audiovisuales y el marketing (Cañizares Rivas, 20016, p. 31). Sin embargo, se puede sumar una forma más de obtener liquidez a través de la «venta» de los jugadores, que constituye una importante partida del balance de los clubes¹³.

Tiene especial relevancia este método por la naturaleza jurídica del negocio celebrado y por los efectos deportivos que supone para la competición la transferencia de jugadores.

2.2.1. Naturaleza jurídica de la transferencia de jugadores

Este negocio jurídico habitual en el fútbol profesional plantea dudas jurídicas en relación con el objeto de la operación. Desde un punto de vista semántico, los términos utilizados para designar la operación de transferencia atraen cuando menos la atención del jurista. Efectivamente, los medios de comunicación se refieren habitualmente a la «venta de jugadores». Queda por analizar si realmente el jugador es objeto de la transmisión.

Se puede definir la operación de transferencia de jugadores como un negocio jurídico complejo en el que intervienen diferentes agentes y en el que el jugador se revela como un elemento fundamental. Para llevar a cabo la transferencia será preceptiva la materialización de tres acuerdos. Primero, el club de origen y el jugador deberán rescindir el contrato que les une. En segundo lugar, se firmará un contrato de transferencia entre el club de origen y el club de destino, y, finalmente, el jugador debe firmar un nuevo contrato de trabajo con el club de destino. La cuestión que se plantea está relacionada con el objeto de la transferencia, o dicho de otra manera, qué se transfiere en dicho negocio jurídico.

La primera hipótesis hace referencia a los derechos federativos. La doctrina ha desarrollado este concepto, que nace en América del Sur, donde se atribuye un valor patrimonial a la «licencia deportiva» del jugador (Acosta Pérez, 2007, p. 347). Aumenta la dificultad si se considera que no existe definición alguna del concepto de derecho federativo en la legislación deportiva estatal ni en la regulación asociativa de la Real Federación Española de Fútbol (RFEF, en adelante) o de la FIFA. Para entender mejor su contenido hay que partir, pues, del artículo 32.4 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, que estipula que

¹³ Si se toma como referencia el año 2019, el valor por transferencias internacionales alcanzó los 7.350 millones de US\$; en 2020 los traspasos internacionales disminuyeron en un 23,4 %, aunque las cantidades siguen siendo considerables. Las cifras han sido extraídas del *Global Transfer Market Report 2020* (p. 9). Informe publicado por la FIFA el 18 de enero de 2021. <https://resources.fifa.com/image/upload/fifa-global-transfer-market-report-2020.pdf?cloudid=ijiz9rtpkfnbhwq70>

para practicar oficialmente un deporte hay que tener la oportuna licencia federativa que habilita al deportista para participar en competiciones (licencia que otorga la federación deportiva correspondiente). Por consiguiente, los derechos federativos representan, según Auletta (2017), «la potestad que tiene un club que ha contratado a un futbolista profesional para utilizar sus servicios, incluyéndolo en sus equipos, en todas aquellas competencias oficiales en las cuales participen los mismos».

Así, la jurisprudencia consideró que cuando un club contrata un jugador se convierte en propietario de lo que llamaremos los «derechos federativos», lo que le permite alinear al jugador en los partidos de una determinada competición. La Audiencia Nacional¹⁴ determinó que existían al menos tres tipos de derechos en las relaciones jurídicas entre el club y el jugador profesional;

1. En primer lugar, los denominados derechos federativos. [...]
2. El segundo bloque de derechos son los laborales, los cuales surgen de la relación especial que pueda suscribirse con el Club o SAD con el jugador, y cuyo régimen se encuentra, esencialmente, en el [Real Decreto 1006/1985 \(RCL 1985, 1533\)](#), por el que se regula la relación laboral especial de deportistas profesionales.
3. Pero hay un tercer grupo o bloque de derechos, que son los denominados «derechos económicos» o, si se quiere, «derechos económicos federativos». Con esta expresión se hace referencia a los rendimientos económicos que tanto los clubes o SAD como los deportistas profesionales obtienen en los casos de traspasos o cesiones.

El tribunal consideró que los derechos federativos incluían: «la inscripción del jugador a favor del club y la licencia para jugar con carácter exclusivo en el club en que está inscrito».

Al atribuir un valor patrimonial al derecho federativo, se justifica pues que cuando se transfiere un jugador el club propietario de los derechos percibe una cantidad correspondiente al valor de los derechos federativos.

Pero esta posición aceptada comúnmente no es general.

Así, una segunda hipótesis vincula el monto abonado a la indemnización por rescisión del contrato laboral del jugador. Con dicha cantidad se resarce al club de origen, que se ve perjudicado por la pérdida de un jugador, y se libera al propio jugador para que pueda ser contratado por un nuevo club. Esta valoración ha sido defendida por el Tribunal Arbitral Sportif (organismo que dirime las disputas a nivel asociativo; TAS, en adelante). El TAS se aleja del

¹⁴ SAN de 12 de julio de 2016 (ROJ 3285/2016) (NFJ064286).

concepto de derecho federativo al considerarlo una creación jurídica que viene a fundamentar el uso inadecuado de la expresión de «venta», y considera por tanto que la cantidad entregada tiene carácter indemnizatorio y se integra en una relación laboral más que mercantil¹⁵.

Ante esta dicotomía conceptual hay que referirse a una tercera hipótesis que, aunque interesante, ha sido rechazada *ab initio* por la doctrina. Se trata de considerar al propio jugador como objeto del contrato. De la Iglesia (2016, p. 69) o Auletta (2014, p. 24) consideran inaceptable que el jugador pueda ser objeto del contrato, ya que se trataría de un objeto ilícito de acuerdo con el artículo 1255 del CC y porque estaríamos ante una situación parecida a la esclavitud. Si se parte de la práctica, no se puede negar que el jugador es considerado como «una cosa» con relevancia económica¹⁶. Ciertamente es que el vocabulario utilizado habitualmente hace referencia a la compraventa de jugadores, pero una utilización quizás inadecuada del léxico no es suficiente para convencer al jurista. Sin embargo, rechazar la posibilidad de que el jugador sea considerado objeto con base en la nulidad que se derivaría tampoco es convincente. Pues bien, esto equivaldría a decir que la venta de sustancias prohibidas es imposible porque el objeto es ilícito. Parece entonces más correcto tratar de averiguar si el jugador es efectivamente el objeto del contrato y, en su caso, aplicar las consecuencias jurídicas relacionadas con la nulidad, si así fuera.

¹⁵ Tribunal Arbitral Sportif CAS 2010/A/2098, pp. 15-16. (<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/2098.pdf>). «The Panel notes, however, that in the world of professional football the term "sale" is used in an inaccurate way. [...] In order to make good this lack of property or title and to establish a "right" which can be transferred from one club to another, and therefore become the subject of a "sale" in proper terms, the industry has identified a category of so-called "federative rights", being rights stemming from the registration with a football association or league of a player with a club. Indeed, the Transfer Agreement itself refers to the "droits sportifs" or "derechos deportivos" as the property of Lens and the object of the transfer to Sevilla. The Panel, however, holds that this notion of "federative rights" (...) cannot be accepted, at least to the extent these "federative rights" are held to stem only from the rules of a federation, and are not ultimately based on the player's explicit consent". (La traducción es mía: "Sin embargo, el Panel observa que en el mundo del fútbol profesional el término "venta" se utiliza de forma inadecuada. [...] Con el fin de subsanar esta falta de propiedad o título en el uso y establecer un "derecho" que pueda ser transferido de un club a otro, y en este sentido susceptible de convertirse en objeto de una "venta" propiamente dicho, la industria ha identificado una categoría, los llamados "derechos federativos", que son derechos que provienen de la inscripción de un jugador con un club en una asociación o liga de fútbol. En efecto, el propio contrato de cesión se refiere a los "droits sportifs" o "derechos deportivos" como propiedad de Lens y objeto de la cesión a Sevilla. Sin embargo, el Panel de Expertos considera que esta noción de "derechos federativos" [...] no puede aceptarse, por lo menos en la medida en que estos "derechos federativos" solo provienen de las normas de una federación y no se basan en última instancia en el consentimiento expreso del jugador»).

¹⁶ En este sentido hay que hacer referencia al informe elaborado por KPMG tras la pandemia, cuyo título es revelador: Player value not immune to pandemic. An analysis of the impact of the COVID-19 crisis on football players' market values (la traducción es mía: El valor del jugador no es inmune a la pandemia. Un análisis del impacto de la crisis de COVID-19 en los valores de mercado de los jugadores de fútbol). Disponible en: <https://footballbenchmark.com/documents/files/public/KPMG%20FBM%20report%20-%20Covid%20impact%20on%20players%20values%20-%206%20May%202020%20final.pdf>

Ahondando en el estudio, hay que mencionar que se ha podido considerar que el certificado de transferencia internacional¹⁷ (documento administrativo necesario para proceder a la transferencia de jugadores) se configuraba como una especie de título de propiedad sobre el jugador (Acosta Pérez, 2007, p. 351). Rizzo (2005, p. 42), por su parte, entiende que no es tanto el futbolista como persona física el objeto del contrato, sino el conjunto de signos que lo caracteriza. En definitiva, nos acercamos a un concepto de patrimonialización del cuerpo humano que no es ajeno al derecho. Efectivamente, las madres de gestación subrogada o la comercialización de órganos son situaciones que han abierto el debate jurídico y que oponen dos posiciones antagónicas al respecto. Por una parte, Estados Unidos, que defiende la patrimonialización del cuerpo humano y, por otra parte, están los países influenciados por el derecho romano, con Francia a la cabeza¹⁸, que lo rechaza cualquiera que fuera su forma.

Pues bien, si se quisiera concluir que el jugador en realidad es el objeto del contrato y la cantidad abonada su precio, de acuerdo con los artículos 1116 y 1272 del CC habría que considerar la nulidad de la operación por la ilicitud de su objeto, al estar fuera del comercio el cuerpo humano.

Pero hay que recordar que la jurisprudencia en España se inclina por considerar que en la operación de transferencia de jugadores se transmiten los derechos federativos que, en todo caso, gozan de una vertiente patrimonial. Por tanto, el objeto del negocio radicaría en los derechos federativos, cuya titularidad pertenece a los clubes¹⁹. Así pues, los clubes

¹⁷ Véase el artículo 9.1 del Reglamento sobre el estatuto y la transferencia de jugadores, que estipula que: «Los jugadores inscritos en una asociación únicamente podrán inscribirse en una nueva asociación únicamente cuando esta última haya recibido el certificado de transferencia internacional (en adelante, «el CTI») de la asociación anterior. El CTI se expedirá gratuitamente, sin condiciones ni plazos. Cualquier disposición en contra se considerará nula y sin efecto. La asociación que expide el CTI remitirá una copia a la FIFA. Los procedimientos administrativos para la expedición del CTI se encuentran definidos en el anexo 3, art. 8, y en el anexo 3a del presente reglamento».

¹⁸ El artículo 16-5 del Código Civil francés dispone: «Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles» (la traducción es mía: «Los contratos que tengan por efecto atribuir un valor patrimonial al cuerpo humano, a sus elementos o a sus productos son nulos»).

¹⁹ Por ejemplo, en este sentido, la STS de 24 de septiembre de 2012 (ROJ 6301/2012) (NFJ048697). El tribunal establece que no se cuestiona que «la titularidad del derecho federativo la ostenta el club o la sociedad anónima deportiva correspondiente [...]. Nada distinto deriva de nuestra doctrina, porque, examinado supuestos como el de autos en otras sociedades anónimas deportivas o clubes de fútbol, hemos concluido que: (i) conforme a la legislación aplicable "los titulares de los derechos federativos son, exclusivamente, los clubes mientras dure la relación laboral con el jugador, que los mismos pueden ceder o transmitir, temporal o definitivamente, dichos derechos a otro club, siempre con consentimiento del jugador, y que, de la cantidad percibida por la cesión o traspaso, el futbolista tendrá derecho a un porcentaje que no podrá ser inferior al 15 por 100, extinguiéndose en el momento de la cesión o traspaso la relación laboral entre el jugador y el club cedente"».

Doctrina que se reitera en la STS de 24 de marzo de 2014 (ROJ 1205/2014) (NFJ053988), o también en la SAN de 27 de diciembre de 2017 (ROJ 5436/2017).

están habilitados para negociar y comerciar con dichos derechos y, en particular, podrán cederlos a terceros, lo que sin duda conlleva consecuencias deportivas.

2.2.2. La cesión de los derechos federativos

El derecho federativo, en el sentido de potestad correspondiente al club de alinear a los futbolistas contratados en cualquier competición en la que participe, tiene, según la jurisprudencia y la doctrina, un valor económico, como se ha manifestado en líneas anteriores. Por tanto, se reconoce a su titular la posibilidad de negociar con ese valor patrimonial, al igual que se podría hacer con cualquier otro derecho que tuviera un valor económico. En este sentido, se separa el propio derecho de su valor patrimonial, y mientras el derecho federativo solamente puede ser titularidad de los clubes (Álvarez Rubio, 2018, p. 724), su contenido económico es divisible y susceptible de cesión a terceros²⁰.

Los clubes, en su permanente búsqueda de financiación, han encontrado en el valor económico de los derechos federativos una forma de obtención de liquidez o de financiación para la adquisición de activos. Así, ceden a terceros el contenido patrimonial de los derechos federativos vinculados al jugador a cambio de una contrapartida económica.

En este contexto aparecen «los terceros» en el mundo del fútbol, que se pueden definir como personas físicas o jurídicas que entregan una suma de dinero al club a cambio de un derecho sobre la cantidad abonada en el traspaso futuro de un jugador, y dichos terceros no es ni el jugador ni el club.

Con todo ello se plantea la cuestión de la intervención de terceros con perfil financiero y ajenos al mundo deportivo en las operaciones de transferencia de jugadores, y más específicamente de la intervención de los fondos de inversión (FF. II., en adelante).

Ante esta situación, la FIFA mostró su preocupación por la influencia que pudieran ejercer dichos terceros sobre el desarrollo de la competición (Crespo Pérez y Frega Navía, 2015, pp. 243-250) y, a partir del año 2015, se prohibieron este tipo de transacciones, conocidas por sus siglas en inglés TPO (*third party ownership*). Consecuentemente, se introdujo en el Reglamento sobre el estatuto y transferencia de jugadores el artículo 18 ter²¹, que recoge, en relación con la propiedad de los derechos económicos de los jugadores por parte de terceros, que:

²⁰ España, Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia núm. 347/2016, de 12 de julio (NFJ064286).

²¹ Suiza, FIFA, Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores. Disponible en: <https://resources.fifa.com/image/upload/reglamento-sobre-el-estatuto-y-la-transferencia-de-jugadores-marzo-2020.pdf?cloudid=cjjwcmrhciitappiu88p>

Ningún club o jugador podrá firmar un contrato con un tercero que conceda a dicho tercero el derecho de participar, parcial o totalmente, del valor de un futuro traspaso de un jugador de un club a otro, o que le otorgue derechos relacionados con futuros fichajes o con el valor de futuros fichajes.

Podría parecer por tanto inoportuno dedicarse al análisis de los derechos federativos adquiridos por terceros, habida cuenta de la prohibición impuesta por la FIFA. Sin embargo, la cesión de derechos federativos a terceros y en particular a FF. II., de hecho, se sigue realizando²². Pero además hay que precisar que se trata de una operación ilícita, solamente desde la perspectiva federativa, ya que en nuestro derecho interno nada se opone a que los FF. II. adquieran los derechos federativos vinculados a los jugadores (García Caba, 2015). Efectivamente, los FF. II. tienen como vocación la participación en productos financieros susceptibles de revalorizarse; y la vertiente económica de los derechos federativos se configura como un producto financiero en que la diferencia entre el precio de adquisición y el precio de venta, que depende de la progresión deportiva del futbolista, genera un beneficio que se repartirán los partícipes del fondo.

En este contexto se trata, pues, de analizar las consecuencias para el jugador de la intervención de terceros a los que se les escapa cualquier motivación deportiva para ceder a intereses puramente económicos.

Así pues, las operaciones con TPO han sido objeto de críticas por privilegiar los intereses económicos frente a los derechos deportivos del jugador (Martell Bover, 2019, p. 11). Además, la intervención de los fondos contribuye a desconfigurar la naturaleza laboral que debería tener la relación entre el jugador y el club. Para los FF. II. el jugador no es más que un producto que le permitirá rentabilizar su inversión, que se materializará con la futura transferencia del jugador, al reservarse un derecho sobre las cantidades abonadas en ese momento. Solamente si el jugador progresa durante el periodo de tenencia de los derechos económicos vinculados a los federativos, el precio de transferencia se incrementará y se producirá el esperado beneficio. En relación con las inversiones en el fútbol hay que precisar

²² En un artículo publicado por *The New Yorker* en 2019, es decir, cuatro años después de la prohibición impuesta por la FIFA, se relata cómo uno de los primeros dossiers publicado por Football Leaks fue relativo a los TPO y como sigue vigente dicho negocio por el que los clubes ganan dinero «comprando y vendiendo jugadores» (Knight, S. [3 de junio de 2019]. *The Final Whistle*. *The New Yorker*. USA. <https://www.newyorker.com/magazine/2019/06/03/how-football-leaks-is-exposing-corruption-in-european-soccer>).

En este mismo sentido se puede hacer referencia a la entrevista realizada a Mino Raiola (agente de deportistas) en el *Financial Times*. El periodista le pregunta sobre la percepción de fondos de la Juventus por el traspaso de jugadores y Raiola con incomodidad reconoce que la respuesta puede perjudicarlo, habida cuenta de la prohibición de los TPO, para admitir finalmente que la Juventus no era la única propietaria de los derechos del jugador y por tanto reconociendo la intervención de terceros en el traspaso del jugador. (Kuper, S. [28 de octubre de 2016]. Mino Raiola: meet the super-agent behind Pogba and Ibrahimovic, *Financial Times.com*. <https://www.ft.com/content/548155cc-9bcf-11e6-b8c6-568a43813464>).

que la duración media de tenencia de los derechos federativos se sitúa en torno a los tres años. Será durante este periodo cuando el jugador deberá ser exhibido para favorecer «su venta» al mejor precio (Cappa y Cappa, 2016, p. 49). Por tanto, el fondo de inversión tiene mucho interés en que se le otorguen al jugador minutos de juego y tratará de influir en este sentido a través de diversas cláusulas contractuales (Martell Bover, 2019, p. 12). Los FF. II. también deciden de las transferencias a realizar a través de estipulaciones contractuales, que en todo caso limitan la capacidad de decisión del jugador en cuanto a la elección del club donde desarrollar su actividad²³.

Al hilo de lo anterior hay que insistir en la imaginación de los FF. II., que solo pretenden rentabilizar su inversión y sortear la prohibición impuesta por la FIFA. De este modo nace el TPI (*third party investments*), operación en la que el fondo se convierte en un prestamista y garantiza su aportación con los derechos de transferencia. También el *bridge transfers*, por el que el fondo de inversión compra directamente un club que no opta a ningún título (González García, 2019, p. RR-5.3), o incluso el sistema conocido como club fantasma (Martell Bover, 2019, pp. 24 y ss.), cuya denominación revela la falacia del sistema.

Con todo ello se puede comprobar cómo el jugador carece de protagonismo en un negocio jurídico basado en su calidad deportiva y se convierte en un objeto manipulado por terceros con intereses económicos. Ante esta situación quiero resaltar la solución ofrecida por González García (2019): «La mejor manera de controlar la actividad de los negreros sería poner fin a la "esclavitud" de los futbolistas» (p. RR-5.11). La afirmación pone de manifiesto la situación en la que se encuentra el jugador, en manos de interés económicos ajenos.

Así, los clubes, en una permanente búsqueda de financiación para obtener los mejores resultados deportivos que a su vez supondrán mayores ingresos, se ven atrapados en una espiral que los lleva a un endeudamiento difícilmente sostenible. A pesar de los controles económicos establecidos por la normativa vigente, hay que destacar que los concursos de acreedores en el ámbito deportivo son frecuentes. Probablemente, tras la situación produ-

²³ Como ejemplo de esta situación se puede citar el caso Yannick Carrasco, denunciado en el marco del Football Leaks. El jugador fue traspasado desde el Club Atlético de Madrid al Dalian Yifang chino. Según la investigación llevada a cabo, el Club Atlético de Madrid compró los derechos del jugador en 2015 y contrató un préstamo de 97 millones de dólares, que avaló con los propios derechos económicos derivados de la ficha federativa del jugador. El Mónaco, club de origen, estaba seguro de que la «venta» del jugador se realizaría en un plazo de dos años, razón por la que se reservó un derecho sobre el precio de la posterior «venta». Pero lo que más extrañaba es que en 2018 el jugador se fue a un club chino, que era de los más modestos, y que en ese momento trataba de recuperar su categoría. De toda la trama, según el diario belga que reveló los hechos, se desprende que el grupo Wanda (grupo que patrocina al Club Atlético de Madrid) se hizo cargo del Dalian Yifang y que toda la operación respondía a una operación financiera para que el Club Atlético de Madrid pudiera devolver el préstamo y cuadrar cuentas. En estas circunstancias no se puede dudar que el jugador, en todo momento, fue tratado como un objeto más que como un deportista con una carrera prometedor.

cida por la COVID-19 se multipliquen más aún los casos de insolvencia. Así, conviene realizar un acercamiento a la situación del concurso de acreedores en las SAD.

3. La crisis económica de los clubes y el concurso de acreedores

Del análisis de las cifras se puede señalar que el recurso a la normativa concursal en el mundo empresarial es residual, teniendo España una de las tasas de empresas concursadas más baja de Europa²⁴. Sin embargo, si nos referimos a las sociedad anónimas que desarrollan su actividad en el mundo deportivo, se observa que el nivel de insolvencia de las SAD españolas respecto al resto de Europa²⁵ se convierte en uno de los más altos (Rico Llopis y Puig Blanco, 2015, p. 54).

La relevancia de los estados de insolvencia en el ámbito futbolístico justifica un estudio específico del concurso de acreedores aplicado a las SAD, si bien es cierto que el anteproyecto de Ley del deporte de enero de 2019 prevé la derogación de la disposición concursal aplicables a la SAD. Por tanto, puede parecer superfluo dedicar unas líneas a la cuestión, pero la situación de pandemia probablemente obligue a algunas entidades a solicitar el concurso, y mientras no quede derogada la normativa esta deberá aplicarse (se desconoce la fecha en la que la Ley del deporte será aprobada). Por otra parte, la reciente normativa sobre derecho concursal aprobada en 2020²⁶ insiste en la particularidad que reviste la entidad deportiva, al incluir en el capítulo relativo a las «especialidades del concurso por razón de la persona del deudor» una sección 5.^a acerca de las «especialidades del concurso de entidades deportivas».

De las líneas anteriores se deduce que la normativa concursal reviste ciertas especialidades en relación con su aplicación al mundo deportivo, lo que merece la atención del jurista.

²⁴ En España, en los últimos años, de media hay unas 4.000 peticiones de concursos sobre un total de 2.886.759 empresas, con una tasa de unas 28 empresas por cada 10.000 existentes, mientras el promedio en Europa es de 70 por cada 10.000 (cifras obtenidas del INE, Dirección General de la Pequeña y Mediana Empresa. Datos obtenidos de la página de Instituto Nacional de Estadística: https://ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550. Los datos a nivel europeo se obtuvieron de la página web de CreditReform, <https://www.creditreform.com/en/index.htmlpara>).

²⁵ Diferentes trabajos de investigación han estudiado el estado de insolvencia de los clubes de fútbol. Véase, por ejemplo, el caso del campeonato inglés: Szymanski, S. (2012). Insolvency in English professional football: irrational exuberance or negative shocks. *International Association of Sports Economist*. Working Paper, 12(02), 2. Para Alemania: Szymanski, S. y Weimar, D. (2019). Insolvency in professional football: a German Sonderweg? *International Journal of Sport Finance*, 14, 65. Para Italia: Baroncelli, A. y Lago, U. (2006). Italian football. *Journal Sports Econimcs*, febrero.

²⁶ 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 7 de mayo de 2020).

3.1. Planteamiento de la cuestión

La complejidad del ordenamiento jurídico relacionado con el deporte es una realidad a la que no escapa la normativa concursal. La dificultad radica en parte en lo que la doctrina ha llamado el «complejo de isla» (Cazorla Prieto, 1979, p. 237). El mundo del deporte tiende a pensar que se configura en una burbuja jurídica aislada de las reglas establecidas a nivel general. La especialidad que reviste el deporte justificaría que se desarrollara al margen de los principios generales del derecho normas especiales para el ámbito deportivo.

A su vez, la complejidad nace de la propia organización del deporte en general y del fútbol en particular, que se rige tanto por normas estatales como por reglamentaciones que emanan de las asociaciones privadas. Esta dicotomía jurídica en la que el Estado, pero también las federaciones nacionales e internacionales, regulan el desarrollo de la actividad deportiva contribuye a crear conflictos entre normas. Así, se crean paradojas jurídicas que se ponen de manifiesto también en la aplicación de las normas relativas a las situaciones de insolvencia sufridas por los clubes de fútbol (Palomar Olmeda, 2009, pp. 773-774).

En cuanto a la especificidad de la normativa concursal aplicables a las SAD solamente se encontrará en el artículo 582 del Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal, una disposición particular en relación con las entidades deportivas:

1. En los concursos de entidades deportivas que participen en competiciones oficiales, se aplicarán las especialidades que para el concurso de acreedores prevea la legislación estatal del deporte y sus normas de desarrollo.
2. La declaración judicial de concurso de una entidad deportiva no interrumpirá la continuación de la actividad que viniera ejerciendo ni impedirá la aplicación de la normativa reguladora de la participación de esa entidad en la competición.

Hay que recordar que con anterioridad a este texto legal la peculiaridad en materia deportiva en relación con la ley concursal se encontraba en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal²⁷. En este caso se introdujo una disposición adicional segunda bis, sobre el «Régimen especial aplicable a las situaciones de insolvencia de las sociedades deportivas»²⁸.

La valoración comparativa entre el texto de 2011 y el adoptado en 2020 permite destacar dos elementos:

²⁷ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 245 de 11 de octubre de 2011).

²⁸ Disposición introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 245 de 11 de octubre de 2011).

En primer lugar, el legislador parece renunciar a la necesidad de aprobar una ley que recoja las especialidades en materia de insolvencia de las SAD. Efectivamente, en el año 2011 se emplazaba al Gobierno para que en plazo de seis meses tras la promulgación de la ley se presentara en las Cortes Generales un proyecto de ley «sobre especialidades del tratamiento de la insolvencia de las sociedades y asociaciones deportivas profesionales, calificadas así por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y de los créditos salariales de sus deportistas»²⁹. Hay que precisar que tras una década desde la promulgación del texto nada se hizo en este sentido, razón por la que probablemente se consideró innecesario reiterar la propuesta en el texto de 2020.

En segundo lugar, hay que señalar que se ha evolucionado en el concepto sobre prevalencia normativa, o quizás no tanto. En este sentido, la normativa concursal rivaliza con la normativa privada prevista por las asociaciones de fútbol en materia de incumplimientos económicos. Por tanto, cabe preguntarse qué normativa debe aplicarse preferentemente.

Pues bien, en 2011 el texto legal estipula que:

En los concursos de entidades deportivas que participen en competiciones oficiales, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales prevea la legislación del deporte y sus normas de desarrollo. En todo caso, la sujeción a la presente ley de dichas entidades no impedirá la aplicación de la normativa reguladora de la participación en la competición.

Así pues, se reconoce la prevalencia de «la normativa reguladora de la participación en la competición», es decir, la norma que emana de las asociaciones privadas³⁰.

La RFEF y la Asociación de Futbolistas Españoles presionaron para que se reconociera la aplicación de la normativa privada (Estepa Domínguez, 2020, pp. 522-523) basándose en una jurisprudencia minoritaria³¹. Esta postura puede sorprender en la medida en la que los textos

²⁹ Disposición adicional 2.^a bis párrafo 2.º de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

³⁰ La adopción del texto definitivo de la disposición adicional 2.^a bis de 2011 fue objeto de una evolución que revela el carácter conflictivo del asunto. En el anteproyecto de ley se preveía que la sujeción a la Ley concursal «no impedirá la aplicación de la legislación deportiva reguladora de la participación en la competición», véase Madrid, 16 de diciembre de 2010, anteproyecto de ley de reforma de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal. http://www.cotime.es/documentos/normativa/reforma_concursal1.pdf. En una segunda fase, el 1 de abril de 2011, en el BOCG aparece el artículo redactado con el siguiente texto: «[...] no impedirá la aplicación de las disposiciones con rango de ley reguladoras de la participación en la competición». <http://www.estudioconcursal.com/wp-content/uploads/2011/04/Proyecto-de-Ley.PDF1.pdf>. Finalmente quedará publicado con el siguiente texto: «No impedirá la aplicación de la normativa reguladora de la participación en la competición».

³¹ Para la temporada 2009-2010 en la circular núm. 50 la RFEF reconoce la necesidad de aplicación de una normativa concursal a las SAD insolventes, pero seguidamente manifestaba que: «No obstante, debe

de las asociaciones privadas no tienen carácter de fuerza de ley y por tanto no son oponibles *erga omnes*. Aunque de acuerdo con Cerda Labanda (2014) se puede entender que no se busca con el texto una exclusión de la norma concursal, sino simplemente que se compatibilicen ambas normativas, tratando de evitar que se dejara sin efecto las reglas deportivas.

En cualquier caso, la redacción del artículo 582 de la Ley concursal parece ofrecer un giro, en la medida en que se limita la aplicación de las especialidades relativas al concurso de acreedores a las normas previstas en la legislación estatal del deporte y sus normas de desarrollo. Es decir, que solamente se establece una prevalencia de la norma deportiva cuando esta tenga rango de ley. Sin embargo, cabe destacar que ni la Ley del deporte ni las normas adoptadas por las comunidades autónomas (que son las normas deportivas con rango de ley) contienen ninguna referencia específica, por lo que el apartado carece de aplicación práctica, al menos de momento.

En cuanto al segundo apartado del artículo 582 nuevamente se hace referencia a una prevalencia de la norma deportiva en los siguientes términos: «La declaración judicial de concurso de una entidad deportiva no interrumpirá la continuación de la actividad que viniera ejerciendo ni impedirá la aplicación de la normativa reguladora de la participación de esa entidad en la competición».

La utilización del término normativa de la competición es ciertamente ambigua, ya que puede referirse a las normas adoptadas por las federaciones, en cuyo caso se volvería a plantear la prevalencia de una norma de carácter privado sobre una norma estatal, como es la Ley concursal.

Ante una interpretación incierta del artículo, conviene analizar las consecuencias que conllevan admitir la prevalencia de la normativa federativa en materia concursal.

3.2. Consecuencias de la prevalencia prevista por la Ley concursal

El incumplimiento de las obligaciones económicas de la empresa supone la intervención de los poderes públicos a través de la aplicación de la Ley concursal. A su vez, como se ha podido ver en líneas anteriores, las federaciones también establecen un control económico de las SAD, que conlleva la imposición de sanciones en caso de incumplimiento, que se revelan incompatibles con la Ley concursal. En este contexto la colisión de la norma federativa con la

ponerse de manifiesto que estas declaraciones de concurso no obstan a la aplicación de los requisitos y consecuencias numeras en el artículo 104 del texto reglamentario, tal y como se han pronunciado diferentes órganos jurisdiccionales mercantiles». La RFEF se refería en este sentido al auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra de 4 de julio de 2008, que sirvió de base a la argumentación federativa.

norma concursal es inevitable en la medida en que ambos preceptos conducen a un control e intervención en caso de contingencias financieras. Pero si probablemente en ambos casos se pretende fiscalizar los incumplimientos económicos, los objetivos y los métodos para su consecución son diferentes y en ocasiones inconciliables. Las federaciones procuran, a través del saneamiento de los clubes, obtener la igualdad en la competición, mientras que con el concurso de acreedores se aspira a salvar las compañías, garantizando su continuidad. La cuestión que se plantea en este sentido consiste en determinar, con base en el artículo 582 de la Ley concursal (asumiendo la falta de definición en los términos jurídicos utilizados), qué norma debe prevalecer en caso de conflicto, la Ley concursal o la normativa federativa. En otros términos, si se debe privilegiar la *par conditio competitorum* o la *par conditio creditorum*.

Desde un punto de vista federativo el artículo 192 de Reglamento General de la Real Federación Española de Fútbol (RGRFEF) obliga al cumplimiento de unos requisitos económicos para participar en la competición. A través del cumplimiento económico se pretende garantizar la igualdad entre los equipos y por tanto paliar la desventaja en la que se encontraría el club que cumple frente al incumplidor. Así, la norma contribuye a la *par conditio competitorum*. La infracción de la normativa supondrá que no se expidan licencias de futbolistas o incluso en determinados casos se acuerde el llamado descenso administrativo. Por tanto, el incumplimiento económico a nivel federativo supone, entre otros, un «castigo» con consecuencias deportivas.

En cuanto a la norma concursal, su aplicación tiende, a través de un elenco de medidas, a reducir la presión económica sobre la compañía tutelada judicialmente para intentar relanzar la actividad societaria. Se deduce, pues, una incompatibilidad entre ambas normativas. Mientras la aplicación de la Ley concursal supondrá la suspensión de la obligación económica, este incumplimiento necesario conllevará la aplicación de sanciones por parte de las federaciones. En definitiva, en estas circunstancias se trata de establecer una prevalencia entre ambas normativas.

No cabe duda de que con el precepto de la disposición adicional 2.^a bis del año 2011 se pretendió dar protagonismo a las normas federativas, como así se deduce del preámbulo al disponer que:

Con esta reforma se trata de aclarar, ante la disparidad de criterio de los órganos jurisdiccionales en determinados concursos de entidades deportivas, que la sujeción a la Ley Concursal no impedirá la aplicación de la normativa deportiva que regula la competición, evitando que se pueda inaplicar y dejar sin efecto dicha normativa. Efectivamente, el acceso y participación en una competición deportiva de carácter profesional depende de los resultados deportivos, pero también exige cumplir, entre otros, con determinados criterios de tipo económico.

Si nos referimos al artículo 582 de la Ley concursal, parece que una vez más se quiere dar prevalencia a la norma deportiva, al menos en el contexto del apartado segundo.

En esta aplicación preferente de la normativa deportiva frente a la Ley concursal se deben tener en cuenta al menos tres consideraciones, que conducen a censurar dicha prevalencia.

En primer lugar, hay que recordar que en caso de insolvencia declarada de la empresa todos los bienes del concursado pasan a formar parte de una masa y se establece en la propia ley una prelación de créditos para su satisfacción de forma ordenada. Pues bien, si se admite la aplicación preferente del artículo 192 del RGRFEF, se debería realizar los pagos previstos, independientemente de la prelación establecida por la Ley concursal, conculcando así la *par conditio creditorum*, como así lo considera parte de la jurisprudencia³².

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que desde las áreas deportivas se ha denunciado que la aplicación de la Ley concursal supone la creación de desigualdades entre los clubes que cumplen y los que no cumplen con sus obligaciones económicas. Pues bien, este argumento no se puede tener en cuenta en la materia en la medida en la que, justamente, a través de una desigualdad de condiciones se pretende salvar una empresa. El objetivo del concurso es la reactivación de la economía de la empresa y precisamente se ha elegido la suspensión de los pagos de intereses, el aplazamiento de la obligación de pago o la paralización de las ejecuciones para alcanzar este objetivo. Ciertamente es que estos «privilegios» conllevan desigualdades entre las empresas (Fernández González, 2012 p. 358), pero esta afirmación atañe todas las sociedades, independientemente del sector al que pertenezcan, y son la clave para la solución a la situación de insolvencia. Por tanto, solamente si se suspenden las obligaciones económicas previstas por la norma federativa, se podrá cumplir con el propósito de la norma concursal.

Finalmente, y en tercer lugar, no se puede obviar que la norma deportiva puede producir efectos que ponen en peligro la propia finalidad del concurso. Efectivamente, entre las sanciones previstas por las federaciones se encuentra la pérdida de la categoría deportiva.

³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 13 de noviembre de 2013 (ROJ 621/2013). La sentencia hace referencia a la norma federativa que obliga al cumplimiento de las obligaciones económicas con los futbolistas: «Ahora bien, en el contexto concursal esta norma atenta gravemente contra uno de los principios básicos del proceso concursal, como es el de la *par conditio creditorum* y la comunidad en las pérdidas: no es admisible que unos acreedores cobren antes que los demás y cobren la integridad de sus créditos mientras otros, exactamente de la misma condición ordinaria, cobren solo tras el correspondiente proceso de liquidación de la entidad y, con suerte, tras el oportuno cumplimiento del convenio alcanzado, y generalmente solo en parte. Esta regla sustancial de paridad, por supuesto, solo cede cuando el legislador así lo ha pretendido, derivando los créditos surgidos tras la declaración del concurso y por mor de la continuación de la actividad empresarial de la concursada hacia la condición de créditos contra la masa, es decir, prededucibles, o bien privilegiando, anticipando, los créditos concursales anteriores a la declaración. Si no existe crédito contra la masa y el crédito es ordinario y carece de privilegio, no existe norma concursal alguna que faculte la autorización de pagos a estos acreedores concretos en detrimento de los demás. La regla de integración universal en la masa pasiva del artículo 49 de la Ley Concursal y el principio de legalidad y tipicidad que anima la regulación de los privilegios en los artículos 84 y siguientes no dejan lugar a dudas sobre esta realidad insoslayable».

Pues bien, esta sanción supone para el club la pérdida de gran parte de sus ingresos y, por tanto, su aplicación aumentaría las dificultades económicas de la entidad concursada, que se vería obligada a ir a la liquidación (Palomar Olmeda, 2012).

Desde un punto de vista estrictamente económico, pues, no cabe duda de que la aplicación de la norma federativa supone un quebrantamiento de los objetivos de la norma concursal. Sin embargo, no se debe ignorar las peculiaridades que revisten las empresas dedicadas al fútbol, sobre todo cuando en el marco del concurso se produce la venta de la unidad productiva.

3.3. La venta de la unidad productiva de la SAD

La venta de la unidad productiva, en el marco de la aplicación de la Ley concursal, se presenta como un sistema para la obtención de la continuidad de la empresa³³ (aunque sea parcial) y, a su vez, con la obtención del producto de la venta, se permite la satisfacción de los acreedores³⁴. El Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal introduce en la norma concursal por primera vez la definición de unidad productiva, así: «Se considera unidad productiva el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria».

Ese concepto de «conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria» no es otro que una transcripción literal del artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores³⁵ relativo a la sucesión de empresa. Por tanto, se entiende que la unidad productiva es más que un conjunto de bienes materiales e inmateriales, ya que debe conformarse como un todo susceptible de llevar a cabo una actividad empresarial y mantener el valor patrimonial de la entidad (Bethencourt Rodríguez, 2018). La jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido, vinculando la noción de unidad productiva a la de continuidad de la actividad³⁶.

³³ La Ley concursal en su artículo 417.2 prevé que preferentemente en caso de liquidación se deben transmitir los establecimientos en su conjunto (unidades productivas o explotaciones), tratando de evitar el desmantelamiento que resta valor al patrimonio social. Así dispone que: «Siempre que sea posible, en el plan de liquidación deberá proyectarse la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de la masa activa o de algunos de ellos».

³⁴ El pago a los acreedores se realizará de acuerdo con las reglas establecidas en el título IX del pago a los acreedores de la Ley concursal.

³⁵ Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, *op. cit.*

³⁶ Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid de 20 de diciembre de 2013 (ROJ 57/2013), que define la unidad productiva como «conjunto complejo y extenso de bienes, derechos, contratos de trabajo y expectativas de negocio».

Así pues, con base en la necesidad de definir con precisión el contenido de la unidad productiva, conviene preguntarse qué forma parte de dicha unidad en el caso de sociedades anónimas dedicadas al fútbol profesional.

En cuanto a los derechos federativos, estos revisten un valor económico importante para la SAD y, como se ha visto anteriormente, son susceptibles de cesión a terceros (al menos la vertiente económica).

Si bien es cierto que se ha tratado de definirlo como un derecho independiente perteneciente al club, cuyo valor económico reside en un futuro traspaso, no se puede desligar de la figura del futbolista. En este sentido, el adquirente de la unidad productiva se subrogará en las obligaciones laborales del transmitente³⁷. Sin embargo, deberá adquirir los derechos federativos vinculados a estos jugadores, ya que dichos derechos se configuran, como hemos visto anteriormente, como un elemento esencial para poder desarrollar la actividad deportiva en el marco de la competición.

Al hilo de lo anterior hay que precisar que todo club tiene como objetivo principal competir, y en este sentido se ha planteado la duda si la plaza deportiva debe o puede formar parte de la unidad productiva. Hay que precisar que la jurisprudencia ha denominado la «expectativa de derecho a competir» como derecho federativo, lo cual puede llevar a confusión. Hecha la aclaración, la pregunta que surge consiste en saber en qué medida este derecho que pertenece al club puede formar parte de una unidad productiva (Díaz Echegaray, 2020, pp. 146-147) y, por tanto, ser cedido a terceros sin vulnerar la norma deportiva. Nos enfrentamos en este caso a un conflicto entre la norma concursal y la norma deportiva. Mientras los tribunales consideran que la adquisición de la unidad productiva incluye el derecho fe-

Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de La Coruña de 4 de marzo de 2015 (ROJ 165/2015), que haciendo referencia al auto antes citado de 20 de diciembre de 2013 manifiesta que «con el devenir de los tiempos, los Juzgados de lo Mercantil han perfilado el concepto de unidad productiva fijándose en el elemento fundamental de la actividad, acopiando dentro del concepto todo aquello que es fundamental para que el conjunto de elementos esté dotado de autonomía y permita la continuidad de la actividad para la que estaba destinada».

³⁷ Véase en este sentido el auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de fecha 22 de julio de 2012 (ROJ AAP PO 1440/2012), en el que se analiza la función de la venta de la unidad productiva y su naturaleza jurídica, distinguiendo claramente de entre los elementos que conforman la unidad productiva los contratos de los trabajadores. En el citado auto se manifiesta que «la cesión en bloque de los contratos que vinculaban al anterior empresario exigirá el consentimiento del contratante cedido, con la excepción de los contratos de trabajo, donde la norma especial impone su asunción por el adquirente. De esta manera, la ley con carácter general impone la subrogación del adquirente en las obligaciones laborales del transmitente, con la posibilidad en el concurso de que el juez acuerde que sea el FOGASA el que asuma el pago de salarios o indemnizaciones pendientes de pago. [...]

Elo es así porque la venta de una empresa, o de una unidad productiva autónoma, en sede de liquidación concursal no constituye una "sucesión de empresa" más que a "efectos laborales" en la literalidad del art. 149-2 LC».

derivativo (como expectativa de derecho a competir)³⁸, la RFEF se opone a esta adquisición, ya que considera que se contraviene a la normativa de la asociación al adquirir una plaza deportiva en la competición con la que no se puede comerciar³⁹.

³⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1.ª, de fecha 25 de julio de 2014 (ROJ AAP SA 1/2014). La audiencia responde al recurso que niega la viabilidad y eficacia de la transmisión de los derechos federativos, así manifiesta que «presentan un indiscutible valor económico, por lo que en el seno del concurso son plenamente transmisibles, sin que ello suponga ignorar, vulnerar, o quebrantar, gravísimamente, la legislación concursal y/o el ordenamiento o normativa jurídica deportiva estatal y autonómica y la reglamentaria de la RFEF invocada por aquellas partes; [...] en conclusión, que la licencia o los derechos federativos o expectativas de derechos federativos a competir en una modalidad y en una categoría determinadas de un club de fútbol en concurso son susceptibles de ser cedidos y adjudicados a tercero (sin que ello lo proscriba ningún Reglamento Federativo) de manera previa, incluso, a la adopción de la forma jurídica adecuada y a su inscripción en los pertinentes registros; adjudicación, venta, transmisión o cesión, etc., sobre la cual la RFEF no tiene monopolio legal alguno, por lo que el Juez del Concurso, en uso de sus competencias, si resulta beneficiosa y de interés para el Concurso en cuanto que conserva su masa activa, puede resolver sobre la autorización de la adjudicación o transmisión que se lleva a cabo sobre tales derechos incorpóreos o expectativas de derechos titularidad de la concursada, con apoyo, entre otros, en los arts. 1112 y 1256 del CC, hasta el punto de que la existencia y eficacia jurídicas de dicho negocio transmissivo entre cedente y cesionario es incuestionable y no puede venir desautorizado como pretenden las recurrentes».

En este mismo sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 26 de febrero de 2015 (ROJ AAP A 19/2015), que tras analizar los preceptos de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y el Reglamento General de la RFEF determina que: De todos los preceptos mencionados se infiere que la posición jurídica derivada de la autorización administrativa concedida a un club para participar en una competición deportiva organizada por la RFEFF forma parte del activo del club y nada impide que pueda formalizar negocios jurídicos con terceros destinados a su transmisión y, entre ellos, que pueda ser objeto de transmisión de la unidad productiva de la concursada Orihuela Club de Fútbol dentro de la fase de liquidación.

O también el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Córdoba, de fecha 18 de noviembre de 2019 (ROJ AJM CO 107/2019), que en el marco de la cesión de la unidad productiva considera sobre la legalidad de la transmisión «que toda la normativa federativa y de competición profesional, como se dijo, tiene como finalidad el control financiero y el aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones económicas, es este realmente la verdadera finalidad [...]. En cualquier caso el debate en relación con si existe o no un derecho de propiedad sobre la licencia federativa igualmente es un tanto vacuo.

En base al artículo 146 bis de la Ley dice: [...] que es transmisible la licencia sea cual sea la relación de titularidad, autorización, o uso de la misma (este titular no entra ahora en esa cuestión), y debe precisarse que no existe en la normativa sectorial prohibición actual o norma que pugne contra lo dispuesto en la LC. Otra cosa será que la RFEF fiscalice si el adquirente cumple con todos los requisitos, pero si los cumple, no puede impedir que el nuevo adquirente siga compitiendo ni se le puede imponer sanción alguna».

³⁹ Extracto del recurso presentado por RFEF contra el auto del juzgado de lo mercantil, disponible en: <https://cordobadeporte.com/el-gran-argumento-federativo-la-plaza-en-segunda-b-es-suya-y-no-del-cordoba/>. La RFEF argumenta que «contrariamente a lo que sostiene el Sr. Administrador, la solicitud de la concursada, así como el Auto recurrido, las plazas en las distintas competiciones no constituyen, en modo alguno, un activo de aquellos. Dichas plazas no son «propiedad de los clubes» con las cuales puedan comercializar y someter a gravamen o a cualquier tipo de negocio jurídico».



Con estos ejemplos, derechos deportivos, plaza en la competición, se pone de manifiesto la difícil convivencia entre derecho mercantil aplicado al ámbito deportivo y las propias normas que emanan de las asociaciones deportivas.

4. Conclusión

De este breve análisis se deduce que el fútbol se ha convertido en una industria y la SAD en el vehículo para su desarrollo. Sin embargo, la lógica deportiva se enfrenta a la noción de economía de mercado y se crean verdaderas paradojas jurídicas en el intento de compatibilizar ambos conceptos. En este contexto los clubes se mercantilizan y se introducen en unos métodos de financiación que ponen en cuestión la naturaleza deportiva del club y en ocasiones los llevan a endeudamiento excesivo.

La cuestión que se plantea tras estas realidades consiste en decidir si se debe tutelar la empresa deportiva por su aparente incapacidad a desarrollarse con normalidad en un mundo mercantil, o si por el contrario se debe apostar por una libertad que probablemente conllevará la liquidación de algunos clubes y su consecuente problema social.

En cualquier caso, la mercantilización excesiva del deporte se encamina hacia una mercantilización de sus protagonistas, es decir, los jugadores, lo que debe mantener vigilante al jurista por sus posibles consecuencias para el desarrollo deportivo del futbolista profesional.

Según la RFEF se parte de un error, «que consiste en entender que el derecho a competir en la Segunda División B es un bien del Córdoba CF SAD y que, como tal, lo puede integrar en su masa activa, formando parte de su unidad productiva, con lo que puede comerciar con aquel».

Referencias bibliográficas

- Acosta Pérez, Gerardo Luis. (2007). Los «derechos federativos y económicos» del futbolista. (Hacia una definición jurisprudencial de las indemnizaciones de transferencia). *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 20, 347-355.
- Álvarez Rubio, Juan José. (2018). Extensión y límites de la especificidad del deporte: arbitraje deportivo (TAS), normas FIFA sobre TPO y Derecho europeo. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 11(3), 703-734.
- Auletta, Martín. (2014). Derechos y beneficios económicos en el fútbol profesional. Breve análisis jurídico de las transferencias de futbolistas profesionales y de algunos negocios vinculados a las mismas. *Revista Republicana*, 16, 17-43.
- Auletta, Martín. (2017). Transferencias de futbolistas: la importancia de los «derechos federativos» y la falacia de los «derechos económicos». *V Congreso Internacional de Derecho del Deporte*. https://es.slideshare.net/martin_auletta/v-congreso-internacional-de-derecho-del-deporte-de-aladde?from_action=save
- Bethencourt Rodríguez, Géraldine. (2018). Concurso de acreedores y venta de unidad productiva. *Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, 37, 85-103.
- Cañizares Rivas, Eva. (2016). La venta de los derechos audiovisuales y la compleja aplicación al fútbol del derecho de la competencia. En Antonio Millán Garrido (Coord.), *Derecho de fútbol: presente y futuro* (pp. 27-44). Reus.
- Cappa Ángel y Cappa María. (2016). *También nos roban el fútbol*. Akal.
- Cazorla Prieto, Luis María. (1979). *Deporte y Estado*. Labor DL.
- Cerda Labanda, Danny. (2014). Naturaleza económica y transmisibilidad en el seno del concurso de los derechos federativos. Requisitos de transmisibilidad (transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en una sociedad anónima deportiva) a la luz de la situación de la Unión Deportiva Salamanca S.A.D. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 45.
- Crespo Pérez, Juan de Dios y Frega Navía, Ricardo. (2015). *Nuevos comentarios al reglamento FIFA: con análisis de jurisprudencia de la DRC y del TAS*. Dykinson.
- Díaz Echegaray, José Luis. (2020). Efectos de la liquidación. En Domingo Carbajo Vasco, José Luis Díaz Echegara, María Díaz Echegaray López, Marcial Martelo de la Maza García-Palleiro y Francisco Serrano Moracho. *La liquidación de la sociedad en el concurso de acreedores: cuestiones jurídicas, sociales, contables y tributarias* (pp. 77-203). Tirant lo Blanch.
- Estepa Domínguez, Francisco. (2020). La venta concursal de unidades productivas en el fútbol español. El caso del Córdoba Club de Fútbol. En A. J. Sánchez Pino, M. L. Pérez Guerrero (Dirs.) y A. Sanz Clavijo (Coord.), *Cuestiones conflictivas de derecho deportivo* (pp. 517-533), Tirant lo Blanch.
- Fernández González, Víctor. (2012). El concurso y las sociedades anónimas deportivas. En Pedro Bautista Martín Molina (Dir.), Emilio González Bilbao y Jose María Carre Díez-Gálvez (Coords.), *La reforma de la ley concursal analizada por especialistas* (pp. 355-372). Dykinson.
- García Caba, Miguel María. (2015). ¿Se pueden prohibir los fondos de inversión en el fútbol? Algunas consideraciones desde

- el derecho español. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 48.
- García Martí, Carlos, Gómez López, María Teresa y Durán González, Luis Javier. (2016). Los planes de saneamiento y la conversión de los clubes de fútbol profesionales en Sociedades Anónimas Deportivas (1982-1992). *Materiales para la Historia del Deporte*, 14, 1-18.
- González García, Sergio. (2019). La participación de terceros-inversores dentro del «mercado de fichajes». *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 64, RR-5.1-RR-5.15.
- Gallego Larrubia, Javier. (2018). Transformación voluntaria, capital social y compensación de créditos en las sociedades anónimas deportivas. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 109-140.
- Iglesia Prados, Eduardo de la. (2016). *Derecho patrimonial privado y deporte*. Reus.
- Martell Bover, Ciro. (2019). Derecho deportivo: operaciones TPO y prohibición FIFA. *Iusport.es*, pp. 1-49. <http://www.iusport.es/opinion/CIRO-MARTELL-BOVER-TPO-FIFA-2019.pdf>
- Palomar Olmeda, Alberto. (2009). El tratamiento de la insolvencia financiera y el deporte profesional. En Alberto Palomar Olmeda (Dir.) y Ramón Terol Gómez (Coord.), *El deporte profesional* (pp. 773-812). Bosh.
- Palomar Olmeda, Alberto. (2012). La reforma de la Ley concursal en materia de entidades deportivas. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 16.
- Palomino Toledano, Pedro. (2019). Control económico en el fútbol profesional y Derecho de la Competencia. Enseñanzas y consecuencias del caso «Pedro León». *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 65, RR-8.1 - RR-8.8.
- Rico Llopis, Manuel y Puig Blanco, Francisco. (2015). ¿Por qué superan los concursos de acreedores los clubes de fútbol profesionales españoles? *Univiersia Business Review*, 48. <https://journals.ucjc.edu/ubr/article/view/1320/1726>
- Rizzo, Fabrice. (2005). A propos de la réification de la personne du sportif professionnel salarié. *Les Cahiers de Droit du Sport*, 1.

El estatuto inacabado del codemandado en lo contencioso-administrativo



César Cierco Seira

*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Lérida*

cesar@dpub.udl.es | <https://orcid.org/0000-0002-8455-7919>

Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio «Estudios Financieros» 2021** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Juan Antonio Xiol Ríos, doña Lucía Casado Casado, don Gabriel Doménech Pascual, doña Alicia González Alonso, don José Damián Iranzo Cerezo y don Fabio Pascua Mateo.

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

Extracto

La figura del tercero procesal en lo contencioso-administrativo, a pesar de los pasos dados en pos del fortalecimiento de su estatus, sigue planteando problemas de gran enjundia e interés. Problemas que nos recuerdan no solamente la complejidad insita en esta categoría, esquivo a su categorización y que no en vano ha hecho cavilar de antaño a la doctrina procesalista, sino también la idiosincrasia de su presencia en la rama de lo contencioso-administrativo, donde el tercero, lejos de ser un elemento colateral y raro, se torna en algo frecuente y tantas veces albergador de claves fundamentales en la explicación de la contienda que se libra. ¿Refleja la LJCA vigente esta riqueza? ¿Es capaz de dar respuesta a las distintas manifestaciones o expresiones que subyacen bajo el codemandado? Me temo que no del todo, y eso es precisamente lo que se intenta justificar en este trabajo.

Palabras clave: intervención procesal; tutela judicial efectiva de terceros; codemandado; proceso contencioso-administrativo; costas procesales.

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

Cómo citar: Cierco Seira, C. (2021). El estatuto inacabado del codemandado en lo contencioso-administrativo. *Revista CEFLegal*, 249, 75-112.



The unfinished statute of the joint defendant in administrative justice

César Cierco Seira

Abstract

The figure of a third party added to a lawsuit in administrative justice, despite the steps taken towards strengthening its status, still brings issues of great substance and interest up. Issues reminding not only the inner complexity of this category, which eludes classification and has, for years, provided procedural law scholars food for thought, but also the singularity of its presence in the administrative justice branch, where that third party, far from being a collateral and uncommon element, turns into something frequent and many times harbouring fundamental keys to explain the waging disputes. Do the statutory provisions concerning administrative justice and procedural law reflect that wealth? May them answer to every form or expression lying beneath the figure of the joint defendant? Not quite, I'm afraid, and that is, precisely, what this paper aims at proving.

Keywords: third-party procedure; due process; joint defendant; administrative court procedure; costs.

Citation: Cierco Seira, C. (2021). El estatuto inacabado del codemandado en lo contencioso-administrativo. *Revista CEFLegal*, 249, 75-112.



Sumario

1. La condición de parte del tercero interviniente y el significado de una atribución tal
2. La decisión de comparecer o no y las repercusiones de una personación tardía
3. Los desacordes en la conducta procesal del tercero interviniente
 - 3.1. El interviniente que solo quiere estar al tanto de lo que pasa
 - 3.2. El interviniente que pretende alinearse con el demandante. La expulsión del falso codemandado
4. El desarrollo de una estrategia defensiva propia: los avances en el ensanchamiento de su virtualidad
 - 4.1. El codemandado que pretende consolidar la defensa del acto administrativo con motivos que le favorecen singularmente
 - 4.2. El codemandado que pretende un empeoramiento de la posición del actor o un mejoramiento de la situación propia en comparación
 - 4.3. Algunas reflexiones sobre las consecuencias de la ampliación jurisprudencial de la capacidad del codemandado de plantear nuevos motivos
 - 4.3.1. ¿Debería revisarse la legitimación activa basada en el perjuicio causado por los motivos de una decisión administrativa?
 - 4.3.2. ¿Qué hay de la proscripción de la reconvencción en lo contencioso-administrativo?
5. La señal más reveladora de que el estatuto del codemandado está inacabado: las costas procesales

Referencias bibliográficas

1. La condición de parte del tercero interviniente y el significado de una atribución tal

La roca firme sobre la que se asienta la construcción del tercero en lo contencioso-administrativo viene dada en nuestros días por el artículo 24 de la CE. En tanto que titular de un derecho o interés legítimo el tercero es acreedor de una tutela judicial real y efectiva.

El tratamiento del tercero no puede traducirse en un estatus procesal inservible e ineficaz a los efectos de velar por su posición. De ahí el riesgo de aprisionarlo bajo una veste de cuasi-parte o parte semi-plena –que encarnaría el coadyuvante–. Asumido el vigor del artículo 24 de la CE no parece necesario darle muchas más vueltas: la condición o calidad que mejor se acomoda no puede ser otra que la de *parte*. El final del periplo en busca de la posición jurídico-procesal del tercero queda así despejado¹. Y no solamente en lo que hace al proceso contencioso-administrativo, donde la fórmula de arranque del artículo 21 de la LJCA resulta inconcusa: «se considera parte demandada». Al mismo desenlace se ha ido a parar también en el proceso judicial civil, quedando consignado en el artículo 13 de la LEC: «El interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos»; y 14 *ibidem*: «Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, este dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes». Llamativa, desde luego, la contundencia de que hace gala la LEC en este punto, reveladora de la voluntad de zanjar ese debate previo en el que vivía instalada desde hace mucho la figura del interviniente. También el simple, en adelante, tendrá la calidad de parte y habrá que aceptar esta atribución legal en todo su significado.

Que sea considerado parte conlleva, antes que nada, la necesidad de interiorizar que el tercero está para defender su interés propio. Su misión no se contrae a defender el interés de la Administración, por mucho que ambos intereses converjan finalmente en el mantenimiento de la actuación impugnada. Probablemente, he aquí la clave de bóveda del cambio de paradigma en la inteligencia de esta figura respecto de la imagen histórica construida alrededor del coadyuvante². El salto, además, es especialmente trascendente, como veremos,

¹ Para comprender las claves de este periplo y el decisivo influjo constitucional acúdase a los trabajos de Cano Mata (1982, 1985), García de Enterría (1975, 1983) y Muñoz Machado (1982a y 1982b).

² Conviene puntualizar, no obstante, que, aunque se identificase históricamente al coadyuvante con quien colabora en una causa que fundamentalmente pertenece a otro, a la Administración, nunca se interpretó esa colaboración como una aportación desprendida; antes al contrario, solía significarse que la moti-

en el proceso contencioso-administrativo, en la medida en que la sombra de la Administración resulta particularmente alargada. No en vano, uno de los reproches más incómodos con que ha debido convivir el tercero a lo largo de la intrahistoria de lo contencioso-administrativo ha sido el de la inutilidad de pretender mejorar la defensa del acto administrativo, asegurada como está nada menos que por la presencia necesaria de la Administración y sus servicios jurídicos. No es nada fácil desembarazarse de esta sombra de superfluidad –que, por cierto, sigue aflorando de tanto en tanto–³.

Si la misión es defender el interés propio, ello significa que en modo alguno está obligado a actuar de común acuerdo con la Administración. Por supuesto, hay una base compartida común –el mantenimiento de la actuación impugnada–, pero, sentada esta comunión, el desarrollo de la estrategia puede discurrir perfectamente por separado. La capacidad defensiva es, en efecto, completamente autónoma, pudiendo escoger a su conveniencia los medios de ataque y defensa procesales. De donde se desprende que su conducta procesal puede ser, en fin, muy diversa en el tablero.

vacación del coadyuvante era, por propio sentido común, «egoísta» en el entendido de que apoyaba las tesis de la Administración en la medida en que le convenía a él el mantenimiento del acto recurrido. Lo explicaba con mucha elegancia Martín Retortillo (1933): «El título [se refiere al de coadyuvante] no puede ser más pomposo, si tenemos presente lo que en la realidad acontece. Parece se trata de seres altruistas que prestan desinteresadamente su concurso para defender la causa de la Administración Pública, del interés general, y en la práctica vemos que no hay nada de esto [...] aunque se le llame coadyuvante de la Administración, no son más que meros defensores de sus intereses personales o corporativos, aunque ciertamente, en el caso controvertido, se hermanen o se identifiquen con los intereses de la Administración Pública» (pp. 118-119).

³ Especialmente cuando se está haciendo frente a una petición de nulidad de actuaciones provocada por la falta de emplazamiento de un tercero. En ese contexto, suele echarse mano de este argumento, a veces con razonamientos *a pari* o *a simili* muy originales. Lo cierto es que, situados en el fragor de la discusión –y a la luz de las graves consecuencias de la nulidad de actuaciones–, resulta comprensible este tipo de esfuerzos dialécticos –aunque de fondo no sean asumibles–. Lo que me cuesta entender mucho más es que se defienda esta posición ante Estrasburgo como si formase parte o fuese un pilar estable de nuestra arquitectura de lo contencioso-administrativo, lo cual puede generar una imagen muy distorsionada del modelo:

El Gobierno manifiesta que lo que se ventilaba en el procedimiento que origina el presente caso era la concesión de una licencia de obra. Indica, que al ser las partes en este procedimiento P.P.L. y el Ayuntamiento, exclusivamente, la citación de los demandantes al procedimiento no era estrictamente necesario. En efecto, conviene, según él, considerar a los demandantes como coadyuvantes, según los principios del Derecho administrativo: estos no tienen obligatoriamente necesidad de comparecer pero, como era aquí el caso, sus intereses pueden estar suficientemente bien defendidos por los profesionales de los servicios jurídicos de la Administración, cuya función es también la de defender la legalidad del acto impugnado. El Gobierno concluye que la ausencia de participación de los demandantes en el procedimiento no ha vulnerado, por tanto, su derecho a un proceso equitativo (STEDH de 10 de enero de 2017, *Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta c. España*, § 31).

Como era de esperar, este argumento no convenció lo más mínimo al tribunal.

2. La decisión de comparecer o no y las repercusiones de una personación tardía

El tercero es parte, pero no es una parte originaria. Vale decir que su entrada en escena no es imprescindible en orden a mantener la dualidad consustancial al proceso. Mientras que la concurrencia de la Administración, en los términos del artículo 21.1.a de la LJCA, sí es requerida por fuerza, la participación del tercero puede darse o no; resulta, en este sentido, accesoria o eventual por contraste a la presencia, principal y necesaria, de demandante y demandado.

Técnicamente, la intervención del tercero se articula a la manera de una carga, es decir, como oportunidad de actuación procesal cuyo ejercicio es, en última instancia, libre. Por consiguiente, luego de enterarse de la pendencia del proceso, el tercero deberá valorar libremente, a su arbitrio, si le conviene personarse a fin de defender su interés. A tenor de lo previsto en el artículo 49.1 de la LJCA, dispondrá para ello de un plazo de nueve días.

En lo esencial, estamos ante una respuesta personal frente al hecho del proceso en curso y, como tal, resulta insondable. Puede ser más o menos reflexiva, más o menos estratégica e incluso más o menos acertada, visto, por supuesto, desde fuera. Al cabo, dependerá de un sinfín de variables, quien sabe si algunas de signo irracional. Con todo, es casi seguro que en el ánimo de defenderse y plantar cara al actor van a tener un peso destacado dos factores.

El primero está cantado: lo que está en juego, no tanto en tasación objetiva, sino pensando, sobre todo, en el valor subjetivo que le concede el propio interesado al acto controvertido y al provecho o la ventaja que de él extrae. No es este, desde luego, un estímulo exclusivo de la justicia administrativa. En realidad, pasa por ser un rasgo común de toda la familia del tercero interesado.

Sí es específico, en cambio, del proceso contencioso-administrativo un segundo factor: la confianza que se tenga en el interés o en la fortaleza de la Administración de cara a defender el acto controvertido y dar la batalla por su mantenimiento. Ocurre, en efecto, que la defensa del acto, en razón de la configuración de la relación jurídico-procesal en lo contencioso-administrativo, aparece asegurada de inicio por la presencia necesaria de la Administración en tanto que parte demandada. Siendo esto así, el tercero irremediamente va a preguntarse si vale la pena concurrir, con el coste que ello representa, el desgaste ínsito a la tramitación y aun el riesgo de la condena en costas.

A nadie escapa que valorar la lealtad y fortaleza del aliado principal se antoja un misterio. Desde luego, no se resuelve consultándolo sin más en una ventanilla. Se trata de una disposición difícil de captar y al cabo dependerá del cristal con que se mire. No es la misma la complicidad que puede tener el tercero con la Administración allí donde ese tercero resulta ser un empleado público de la misma –en la mente tengo los asuntos relativos a procesos selectivos– o la confianza que despierte la fuerza defensiva de las Administraciones peque-

ñas ante pleitos de mucha envergadura. De ahí la dificultad que se advierte en los profesionales de la justicia a la hora de dar un consejo categórico al respecto⁴.

Sea como fuere, diría que el sentir mayoritario de los abogados se inclina por comparecer. No es solo una cuestión de confianza –la que va a brindar contar con una defensa personal–. Tampoco de estricta pericia profesional. Hay otros motivos aún: hacer visible en el proceso jurisdiccional la posición propia; dejar a las claras que se tiene interés en el tema, que importa el mantenimiento del acto por el beneficio, utilidad o ventaja que ha reportado; marcar distancias con la Administración, alejando los recelos de confabulación; asegurar el énfasis en ciertos puntos o que tal o cual documento o prueba que no obran en poder de la Administración van a ser tomados en consideración; sin olvidar los efectos que la duración del pleito y los cambios en el ínterin pueden tener en la predisposición o el ánimo de la Administración. Una poderosa batería de razones que, aun cuando puedan acusar un sesgo corporativo –por otra parte, razonable–, sirve para desmontar, a mi juicio, cualquier alegato de superfluidad⁵.

Sea como fuere, no hay que olvidar que la decisión de restar al margen resulta perfectamente legítima. Incluso lo es la de colaborar con la Administración desde fuera, ayudando informalmente. Al término, acaso se revele acertada o no, errada, pero, con carácter previo, no es en sí misma censurable ni debe ser razón de prejuicio alguno –no equivale a un allanamiento con la pretensión del actor ni tampoco a un reconocimiento tácito de los hechos o razones invocados por este, como es obvio–. Sé que este tipo de puntualizaciones parecen de Perogrullo. Sin embargo, son extremos que debo ratificar porque pueden ser luego determinantes a la hora de afrontar intrincados problemas, como el alcance de la doctrina del conocimiento extraprocesal. Y es que a veces se viene a reprochar al tercero su

⁴ Un retrato muy ágil y gráfico de la encrucijada y de lo que representa en la vida forense nos lo ofrece Chaves (2018).

⁵ La posibilidad de que cada codemandado pueda confiar su defensa a un profesional distinto constituye en este sentido un aspecto que no debe pasarse por alto. La LJCA de 1956 exigía a los codemandados y coadyuvantes la litigación unida y bajo una misma representación y dirección si sus pretensiones no eran contradictorias (art. 36.1). La previsión desapareció en la LJCA de 1998 e interesa subrayarlo. Hoy, cada codemandado es libre de comparecer asociado o no con otros codemandados. Se da primacía a la defensa personalizada, aunque ello haya de suponer una elevación en la complejidad de la gestión del pleito.

Reflexionaba sobre ello Sánchez Morón (1986, pp. 99-100) en términos muy acertados. Señalaba el autor que la supresión de la obligación de litigación conjunta –que se preveía en el anteproyecto que a la sazón circulaba– no debía hacer descuidar el impacto que este cambio podía tener en los procesos con una elevada participación de terceros. De ahí la importancia de prever otros ajustes complementarios. En la vigente LJCA, encontramos así un claro contrapeso en el uso de la *simultaneidad*, aplicada tanto a la contestación a la demanda (art. 54.3: «La contestación se formulará primero por la Administración demandada. Cuando hubieren de hacerlo, además de la Administración, otros demandados, y aunque no actúen bajo una misma dirección, la contestación se formulará simultáneamente por todos ellos»), como a las conclusiones (art. 64.2: «El plazo para formular el escrito será de diez días sucesivos para los demandantes y demandados, siendo simultáneo para cada uno de estos grupos de partes si en alguno de ellos hubiere comparecido más de una persona y no actuaran unidos bajo una misma representación»).

negligencia por no haberse personado cuando tuvo oportunidad para ello. Pues bien, a fin de formarse un criterio cabal, importa que, desde la fuente, descartemos usar la diligencia como canon en cuanto pueda conducir a equívocos en la valoración del comportamiento esperable ante una carga procesal.

Supongamos que el interesado decide no personarse. Perderá la oportunidad de intervenir e influir en la contradicción que va a desarrollarse en el interior del pleito y la sentencia que se dicte al término le será oponible sin falta, por lo que tendrá que asumir el perjuicio producido por la estimación de la pretensión del actor si este gana. Sentado lo cual, conviene realizar una serie de acotaciones.

Comenzaré señalando que la decisión de no comparecer admite una vuelta atrás en tanto se esté sustanciando el proceso. Si el tercero cambia de opinión, dispondrá aún de la posibilidad de personarse más tarde, vencido ya el plazo de emplazamiento, según recoge expresamente el artículo 50.3 de la LJCA:

Los demandados legalmente emplazados podrán personarse en autos dentro del plazo concedido. Si lo hicieren posteriormente, se les tendrá por parte para los trámites no precluidos. Si no se personaren oportunamente continuará el procedimiento por sus trámites, sin que haya lugar a practicarles, en estrados o en cualquier otra forma, notificaciones de clase alguna.

Esta intervención extemporánea o tardía comporta, eso sí, ciertas pérdidas. La más significativa es que se le tendrá por parte «para los trámites no precluidos». Se viene a significar de este modo que, pasados los nueve días previstos, el procedimiento, lejos de detenerse, va a continuar su curso sin necesidad de dar cuenta al tercero de los pasos que se vayan dando. Su reconsideración repentina no surtirá el efecto de retrotraer la tramitación. Podrá intervenir en adelante, en los trámites no precluidos, pero el estado en que se encuentre el proceso será inamovible, de modo que deberá asumir los efectos negativos derivados de la consolidación de los trámites precluidos. Es un peaje, por lo demás, convencional, que forma parte del tratamiento general de la intervención procesal y, en cuanto tal, aparece recogido en similares términos en los artículos 13 y 14 de la LEC⁶. Que la intervención se vea privada de la

⁶ Precisamente al analizar esta regulación vemos en ella una precisión que, bajo mi punto de vista, debería ser igualmente un complemento del artículo 50.3 de la LJCA –y, sin estridencias, así puede interpretarse ya acudiendo a la función supletoria de la LEC–. Me refiero al establecimiento de una salvaguarda última tendente a que la preclusión no anule por completo la virtualidad contradictoria de la intervención, es decir, que, aun siendo tardía, permita, al menos, una mínima contradicción. El artículo 13.3 de la LEC dispone en este sentido que «también se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días». Una exégesis detenida de esta previsión en Oromí Vall-Llovera (2007).

capacidad de retrasar la marcha del pleito se estima, en efecto, una conclusión razonable y necesaria a fin de evitar que se haga de ella un uso torticero, con fines puramente dilatorios⁷.

Hay que insistir las veces que haga falta en el carácter personalísimo, *intuitu personae*, de la conducta del tercero frente al proceso que le afecta. De ella se deduce la panoplia de situaciones que salen a nuestro encuentro. Porque no solo se trata de decidir entre comparecer o no. Este es, desde luego, el dilema central. Pero después, más si se sigue la primera opción, se abre igualmente una rica gama de posibilidades, muchas de las cuales solo se comprenden con las lentes estratégicas de cada cual puestas. Luego de muchas horas de lectura de la jurisprudencia, procuraré ensayar una categorización de las versiones o registros más reconocibles. Diferentes rostros del tercero, cincelados por su conducta; distintas versiones del tercero interviniente que he ordenado a partir de un doble ejercicio. En primer lugar, he intentado aislar aquellas conductas que desencajen con el arquetipo del tercero contendiente, activo y combativo, ya sea por la pasividad o bien por el sentido anómalo de su defensa (epígrafe III). En segundo término, siguiendo el rastro del significado de la autonomía defensiva del tercero, he ahondado en sus límites, tratando de retratar los registros más atrevidos (epígrafe IV). Ni que decir tiene que no se pretende en absoluto ofrecer una clasificación cerrada. Dudo que esté a mi alcance y no sé siquiera si es realizable, vista la galería tan pintoresca y extravagante de situaciones que se dan en la praxis judicial. Mi objetivo es más modesto: encontrar una guía ordenada para hacer constatable la riqueza del tema y plantear una nutrida lista de problemas.

3. Los desacordes en la conducta procesal del tercero interviniente

3.1. El interviniente que solo quiere estar al tanto de lo que pasa

Se diría que el esforzado camino en pos de la plenitud defensiva del tercero va a parar a un codemandado inquieto por apurar lo que le brinda su estatus. Sin embargo, no siempre es así. Sorprende al principio, pero hay terceros que comparecen, reclaman su condición de codemandado y dejan sin estrenar sus facultades de defensa. Hablamos de un tipo de tercero cuyo propósito, más que litigar, se contrae a seguir desde dentro los acontecimientos, monitorizando el discurrir de los autos. Por la razón que sea, ya porque no se juegue demasiado o porque desconfíe de la Administración, solo quiere enterarse de primera mano

⁷ Ha estado presentado así desde antiguo. Tal vez es el extremo más pacífico en la caracterización de la intervención. Así, por ejemplo, en la Ley de lo contencioso-administrativo de 1888 ya aparece recogido: «El Tribunal tendrá como parte a los que se hallen en este caso y comparezcan debidamente en cualquier estado del recurso, cuya tramitación no podrá por esto retroceder o interrumpirse» (art. 37).

de cómo marcha el proceso –en qué punto está, qué dicen las partes...–. Sin embargo, no prevé bajar a la arena. Digamos que quiere aguardar en un segundo plano, a la manera de *observador* de la contienda⁸.

Se conoce que la hipótesis ocurre con cierta frecuencia. No en vano, de ello hay numerosos testimonios en la jurisprudencia: «[...] manifiesta que se ha personado en el proceso únicamente a efectos de estar informada de su resultado, que no tiene interés en que las disposiciones impugnadas tengan una u otra redacción, y que, cualquiera que sea el sentido de la sentencia que se dicte no le deben ser impuestas las costas»⁹; «su participación se limitó a pedir que se dictara sentencia ajustada a derecho, sin alegar ni esgrimir hechos ni razonamientos jurídicos a favor de la estimación o desestimación del recurso»¹⁰. Descripciones de la postura de terceros intervinientes que son expresivas de que, en efecto, la intención puede ser solo eso: observar lo que pasa. *Intervento solo per star a vedere*, por usar una célebre expresión¹¹. Téngase presente, en todo caso, que se trata de terceros legitimados, es decir, titulares de un derecho o interés que puede verse perjudicado. No estamos ante simples curiosos –cuestión distinta es que el perjuicio en liza sea levisimo o que tal vez no se haya tamizado adecuadamente al practicar el emplazamiento–¹².

Comprendo, de todos modos, que el matiz choque de entrada. ¿Qué más da?, se estará pensando. Luego de personado, el tercero interviniente adquirirá la condición de parte demandada. Cuál sea después su grado de compromiso en la dialéctica procesal se aparece intrascendente.

He aquí, no obstante, que amanece una modulación jurisprudencial creativa. Lo que está detrás de las descripciones anteriores no es otra cosa que la reacción del tercero frente a las *costas procesales*. Quizás no le importe demasiado la derrota, pero tener que pagar por ella, eso ya es otro cantar. Por esta razón, incluso con carácter preventivo, este tipo de tercero acostumbra a subrayar el objetivo último de su personación y la renuncia a participar activamente en el juicio. Se busca así obtener un salvoconducto que permita la entrada en el proceso pero sin el riesgo de una eventual condena en costas. Una suerte de patente que se sustentaría en una compensación entre dos extremos: a cambio de no contender, no habrá lugar a la condena *in expensis*.

⁸ Tomo prestada la etiqueta que agudamente emplea José Ramón Chaves en una entrada de su blog: <https://delajusticia.com/2019/01/30/la-curiosa-personacion-en-litigio-como-simple-observador>. Por cierto que encontrará en este blog el lector numerosos pasajes dedicados al codemandado.

⁹ STS de 21 de enero de 2019 (rec. núm. 639/2017).

¹⁰ STSJ de Castilla y León núm. 70/2017, de 24 de marzo.

¹¹ Que recoge el maestro italiano Chiovenda (1901-2001, p. 233).

¹² Digo esto último porque, en ocasiones, más que tibieza, el tercero manifiesta que le es indiferente el resultado del pleito. Si esto es así, en ausencia de perjuicio, no debería haber pasado el filtro del artículo 21.1.b de la LJCA.

Si bien se mira, no hay nada de original en esta propuesta. A mí, al menos, me recuerda mucho a lo que ya ocurría con el coadyuvante. Diría que casi se aproxima a su reedición. Porque uno de los rasgos más definitorios del coadyuvante que se preveía en la LJCA de 1956 era, como se recordará, su ajenidad respecto de las costas procesales: ni devengaba ni abonaba costas. Lo cual se estimaba coherente con el hecho de que su posición procesal estaba por debajo del codemandado –que sí entraba en el reparto–¹³.

El caso es que esta solicitud de presencia simbólica tiene un cierto predicamento en los tribunales. Hay así un número significativo de pronunciamientos judiciales en los que se hace abstracción del tercero en el momento de distribuir las costas procesales, precisamente por responder a este perfil. No suelen darse explicaciones acabadas –lo cual, por desgracia, es cosa bastante común cuando hablamos de costas procesales–, pero se conoce que pesa la idea-fuerza de que solo los auténticos contendientes deben responder entre sí. Es como si la presencia procesal de «baja intensidad» no hubiera de contar a la hora de pasar cuentas sobre el coste del proceso por no haber «consumido» las facultades de defensa y por ceñirse su presencia a fines meramente informativos. Enfocada la intervención solamente en estar presente (*causae adesse*), las reglas que inspiran y explican el funcionamiento de las costas procesales, especialmente allí donde rige el criterio del vencimiento (*vittoria/sconfitta*), parecen inapropiadas¹⁴.

Luego volveré sobre este punto, al hilo del tratamiento de las costas procesales. En todo caso, adelanto ya que el problema que plantean estas modulaciones de la figura del tercero no se encuentra en la bondad o acierto de su motivación y sí, en cambio, en el encaje con una LJCA que adopta para sí una imagen monolítica del codemandado. Y, si no, basta una somera lectura del artículo 139 para constatar que no hay en su texto reserva o matización de ningún grado respecto del tercero comparecido –formalmente es, sin vacilación alguna, parte demandada ex art. 21–. De nuevo encallamos en esa concepción tan cerrada del tema: el tercero-observador es igual de parte que el tercero-batallador. Lo que ocurre es que el significado de la victoria o de la derrota difiere y ante un hecho así de evidente resulta complicado no responder en consecuencia. La clave está en cómo hacerlo cuando el régimen jurídico es, a conciencia o tozudamente, plano.

En todo caso, el tercero-observador, a pesar de pretender una presencia de «baja intensidad», tiene como sustrato un interés legitimador en toda regla. Quiere ello decir que no ha de confundirse esta modalidad con un tercero no perjudicado o, yendo un poco más allá, con un *amicus curiae*, figura puntualmente aplicada en nuestro contencioso-administrativo¹⁵.

¹³ Un razonamiento detallado del porqué de este planteamiento en López Rodó (1943, pp. 212-216).

¹⁴ Fundamental es a este respecto la célebre –y viva– disertación de Chiovenda (1901-2001, pp. 230-242).

¹⁵ Un resumen de su significado y de algunos de los supuestos en los que se ha aplicado puede encontrarse en el ATS de 7 de febrero de 2018 (rec. núm. 1394/2017).

3.2. El interviniente que pretende alinearse con el demandante. La expulsión del falso codemandado

La siguiente parada nos sitúa ante una hipótesis que, a juzgar por las veces que se plantea la cuestión en la jurisprudencia, parece aún mucho más frecuente: el tercero que, en vez de apoyar a la Administración demandante, se sitúa del lado del actor.

Para entender cómo puede producirse una eventualidad tal es necesario reparar antes en nuestro modelo de emplazamiento a terceros. Cumple significar que el modelo se basa en el encargo a la Administración para que notifique la interposición del recurso a quienes figuren como interesados en la vía administrativa previa. El encargo, que está consignado en el artículo 49 de la LJCA, no discrimina entre interesados y *perjudicados*, que, en rigor, deberían ser los únicos llamados. Así debería sobrentenderse a la luz del artículo 21.1.b *ibidem*. Sin embargo, el tenor literal no ayuda, y si a ello sumamos la común inclinación defensiva de la Administración en la realización de este cometido de auxilio judicial –mejor pasarse y, si acaso, ya recortará el órgano judicial, que es quien tiene el mando final en la apreciación de la legitimación– tenemos que muchas veces reciben la invitación terceros cuyos derechos o intereses legítimos, en puridad, no van a verse perjudicados por la estimación del recurso¹⁶.

Sea como fuere, supongamos que el tercero se persona y es admitido como parte demandada. Lo que puede ocurrir a continuación es que, a pesar del rótulo, conteste a la demanda favoreciendo las tesis del demandante. Posición que puede intentar deslizarse de soslayo o plantearse de manera descarada como cuando se interesa la anulación de la resolución impugnada o la estimación de la demanda –o cuando se intenta un recurso de apelación a pesar de que la sentencia desestima íntegramente las pretensiones del actor–¹⁷.

Señalaba que, contrariamente a lo que pueda suponerse de antemano, esta suerte de transmutación dista de ser anecdótica. Tampoco contemporánea, pues hace mucho que colea este asunto. Tengo la impresión de que son ese tipo de situaciones en las que el justiciable ve un hueco y piensa que nada tiene que perder por intentar colarse, a pesar de que las posibilidades de conseguirlo, si todo funciona como debe, son inexistentes. Inexistentes porque la doctrina jurisprudencial al respecto está sólidamente asentada y no presen-

¹⁶ Añadamos que esta fase de emplazamiento a terceros no incorpora, formalmente, un trámite de filtro de las notificaciones practicadas por la Administración a cargo del juez o tribunal, de manera que cabe que la presencia del falso codemandado no sea advertida más que al final. Cuando esto sucede, suele argüirse la vinculación nacida de una personación incontestada. Argumento que decae por afectar a materia de *ius cogens*. Muy gráfica al respecto es la STS de 14 de mayo de 2001 (rec. núm. 3742/1997), donde el tercero había sido admitido al principio, literalmente, como «correcurrente».

¹⁷ No se puede tampoco cambiar de signo a la hora de recurrir. Hay que mantener la coherencia durante todas las instancias: «Cuando la sentencia desestima íntegramente el recurso contencioso-administrativo, no puede impugnarse su contenido por quien litigó como parte codemandada» (STS de 25 de enero de 2013, rec. núm. 4335/2009).

ta fisuras: no ha lugar a que el codemandado cambie de chaqueta y apoye al demandante ignorando que es parte contraria, llamada para hacer oposición al actor¹⁸.

Tres son los argumentos que se esgrimen a tal efecto. El primero arranca de la literalidad de la ley. El artículo 21 de la LJCA no atribuye al tercero la condición de parte a secas. Señala *expressis verbis* que se considerará parte *demandada*. Luego es inconcuso que solo se está admitiendo la intervención *ad opponendum* o *ad resistendum*¹⁹.

¹⁸ Las raíces de esta doctrina jurisprudencial se hunden muy atrás y se han mantenido siempre firmes. Así, la entrada en escena de la CE y del potente derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no motivó un cambio de parecer:

Por mucha amplitud que constitucionalmente se haya reconocido al concepto de interesado, es lo cierto que en la vigente legislación reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –art. 30 L.J.-C.A.– la figura del coadyuvante solamente está prevista en nuestro ordenamiento en defensa de la Administración que actúa como demandada o como demandante en el proceso de lesividad. De ahí que no quepa admitir la intervención de D.^a María en el concepto que solicita de coadyuvante del demandante, ya que de accederse a lo que ahora pretende, además de lo dicho, se desconocería el régimen de plazos para recurrir (ATS de 16 de julio de 1996, rec. núm. 845/1994).

Tampoco lo hizo el tránsito a la LJCA de 1998. El TS se cuidó tempranamente de dejar establecido que la novedad de la desaparición del coadyuvante en nada alteraba su posición sobre este particular:

Aun cuando la figura del coadyuvante ha desaparecido con la nueva Ley Jurisdiccional y la legitimación para el ejercicio de acciones frente a la Administración se regule de forma que englobe a los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, sin embargo, ello no implica la posibilidad de que dichos interesados puedan personarse en un recurso interpuesto por otro interesado fuera del supuesto de contemplado en el apartado 21.1.b) de la Ley. En efecto, el artículo 19 de la L.R.J.C.A. regula la legitimación activa ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, estableciéndose en los artículos 31 y siguientes, al demandante, como la única persona que puede pretender la declaración de no ser conforme a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación. De otro lado, es el artículo 21 de la Ley, el que regula la figura del interesado en el proceso, cuya personación se produce después de haberse iniciado este, y cuyos derechos o intereses legítimos son contrarios a los del demandante, ya que pueden quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante. Por tanto, en lo único que ha cambiado la regulación actual es en la desaparición de la figura del coadyuvante, entendiéndose que todo el que se persone en el recurso como titular de un derecho subjetivo o interés legítimo para sostener la conformidad a Derecho de la disposición, acto o conducta de la Administración, actúa como codemandado, pero si con la Ley Jurisdiccional de 1956 no se acogía la figura del coadyuvante del demandante, con la actual tampoco se permite la posibilidad de personarse como tercero interesado con pretensiones contrarias al acto recurrido y en apoyo de las tesis del demandante (ATS de 22 de enero de 2001, rec. núm. 8022/1999).

Por lo demás, de su plena vigencia en nuestros días son testimonio, entre tantas, las SSTs de 14 de mayo de 2001 (rec. núm. 3742/1997), 22 de noviembre de 2007 (rec. núm. 7539/2004) y 23 de noviembre de 2010 (rec. núm. 437/2007).

¹⁹ La claridad con la que la jurisprudencia afronta este tema y el rechazo categórico de que hace gala no es equiparable del todo con el estado de opinión que encontramos en la doctrina científica. Algunos autores

Un segundo argumento profundiza en la nuez de la negativa: la caducidad de las acciones procesales. De admitirse semejante cambio de posición se estaría ignorando la existencia de un plazo taxativo para interponer el recurso contencioso-administrativo y el dogma de la firmeza del acto administrativo no recurrido. A través de la intervención se produciría una inesperada reapertura del plazo para accionar contra la Administración con merma del orden público procesal y generando a la postre una grave disfunción en la armonía de los mecanismos ordinarios de reacción frente a los actos administrativos considerados ilegales. Si el tercero quería combatir el acto, debió haber obrado, ni más ni menos, como el actor, recurriendo dentro del plazo. Una pluralidad que se habría ventilado entonces por el conducto ordinario de la acumulación²⁰. El respeto al régimen de plazos para recurrir se erige en suma en el principal obstáculo a una intervención *ad adiuvandum*²¹.

Precisamente en íntima conexión con lo que acaba de señalarse, interesa caer en la cuenta de que, detrás del falso codemandado, se esconde a menudo un actor disfrazado y rezagado que ve en su emplazamiento la oportunidad de un ardid. Se explica por ello que la respuesta de algunos tribunales se asemeje mucho a una recriminación por un comportamiento contrario a la buena fe procesal²². Tan es así que ha llegado a calificarse directamente de «fraude procesal» semejante mutación, aplicando en consecuencia el artículo 11 de la LOPJ –que es el frontispicio de la buena fe procesal– para rechazarla²³.

Finalmente, tenemos, como tercera razón, el carácter sorpresivo y la situación de indefensión en la que se ve inmerso el demandado desde el momento en que el velo se levanta al tiempo de la contestación a la demanda, esto es, cuando este ya ha consumido la

han intentado ir aguas arriba para plantearse si, en términos abstractos, podría tener cabida la intervención *ad adiuvandum* en el proceso contencioso-administrativo. González Pérez dejó constancia, por ejemplo, de su parecer favorable (1983, p. 1288). Más recientemente, Soriano García (2014, p. 881-885) ha vuelto a reflexionar sobre el particular, llegando a la conclusión de que la negativa a admitir esta posibilidad pasa a constituir una nueva ventaja no escrita de la Administración en el proceso contencioso-administrativo.

²⁰ Acumulación e intervención deben conjugarse adecuadamente en la justicia administrativa. Si no, se da pie a la existencia de pleitos conexos que, tramitándose por vía paralela, llevan a un entrecruzamiento de actores y codemandados, que enreda enormemente la trama y que puede comprometer la continencia de la causa. Muy gráfica en este sentido resulta la STS de 11 de mayo de 2018 (rec. núm. 1122/2016): resolución que señala a varias empresas como responsables por una interrupción del suministro eléctrico; una de esas empresas se persona como codemandado en el recurso de la otra y al mismo tiempo impugna ella también por su cuenta.

²¹ Es simple: «La reseñada recurrente, discute en su argumentación jurídica la resolución impugnada como si ocupara procesalmente la posición de demandante pero sin haber interpuesto oportunamente el correspondiente recurso contencioso-administrativo» (STS de 13 de enero de 2012, rec. núm. 2794/2011).

²² Particularmente apreciable allí donde el tercero, una vez admitida su intervención, asume sin cuestionarla la condición de codemandado y espera a que el proceso transcurra y se afiance su presencia para después hacer valer esta circunstancia como admisión tácita de la legitimidad para defender su posición, sea cual sea.

²³ Valga como muestra la STS de 21 de octubre de 1998 (rec. núm. 9252/1991).

oportunidad de rebatir y contradecir. Semejante ausencia de réplica quiebra la igualdad de armas que impone cabalmente el principio de contradicción.

La puerta está, bien se ve, cerrada a cal y canto. Cuestión distinta es la manera de hacer efectivo el portazo. A falta de una solución formal clara, los tribunales parecen decantarse, lisa y llanamente, por no tomar en consideración las alegaciones del falso codemandado²⁴. Ese *desconocimiento* resulta técnicamente vago y no está exento de problemas de comprensión²⁵. Probablemente sea lo de menos, pero no acaba de convencerme la fórmula. En mi opinión, proporcionaría más claridad al desenlace –y de paso tal vez prevendría la aparición del problema– la formalización de una expulsión del proceso en estos casos.

4. El desarrollo de una estrategia defensiva propia: los avances en el ensanchamiento de su virtualidad

En la tarjeta de presentación del codemandado moderno suele insistirse en que este tiene plena autonomía para desplegar su propia estrategia defensiva, desmarcándose de la Administración. Acabamos de señalar, no obstante, que deberá, eso sí, respetar la coherencia que exige su condición de parte demandada. De manera que la fidelidad que se espera de su intervención atañe al mantenimiento del acto impugnado y no a la línea argumental trazada por la Administración. A salvo de esta elemental exigencia, queda luego abierto el campo para insuflar «personalidad propia» a la defensa.

²⁴ Así despacha el problema el TS, por ejemplo, en la STS de 22 de febrero de 2006 (rec. núm. 54/2003): «Ese cambio de posición procesal es contrario a la Ley, de modo que si bien la Sala no puede inadmitir el proceso en relación con quien no es demandante en el mismo, si puede desconocer la posición de la demandada que no postula el rechazo del recurso sino que por el contrario pretende su estimación». En la misma línea, *ex multis*: SSTS de 26 de marzo de 2014 (rec. núm. 5884/2010), 26 de mayo de 2015 (rec. núm. 328/2014) y 20 de abril de 2016 (rec. núm. 944/2014).

²⁵ Como los que afronta la STS de 4 de noviembre de 2015 (rec. núm. 77/2014). En la instancia se había rechazado tomar en consideración las alegaciones de una serie de codemandados que actuaban en fraude procesal. Sin embargo, el tribunal *a quo* sí tuvo en cuenta el material probatorio por ellos aportado. Lo que se planteaba ante el TS era, pues, si el desconocimiento, como reacción ante el falso codemandado, afecta a toda su actuación procesal o únicamente a sus alegaciones. Esta fue su respuesta:

El motivo no puede ser estimado por las siguientes razones:

a) El tenor literal del razonamiento de la sentencia, en lo que aquí nos interesa, es el siguiente: «Se desprende por ello de lo anterior, según constituye doctrina consolidada de esta Sala, que la intervención de dichas partes "codemandadas" en este procedimiento ha de ser considerada como un fraude procesal y por ello no es posible, en este procedimiento judicial, tomar en consideración sus alegaciones, en definitiva encaminadas a declarar la nulidad de la resolución impugnada». En definitiva la sentencia niega valor a las alegaciones de las partes, pero no contiene, extremo que no se ataca, una declaración de «expulsión del proceso» impeditiva de la posibilidad de aportar material probatorio.

Naturalmente, el codemandado puede reforzar la línea de la Administración si así lo cree oportuno, con desarrollos adicionales que ultimen la fundamentación jurídica o aportando documentos u otras pruebas que obran solo en su poder y a los que la Administración no tenía alcance o, simplemente, desconocía. Puede, asimismo, añadir otras líneas de ataque, significando, se me ocurre, motivos de inadmisión del recurso que vendrían a sumarse a las razones de desestimación invocadas por la Administración. Una labor complementaria que no hay por qué despreciar, pues bien puede suceder que acaben siendo determinantes los elementos de juicio traídos por el codemandado²⁶. Que haya una defensa armónica, compartida, entre ambas partes puede ser una opción perfectamente respetable. En todo caso, ha de quedar claro que no se impone de suyo una jerarquía en la defensa jurídica de la Administración, que no ostenta una suerte de dirección superior en la oposición al recurrente²⁷.

Pero, más que esta versión de escudero solícito, la indagación que toca tiene que ver con la profundidad e inteligencia de ese apartamiento del que hace gala la categoría y del que tanto depende al fin la confirmación de su real y genuina sustantividad. ¿Hasta dónde alcanza el derecho de abogar del codemandado? ¿Es esa predicada libertad así de amplia como se pinta? A ello dedicaré las páginas que siguen a continuación.

4.1. El codemandado que pretende consolidar la defensa del acto administrativo con motivos que le favorecen singularmente

El postulado de la caducidad de la acción procesal presta una piedra de toque de suma utilidad para calibrar la autenticidad del codemandado y acantonarlo allí donde se hace patente la reversión de su interés procesal. Si lo que quieres es recurrir la actuación de la Administración, lo que deberías haber hecho, porque podías hacerlo, es interponer el correspondiente recurso cuando tocaba. De lo contrario, utilizarías el emplazamiento a terceros de una manera torticera, fraudulenta.

No hay duda de que el argumento es poderoso y convincente. Diría incluso que irrefutable cuando el tercero que se tiene enfrente pretende en el fondo la anulación del acto recurrido.

²⁶ Por algo todos los estudiosos de la figura del coadyuvante en lo contencioso-administrativo han coincidido en destacar que no debía menospreciarse su posible contribución en cuanto a la aportación de datos y pruebas. Digamos que quien tiene interés personal en la defensa de su patrimonio personal, aparte de empeño o determinación en mantenerlo, suele disponer de información susceptible de completar la averiguación de lo ocurrido.

²⁷ Hay contextos donde hasta parece que cambian las tornas. Así, en los litigios de responsabilidad patrimonial, se ha planteado qué incidencia habría de tener el artículo 74 de la Ley de contrato de seguro –a cuya virtud: «Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador»– cuando la víctima dirige su acción de responsabilidad patrimonial también contra la compañía de seguros. De interés son las acotaciones al respecto de Grijalba López (2011, p. 153-166).

Ocurre, sin embargo, que los matices, la idiosincrasia de la intervención en lo contencioso-administrativo da lugar a posiciones que no encajan perfectamente en la forma procesal clásica o prototípica; que se aproximan, sí, pero cuya singularidad es lo suficientemente significativa como para que las respuestas tradicionales desfallezcan. El tercero en lo contencioso-administrativo no puede comprenderse olvidando el papel complementario que desempeña en cuanto a la configuración de la legitimación pasiva. Tan es así que a veces el tercero constituye el verdadero contrincante, lo cual resulta especialmente constatable allí donde media una rivalidad entre particulares, que se concreta alrededor de una decisión administrativa. En estos escenarios, se recurre contra la Administración por haber decidido a favor del contrincante, pero el interés que justifica la contienda es la eliminación de la utilidad o ventaja que este ha obtenido en lo que representa de perjuicio correlativo sobre la que se buscaba o ya se venía disfrutando. Los ejemplos son abundantes. Basta con echar mano de la larguísima lista de procedimientos administrativos competitivos (contratación, función pública, etc.). Pero podríamos ir más allá, visto que también en los procedimientos administrativos de los que se deriva el reconocimiento o la constitución de un derecho u otra situación jurídica favorable puede reproducirse la misma tensión entre rivales.

Pues bien, la posición de estos terceros puede adquirir tintes muy singulares. Y, si no, veamos qué ocurre con la *motivación* del acto administrativo. Porque el tercero no se conforma muchas veces con la denegación de la solicitud de su rival, sino que tiene para sí fundamental que esa denegación incorpore ciertos motivos, que son los que más convienen a sus intereses, claro está. Remachar, en suma, su posición de ventaja.

Usaré un ejemplo extraído del ámbito de la inscripción de marcas. Imaginemos dos empresas enfrentadas por la inscripción de una marca, que una de ellas, A, solicita y que la otra, B, considera perjudicial para su negocio, oponiéndose por las razones x. Al término del procedimiento administrativo procedente, la Oficina Española de Patentes y Marcas deniega la inscripción, pero lo hace con base en razones distintas a las aducidas por la empresa B. Esta, viendo, de todos modos, que la resolución le es favorable, se da por satisfecha. Sin embargo, la empresa A, agotada la vía administrativa, recurre en vía contencioso-administrativa, momento en el que su oponente es emplazada a comparecer en calidad de codemandada.

La pregunta es la siguiente: ¿puede la empresa B, que actúa como codemandada, recuperar las razones x ante el juez administrativo?

La inercia del postulado de la caducidad de la acción procesal empuja a negar la repristinación de los argumentos. Como quiera que se aquietó, ha de considerarse que el rechazo de la Administración a sus motivos devino consentido –y firme–. Por tanto, pretender el mantenimiento de la resolución administrativa denegatoria volviendo sobre los motivos preteridos o rechazados por la oficina viene a ser como reabrir por la puerta de atrás la oportunidad de una impugnación extemporánea.

He tomado prestada la descripción de un caso real fallado por el TS y detonante de una esforzada línea jurisprudencial, que ha supuesto un paso adelante muy notable en la con-

cepción de la autonomía defensiva del tercero en lo contencioso-administrativo²⁸. Y es que esa respuesta inercial recién señalada descuadraba, a juicio del alto tribunal, con el artículo 24 de la CE. Asumido que la empresa B es parte, cuesta imponerle este tipo de corsés en la medida en que coartan su propósito. Comparado con el epígrafe anterior, no hay aquí un cambio de papeles artificioso. El codemandado tiene interés en defender el acto controvertido; su posición es auténtica, solo que quiere plantear en vía judicial la procedencia de los motivos que en su día la Administración no valoró o rechazó. Algo así como cargar de más razones a la decisión de la Administración; razones, eso sí, que le convienen. Una posibilidad que, para el TS, ha de estimarse necesariamente legítima, so pena de comprometer la capacidad de defender genuinamente los intereses propios a la luz del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es el modo más exacto de que pueda realizarse.

Pretensión legítima y, al tiempo, razonable. El comportamiento de la empresa B al no recurrir la denegación de la inscripción no resulta reprochable. Había conseguido la mayor: que su competidor no inscribiese la marca. De modo que resulta muy difícil censurar su aquietamiento. En palabras del TS: «No se puede exigir a alguien que ha resultado favorecido por una resolución administrativa que la impugne por discrepar del fundamento de dicha resolución».

Comparto esta interpretación y creo, además, que constituye un espaldarazo de la sustancia del tercero en lo contencioso-administrativo. Si acaso, me atrevería a sumar algunos argumentos a los expuestos por el TS. De una parte, la superación del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativo puede ser traída a colación, a fin de insistir en la ausencia de preclusión de los motivos invocados o dejados de invocar en la vía administrativa. Idea que se condensa en el importante artículo 56.1 de la LJCA, sobre el que enseguida he de volver. De otra, el principio de contradicción, a cuya virtud conviene no escatimar en la dialéctica, en la discusión que rodea a la controversia, con vistas a tratar de zanjar la contienda, al menos en lo que a completitud de razones se trata. No en vano, hace al caso recordar ese particular poder del juez administrativo de incorporar motivos relevantes no invocados por las partes; poder, por cierto, que hace referencia no solo a los susceptibles de fundar el recurso, sino también la oposición a él.

4.2. El codemandado que pretende un empeoramiento de la posición del actor o un mejoramiento de la situación propia en comparación

Demos ahora un salto a la función pública. Imaginémosnos dos concursantes en un procedimiento selectivo cualquiera: Ticio y Cayo. Al final, Ticio se lleva la palma de resultados de un mérito que Cayo considera sobrevalorado. Ticio, por su parte, tiene para sí que, dejando

²⁸ Línea de la que son exponentes las SSTS de 15 de octubre de 2004 (rec. núm. 4366/2001), 2 de noviembre de 2004 (rec. núm. 5808/2001) y 27 de diciembre de 2007 (rec. núm. 2228/2005).

a un lado esa casilla, Cayo se vio beneficiado en la valuación de los demás méritos. Como quiera que ha ganado, Ticio se aquieta con el resultado.

La escena recuerda mucho a lo que ocurría con las empresas competidoras en el campo de las marcas, pero hay una diferencia que lleva a una nueva vuelta de tuerca. Luego de que Cayo recurra y Ticio sea llamado a comparecer en calidad de codemandado, surgirá el problema de elucidar si este último puede, no ya reanimar motivos en sostén de la decisión administrativa tomada, sino interesar que la contienda se ensanche y que, lo mismo que el historial meritorio de Ticio se tamiza por el juez administrativo, se haga lo propio con el de Cayo. Dicho en otras palabras, el meollo de la defensa de Ticio puede pasar por evitar que el juicio se focalice solamente en aquellos puntos concretos señalados por Cayo en su demanda. La mejor manera de defender el derecho adquirido puede consistir, efectivamente, en ampliar las miras a fin de que se valoren otros extremos o, llanamente, que se «confronten» los candidatos en liza –incluyendo al cabo una revisión a mejor de la posición propia–.

Así lo entiende en nuestros días el TS²⁹. Se ha abierto paso en su jurisprudencia en materia de función pública el reconocimiento de la facultad del codemandado de contraatacar, de suerte que puede pedir que se minore la puntuación del recurrente o que revise al alza la suya, tomando en consideración, pongamos por caso, méritos ajenos a los señalados por el recurrente³⁰. El giro no era fácil de dar. Pesaba mucho el dogma de la firmeza del acto administrativo no recurrido, así como el reproche de que, al admitir argumentos de contrario por parte del codemandado, se estaba tolerando una *reformatio in peius* respecto de la posición de partida del recurrente³¹.

²⁹ Porque hasta hace no tanto la tesis dominante era precisamente la contraria. Exponentes de este giro son, entre otras, las SSTs de 25 de abril de 2012 (rec. núm. 2795/2001) y 13 de enero de 2015 (rec. núm. 2875/2013). En los TSJ puede citarse la STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de noviembre de 2019 (rec. núm. 84/2018)

³⁰ Las combinaciones que pueden darse son, como es fácil imaginar, muchas. De hecho, cabría añadir a las indicadas en el texto la posibilidad aun de que el codemandado interesase una menor puntuación de un determinado mérito si ello hubiera de servir para ganar en comparación con el actor –que recibió mayor nota sobre el mismo– (curiosidad que puede verse en la STC 86/2004, de 10 de mayo).

³¹ Muy elegante y sutil fue la respuesta ideada por el TS para salir al paso de este aparente quiebra de la proscripción general de la *reformatio in peius*. La cita es larga, pero merece la pena recuperarla aquí:

Pero estos argumentos no son compartidos por esta Sala, que a la vista de todo lo actuado no aprecia el intento de llevar a cabo una *reformatio in peius* por parte de la Administración ni de la codemandada, sino de plantear argumentos en defensa de sus posturas, que merecen, al menos, un pronunciamiento por parte del Tribunal de instancia, y sobre los cuales también cabría presentar alegaciones por la parte actora. En otras palabras, la posición de la recurrente en vía jurisdiccional era la de quien no había obtenido plaza en el proceso selectivo, por ello, si del análisis del proceso se llegara a la conclusión de que, aun admitiendo la existencia de un error en su valoración de méritos, no alcanzaría a superar la calificación necesaria, acogiendo las defensas de los codemandados, a la recurrente no se le empeoraría su situación, sino que quedaría igual, siendo desestimada tan solo su pretensión. En efecto, una cosa es

El motor que ha movido el cambio de parecer del alto tribunal se halla una vez más en el artículo 24 de la CE: si se limita el nervio del alegato defensivo del tercero, se estará laminando su derecho de defensa y, a la postre, es estará consolidando una posición procesal del concursante codemandado sin apenas efecto útil. Desprovisto de realidad y efectividad, no hace falta explicar que un derecho fundamental deja de serlo. He ahí el quid:

La posición del recurrido cuando se enjuicia un procedimiento de concurrencia competitiva no puede limitarse a la defensa de la actuación de la Administración, sino que su derecho a la tutela judicial efectiva comprende la revisión de aspectos no cuestionados por la demanda pero que inciden directamente en la decisión del litigio de manera que, de no llevarla a cabo, le dejarían indefenso³².

Sale igualmente a plaza una reflexión que ya conocemos y que tiene que ver con el comportamiento esperable por quien vence en vía administrativa. Difícil, por sentido común, echarle en cara que no hubiera recurrido en plazo. Como certeramente apunta Baño León (2019), «el interés en la impugnación del beneficiario del acto solo nace cuando su posición jurídica es amenazada por el recurso de otro concursante». Exigir sin más una reacción preventiva se antoja, en efecto, desmesurado, fuera de orden. Aparte de que la negativa a dar entrada a las peticiones del codemandado «impide que el juez tenga un conocimiento completo de todas las circunstancias del concurso» (pp. 261-279).

El referido análisis, a mi modo de ver, da en el blanco. No se trata de forzar una legitimación especialísima, producto de la singularidad de la justicia administrativa. Bien apurada la cosa, lo que se nos aparece como una apertura particular de la función pública es en el fondo reflejo de un planteamiento conceptual que podemos refrendar, sin ir más lejos, en el proceso civil, concretamente en la manera de solucionar la clásica controversia sobre la admisión y límites de la adhesión a la apelación. ¿Puede la parte que se aquietó inicialmente aprovechar el trámite de oposición al recurso de apelación para impugnar a su vez la resolución apelada? La respuesta es afirmativa³³. El hecho de no haber apelado la resolución no desactiva la legitimación para «recuperar» el interés en hacerlo cuando es la otra parte la que da continuidad a la contienda. Así lo compendia el TS:

que en vía contencioso-administrativa no quepa, dado el carácter revisor de la jurisdicción ni la reconvencción, ni la *reformatio in peius*, y otra bien distinta es que quien ha triunfado en un proceso selectivo, y que no puede en consecuencia impugnar su resultado para empeorar aún más la situación de quien no lo ha hecho, no pueda sin embargo cuestionar los méritos de quien, en esta situación, pretende por primera vez cuestionar el resultado del proceso selectivo, en términos de defensa (STS de 25 de abril de 2012, rec. núm. 2795/2001).

³² Así se expresa la STS de 7 de mayo de 2019 (rec. núm. 604/2019).

³³ Según se desprende actualmente del artículo 461.1 de la LEC: «Del escrito de interposición del recurso de apelación, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presenten, ante el Tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable».

Quien estaría dispuesto a aceptar una resolución desfavorable, condicionado a que la parte contraria también la consintiese, si esta última rompe el consenso tácito de acatamiento a la resolución judicial dictada, puede recurrirla, en el trámite de oposición al recurso, convirtiéndose a su vez en apelante [...]. La impugnación supone pues que se permita a una de las partes salir de su inicial estado de pasividad, al conocer el recurso de apelación interpuesto por la contraparte para convertirse también en recurrente³⁴.

Mutatis mutandis, las claves explicativas pueden ayudarnos. En el funcionario que ha ganado es fácil reconocer esa decisión tácita de aquietarse con el resultado final –así no sea plenamente satisfactorio–. Un aquietamiento, eso sí, que está condicionado a la seguridad de la ventaja obtenida. Por eso, cuando la seguridad se ve amenazada por la interposición de un recurso, es lícito que aquel salga de su estado de pasividad y se libere de su inicial conformidad.

4.3. Algunas reflexiones sobre las consecuencias de la ampliación jurisprudencial de la capacidad del codemandado de plantear nuevos motivos

Con la prudencia siempre necesaria, diría que las dos líneas jurisprudenciales en materia de inscripción de marcas y de oposiciones y concursos están asentadas. Una apreciación tal agradecería, desde luego, la validación del TC que, por el momento, aún no ha llegado³⁵. A pesar de ello, concurren todos los signos propios de una jurisprudencia bien establecida y como tal representan un avance significativo en lo tocante al estatuto procesal del tercero en lo contencioso-administrativo. Un avance que sitúa los límites de la controversia dialéctica entre el actor y el codemandado en la disyuntiva entre anular o mantener la actuación impugnada; la razón de impugnar del demandante no acotará el debate con el tercero.

³⁴ Fragmento extraído de la STS de 16 de octubre de 2019 (rec. núm. 2363/2019), que contiene un recorrido por la evolución histórica de esta cuestión y la posición actual de la jurisprudencia.

³⁵ Aunque finalmente fuera inadmitida por condiciones procesales, la cuestión de inconstitucionalidad que dio origen al ATC 113/2017, de 18 de junio, planteaba abiertamente el problema y brindaba una ocasión propicia para dar el paso definitivo que probablemente hace falta a fin de que arraigue y se extienda esta línea de entendimiento. Se trataba de un procedimiento competitivo para otorgar una concesión demanial y el juez de lo contencioso-administrativo cuestionaba la inconstitucionalidad de impedir al codemandado hacer cuestión de la puntuación obtenida por el participante recurrente y de la suya en comparación, esto es, que en su contestación a la demanda no pudiese pedir la disminución de la puntuación del actor o bien el aumento de la valoración de la oferta propia. La cuestión fue inadmitida porque lo cierto es que en su contestación a la demanda el codemandado no hizo tales movimientos, de suerte que el planteamiento se movía en el terreno de lo hipotético. De todos modos, el episodio tiene el mérito de poner el asunto sobre el tapete y, en este sentido, constituye un aldabonazo a tener en cuenta.

Sin perjuicio de reconocer el peso que tienen en la explicación las circunstancias ambientales de los dos ámbitos señalados, es inevitable cavilar sobre el alcance general de esta jurisprudencia y plantearse si no estaremos acaso ante el preludio de una obra de transformación sustancial de la categoría que nos ocupa.

Comencemos por lo más fácil. No se ve inconveniente en extrapolar el criterio fuera de los ámbitos específicos de las marcas y de la función pública. Particularmente clara resulta su proyección sobre el género entero de los procedimientos competitivos –vocación ínsita, de hecho, en algunas de las afirmaciones del TS–. De suerte que es dado concluir que el competidor codemandado cuenta en su haz de opciones defensivas con la posibilidad de hacer valer motivos que aseguren la ventaja de que disfruta en el cara a cara o *tête-à-tête* con el actor.

El recorrido, a partir de aquí, se torna mucho más erizado y dificultoso. Muchos son los recodos que aguardan, aunque, a mi modo de ver, destacan en particular dos: la influencia de esta jurisprudencia en la interpretación de la legitimación activa (A) y su reflejo en la vieja cuestión de la reconvención (B).

4.3.1. ¿Debería revisarse la legitimación activa basada en el perjuicio causado por los motivos de una decisión administrativa?

Uno de los argumentos de que se ha servido el TS en este avance subraya el, por así decir, comportamiento lógico del codemandado, que se ha aquietado ante la decisión administrativa que le favorecía, por más que no fuese el cénit de su pretensión última. Si se repara en este raciocinio, se advertirá que deja un cabo suelto: ¿hablamos de descuido levísimo –no censurable según el prisma de la diligencia procesal– o de imposibilidad pura y dura de recurrir?

Es así, tirando de este hilo, como regresamos a la comunicación que existe entre los artículos 21.1.b y 19.1.a de la LJCA. Sabemos que una de las pruebas o test que cabe hacer para ayudar a resolver las dudas en torno a la legitimación de un tercero es preguntarse si, dándole la vuelta al asunto, habría podido sostener como recurrente el recurso contencioso-administrativo. Pues bien, comprobamos ahora que el viaje no solo es de ida, es decir, que invita a preguntarse si la legitimación del codemandado justifica a la inversa la posibilidad de recurrir en calidad de actor.

La hipótesis ha salido además del laboratorio, concretamente en el ámbito de las marcas. Así, algunas empresas, conocedoras del aval del TS a la reedición de motivos al amparo de la posición de codemandado, han extraído como corolario el reconocimiento implícito de su legitimación para recurrir aquellas denegaciones de inscripción que, aun beneficiándoles, no venían a acoger su argumentario. Discrepancia, pues, en los motivos o fundamentos, que no en lo tocante al sentido o contenido dispositivo de la resolución. El caso es que algu-

nos de estos recursos han franqueado la puerta de entrada. Así, el TSJ de Madrid ha dado por bueno este interés a los efectos del artículo 19.1.a de la LJCA en varias sentencias³⁶.

Reconoce este tribunal que la cuestión es controvertida, pero, inspirado por el principio *pro actione*, considera que es razón legitimadora suficiente la oposición con la fundamentación de la resolución administrativa, aunque se comparta su sentido final. Es cierto, antes de nada, que el entorno ayuda a comprender el interés que pueden tener las empresas en proteger al máximo sus marcas, incluyendo el riesgo de confusión por las semejanzas que no fueron atendidas por la Oficina Española de Patentes y Marcas en su rechazo. Igualmente, hay que poner en valor el esfuerzo de coherencia sistémica que se pretende en la línea de crear correspondencias entre los lados activo y pasivo –es ahí donde encaja el raciocinio central: cabe pretenderlo como codemandado, *ergo* también ha de ser hacedero como actor–. Con todo, la posición no acaba de convencerme. Y es que omite un elemento que para mí es esencial: el interés del codemandado se explica a partir de la activación del recurso; si este no hubiera echado a andar, su ventaja no se vería amenazada. El perjuicio, en suma, no radica en la fundamentación del acto que se impugna, sino en el hecho de su impugnación, solo que, para mantener la ventaja y, por tanto, sostener la legalidad del acto, necesita defenderse ampliando los motivos. Es el perjuicio, el gravamen, lo que detona la necesidad de expandir su capacidad defensiva.

4.3.2. ¿Qué hay de la proscripción de la reconvenición en lo contencioso-administrativo?

La admisibilidad de la reconvenición en lo contencioso-administrativo constituye una *vexata quaestio* que ha recibido, tradicionalmente, una respuesta negativa tajante en la jurisprudencia. Casi siempre el tema ha sido planteado por el demandado, que en su contestación a la demanda solicitaba una pretensión adicional en forma, por ejemplo, de indemnización de daños y perjuicios o de restablecimiento de las cosas a su anterior y original estado. No faltan tampoco los casos referidos al codemandado, por supuesto³⁷. Pedimentos diversos tanto en su contenido como en su formulación que venían a salirse del marco creado por la pretensión deducida en la demanda, ya fuese colacionando otros problemas conectados

³⁶ «Esta Sección se ha mostrado favorable a la legitimación procesal de quien es titular de una de las marcas que tuvo en cuenta la Oficina para juzgar sobre la procedencia del registro de la nueva marca, prosperara o no la oposición, ya que esta simple circunstancia es determinante de su interés legítimo conforme al art. 19.1 a) de la LJCA», podemos leer en la STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2006 (rec. núm. 1687/2003). Además de sus propios precedentes, invoca el TSJ de Madrid como respaldo la STS núm. 524/1993, de 16 de febrero.

³⁷ Con curiosas variantes, por cierto, como la de reconvenir contra la Administración demandada pidiendo su condena a indemnizar los daños y perjuicios para el caso de que se produjese finalmente la anulación del acto impugnado (STS de 24 de mayo de 1995, rec. núm. 6124/1990).

con la relación causante del pleito o, simplemente, aprovechando el paso del Pisuerga para saldar cuentas pendientes con el actor.

Como quiera que se ha intentado frecuentemente y desde hace mucho, hay en la jurisprudencia centenares de pronunciamientos que resuelven lo mismo y que dan forma a un muro que se antoja insuperable. El TS llegó incluso a afirmar que «la reconvencción es una figura extraña al proceso contencioso-administrativo y está en pugna con sus presupuestos»³⁸. Posición contundente que se ha reafirmado una y otra vez. Tan es así que, en nuestra era, suele despacharse el asunto sin apenas dar razones, signo evidente de agotamiento: «como es sabido ante la jurisdicción contencioso-administrativa no cabe la reconvencción procesal»³⁹.

A lo largo del tiempo, este rechazo a la reconvencción se ha venido justificando a partir de un argumentario bastante sencillo que, por lo general, dejando aparte algunos desarrollos específicos, se apoyaba en la ausencia de un respaldo legal expreso. Ninguna alusión a la reconvencción se hace en el texto de la LJCA vigente –como tampoco en su predecesora⁴⁰. El contraste con la LEC es, pues, palmario: «en el recurso contencioso-administrativo la parte demandada no puede "formular pretensiones", a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil por medio de la reconvencción»⁴¹. Luego se ha arropado este argumento central con otras razones: la singular estructura del proceso contencioso-administrativo⁴², la naturaleza revisora de esta jurisdicción⁴³, o, en fin, la existencia de cauces específicos para

³⁸ Aserto lapidario que recogía la STS de 26 de febrero de 1966 (RJ 1966/1042).

³⁹ El entrecomillado procede de la STS de 14 de septiembre de 2000 (49/1995), que es representativa de una doctrina jurisprudencial muy arraigada y sobrada de exponentes. Tanto si miramos hacia atrás –*ex multis*: SSTS de 1 de febrero de 1984 (RJ 1014/1984), 17 de diciembre de 1985 (RJ 5941/1985), 28 de julio de 1987 (RJ 7689/1987), 7 de noviembre de 1991 (rec. núm. 861/1988), 17 de junio de 1992 (rec. núm. 2878/1990), 1 de junio de 1993 (rec. núm. 7697/1991), 24 de noviembre de 1998 (rec. núm. 1499/1994), 24 de septiembre de 1999 (rec. núm. 6201/1993)–, como si miramos hacia adelante –SSTS de 16 de abril de 2003 (rec. núm. 3269/2000) y 11 de mayo de 2017 (rec. núm. 2506/2015), etcétera–.

⁴⁰ En cambio, el Reglamento general de lo contencioso-administrativo de 1890 sí era muy explícito al respecto: «En el procedimiento contencioso-administrativo no podrá utilizarse en ningún caso la reconvencción» (art. 322).

⁴¹ Vemos afirmado en la STS de 16 de abril de 2003 (rec. núm. 3269/2000). No deja de chocar, por cierto, que se haya venido interpretando como impeditivo u obstaculizador el silencio de las sucesivas leyes de lo contencioso-administrativo en torno a la reconvencción. Tal vez podría haberse dado otro cariz a la omisión con base en la integración supletoria de la LEC, pero el caso es que esta opción hermenéutica nunca se ha abierto paso.

⁴² Con cita recurrente de los preceptos reguladores del objeto del proceso contencioso-administrativo y del contenido de las pretensiones, si bien el precepto estrella a la hora de hacer ver que el legislador no había previsto la posibilidad de reconvenir ha sido el relativo a los posibles pronunciamientos que puede contener el fallo de la sentencia, donde únicamente se alude a la inadmisión, estimación o desestimación del recurso (hoy, art. 68.1 de la LJCA).

⁴³ Acerca de la prohibición de reconvenir como expresión del dogma del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa acúdase a Fernández Torres (1998, pp. 239-242).

encauzar lo que se pide por reconvencción. Todo lo cual, atado, acabaría por enlazar con el discurso de la caducidad de los plazos de impugnación, que ya nos es familiar, y lanzando así un mensaje: antes que reconvenir, lo que se debe hacer es impugnar a tiempo. Después ya vendrá la acumulación para evitar la eventualidad de sentencias contradictorias que comprometan la continencia de la causa.

¿Pone en cuestión este postulado la jurisprudencia de marras? Para tratar de dar una respuesta cabal, es fundamental, antes de nada, evitar enredarse en digresiones –a ratos algo bizantinas, bajo mi punto de vista– acerca de dónde empieza y dónde acaba la reconvencción. Si por tal entendemos la posibilidad de introducir variaciones sobre la razón de pedir o *causa petendi*, cabría colegir que tanto en el caso de las marcas como de la función pública se está permitiendo al codemandado reconvenir. Sin embargo, no me parece que haya una identidad de sustancia entre los escenarios. El postulado que niega la reconvencción en lo contencioso-administrativo apunta más bien a la inviabilidad de pretender una condena del actor –en el formato que sea–, que es cosa distinta a la que ahora nos está ocupando. En rigor, ni la empresa ni el funcionario codemandados piden algo de vuelta al demandante; piden, eso sí, que la valoración de la decisión adoptada por la Administración, y que es ahora objeto de enjuiciamiento, se haga a partir no solo de la perspectiva que aquel plantea, sino también teniendo en cuenta su planteamiento, aunque ello represente rebajar el sello de la alianza con la Administración. Desde esta perspectiva, si alguna reserva o apostilla cabe hacer, esa no es otra que la necesidad de que el tribunal preserve el desarrollo dialéctico que reclama la contradicción, arbitrando los trámites de traslado y alegación que sean menester⁴⁴.

Según lo veo yo, lo que pretende el TS es preservar la utilidad o efectividad de la defensa del tercero; su fuerza de contraataque, la protección completa de la ventaja de que disfruta. Y eso es lo que le lleva a permitir que se amplíen los márgenes del campo de juego, no ya porque pase a ser distinta la actividad impugnada, ni tampoco porque se cambie el signo

⁴⁴ A la falta de preparación de nuestra LJCA para dar una respuesta procesal ordenada a esta situación se refiere la STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2013 (rec. núm. 773/2010). En su giro, no en vano, el TS se percató de la necesidad de rellenar este vacío de nuestra ley jurisdiccional. Así, en la STS de 25 de abril de 2012 (rec. núm. 2795/2011), se apostillaba, luego de dar el nuevo paso, que la admisión de esa apertura en los motivos a esgrimir se hacía «sin perjuicio de que se adopten las diligencias probatorias finales o traslado para alegaciones de las partes que se estimaren pertinentes».

Cuando analizamos con detenimiento en qué situación queda el debate entre las partes después de ampliar la capacidad alegatoria del codemandado se advierte que se hace más *triangular*, y ahí radica, a mi modo de ver, la principal dificultad para el juez o tribunal encargado de velar por la contradicción. Al referirme a esa deriva triangular no estoy admitiendo la ruptura del principio de dualidad de partes –que es consustancial al proceso–. Esa ruptura no se da porque las posiciones básicas siguen siendo solo dos: el actor sostiene la ilegalidad mientras que la Administración y el codemandado, por el contrario, hacen causa común de la legalidad de la actuación impugnada. Pero sí singulariza las diferencias de enfoque y motivos entre los dos aliados de la parte pasiva de la relación jurídico-procesal.

de la posición del codemandado, que no pasa a cuestionar la legalidad de la decisión de la Administración –su oposición al actor sigue en pie y no hay, pues, una separación de la posición pasiva; la dualidad de partes sigue siendo reconocible en lo fundamental–. Ahora bien, lo que sí se altera es la concepción de lo que significa alinearse con el mantenimiento del acto recurrido: no es una adhesión a todo lo que se dice en el acto, sino únicamente a lo que este representa como matriz de la ventaja que se disfruta. Así concebido, hay en este alegato, en fin, una conexión postrera con la superación de la preclusión alegatoria; un hito consignado hoy en el artículo 56.1 de la LJCA:

En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, *hayan sido o no planteados ante la Administración*⁴⁵.

No hay razón para que esta liquidación de la preclusión alegatoria se detenga en el codemandado. Es más, bueno sería interpretar de manera amplia este inciso final para comprender en él no solo los casos de codemandados que han hecho un uso incompleto –o no han hecho uso– de su facultad alegatoria en la vía administrativa, sino también de los que ni siquiera se han personado o no han recurrido el resultado. Sé que el propuesto es un salto arriesgado, pero entiendo que es el que más se compadece con la inteligencia moderna del derecho a la tutela judicial efectiva y el que presta un amarre legal –siquiera sea «coyuntural», a la espera de una intervención legislativa más directa– a una corriente de fondo que adivino imparable a la larga, pues está movida por la voluntad de garantizar el ejercicio del derecho a la defensa lo más ampliamente posible. El artículo 56.1 de la LJCA podría sintonizar perfectamente con esta interpretación espiritualista, prestándole un sostén legal sólido –incluido el poso histórico que arrastra este precepto en cuanto que expresión granada de la superación del carácter revisor– y solvente. Y es que, a su virtud, el motivo se desencadena de la vía administrativa y pasa a estar limitado únicamente por la conexividad con el objeto del recurso. Solo hace falta hacer una lectura del precepto a la manera de sostén de una *causa petendi*, que está en grado de construirse verdaderamente *ex novo*.

No ocultaré, en fin, que la proscripción de la reconvencción merecería ser objeto de una reconsideración a fondo. No solo de resultados del tratamiento del codemandado, sino, en general, por su falta de sintonía con el paradigma del proceso entre partes y su escaso provecho para el buen funcionamiento de la justicia⁴⁶.

⁴⁵ Una exposición muy completa en torno a la aplicación y virtualidad de este precepto en Vicente Domingo (2016, pp. 111-141).

⁴⁶ Aunque articulada en clave de expropiación forzosa, una de las críticas más elaboradas a la negativa de admitir la reconvencción en la justicia administrativa puede encontrarse en García Gómez de Mercado (1997, pp. 251-262).

5. La señal más reveladora de que el estatuto del codemandado está inacabado: las costas procesales

Las costas procesales constituyen una de esas piezas, aparentemente menores o colaterales, pero que, en la práctica, resultan decisivas para la armonía del conjunto. Si hablamos de lo contencioso-administrativo, la afirmación sube de punto. Y es que el tratamiento de las costas procesales entronca –a mi juicio *in via recta*– con el derecho de acceso a la justicia desde el mismo instante en que se erige en uno de los principales factores en grado de condicionar la interposición del recurso⁴⁷. Si, sobre ello, partimos de una desigual posición de partida frente al hecho del proceso –que es lo que ocurre precisamente en esta rama–, el efecto disuasorio de cualquier obstáculo económico se amplifica. Que son relevantes en la práctica lo corrobora, por lo demás, el que sean fuente recurrente de conflictos. Señal inequívoca de que importan, aunque también ello es signo de que las cosas no están del todo claras. Hay que tener presente, en fin, que, en razón de su versatilidad, suelen ser uno de los espacios donde los jueces y tribunales se sirven al cabo de la equidad o buscan en ella inspiración con el objetivo de matizar el alcance de la victoria o de la derrota. Quiero decir con ello que a veces se ve en el reparto de las costas procesales la ocasión para efectuar una suerte de ajuste último con el objetivo de acabar de nivelar las consecuencias del desenlace. Vale decir que incluso allí donde rige el criterio del vencimiento o *victus victori*, pues también en la aplicación de un criterio así de objetivo es dado apreciar estas tentativas de perfilamiento postrero mediante el empleo de las distintas cláusulas de mitigación.

Esta última consideración tiene mucho que ver con la figura del tercero. Como es sabido, se trata de una categoría que abarca un amplísimo espectro, de suerte que la intensidad del impacto del pleito puede ser, dentro del perjuicio cierto e individualizado, verdaderamente dispar, encontrándonos con afectaciones más leves que otras (a). Ello, a su vez, puede repercutir, claro está, en el grado de involucración en la discusión procesal (b). Por otra parte, se da la circunstancia de que la intervención del tercero se caracteriza por ser voluntaria y, por lo tanto, deviene en una variable incierta en cuanto al plantel anunciado de actores de la trama (c). Estas tres ideas, levedad del perjuicio, futilidad de la participación e impredecibilidad del concurso, están cosidas a la historia del tercero y, por eso mismo, no desaparecen por más que hagamos operaciones de *recutio ad unum*, como la que preside la LJCA. Podemos agrupar al tercero bajo una categoría única y unificar su estatuto procesal en lo que hace a la capacidad defensiva –que es lo que demanda sin regateo el art. 24 de la CE–. Sin embargo, por debajo, no podemos obviar que subyace ese elenco de situaciones diversas; diversidad que, guste o no, es seguro que acabará manifestándose, condicionando al cabo ciertas decisiones que, sin pugnar con la *driving force* de nuestros días, en el sentido de que el tercero, sea cual sea la envergadura de su interés, debe poder

⁴⁷ Conviene significar que no es esta, de todos modos, la orientación que preside la jurisprudencia constitucional que, en líneas generales, desvincula el asunto de las costas procesales del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

defenderse en plenitud, sí pueden modular ciertos aspectos de su relación con el proceso. Ya sea su llamada a él, que suele ser una de las facetas en las que aparecen diferencias de trato –puesto que, como veremos, no todos los terceros son igual de identificables a los efectos de tener después derecho a una notificación personal– o, también, en lo que ahora nos ocupa, el devengo de costas procesales. Basta por eso un vistazo a los estudios sobre la intervención procesal para constatar que, desde luego, las costas procesales son parada obligada y en torno a ellas se han sucedido –y se siguen sucediendo– intrincados debates en la línea de acoplar esas ideas antes referidas con un sentido de organicidad⁴⁸.

Se recordará que la LJCA de 1956 depositaba en las costas procesales uno de los rasgos distintivos más destacados entre el coadyuvante y el codemandado. Interesa en este momento llamar la atención sobre un dato que me parece muy revelador. La misma jurisprudencia que se encargó de neutralizar las diferencias de régimen jurídico entre las dos especies, luego del advenimiento de la CE, hizo reserva de las costas procesales. De manera que la asimilación procesal de coadyuvante y codemandado, consecuente con el mandato constitucional de tutela judicial efectiva ya de intereses que de derechos, no era plena y conservaba cierta virtualidad en lo atinente a las costas procesales. No es que esa asimilación se detuviese a sus puertas, pues también penetró en este punto, pero sí que la transformación no fue aquí total. Hubo, por así decir, una esforzada resistencia a desprenderse del todo del artículo 131.2 de la LJCA de 1956 en cuanto que suministraba un escudo útil con vistas a desactivar el devengo de costas a propósito de terceros que, a juicio de los tribunales, no debían participar en el reparto.

Ciertamente, la jurisprudencia en materia de costas procesales del coadyuvante en esta etapa resulta por momentos críptica. La asimilación procesal señalada comportó la necesidad de reinterpretar una serie de previsiones legales diseñadas con un patrón las más de

⁴⁸ Al llegar a las costas procesales los planteamientos suelen relativizarse y al final raramente se ofrecen por los autores soluciones o posicionamientos concluyentes. Digamos que se asume como algo inevitable que este apéndice tenga una cierta dosis de imprevisión o, si se prefiere, de casuismo.

Lo que está ocurriendo en torno a la interpretación de la regla quinta del artículo 14.2 de la LEC, relativa a las costas procesales en casos de intervención provocada resulta, a mi modo de ver, elocuente. Dice así esta regla: «Caso de que en la sentencia resultase absuelto el tercero, las costas se podrán imponer a quien solicitó su intervención con arreglo a los criterios generales del artículo 394». Se abre la puerta a imponer las costas del tercero al demandado que provocó su intervención allí donde aquel resulte absuelto. Claro que para ser absuelto, primero hay que ser demandado, lo cual está en función, no ya de la llamada efectuada por el demandado, sino de la decisión que tome a este respecto el demandante en el sentido de ampliar o no su demanda contra el nuevo personaje recién traído a la causa. Pues bien, como quiera que la posición del interviniente provocado puede ser diversa, los tribunales están creando de su cuño una modulación a la regla legal, discriminando según el carácter «justificado» de la llamada. Lo que ha de contar a la hora de condenar al codemandado por su iniciativa de traer al tercero debe ser, en suma, si era razonable hacerlo y, a tal efecto, el parámetro a tener en cuenta deben ser las consideraciones del tribunal acerca de la responsabilidad del tercero en el asunto, más allá de que luego esa responsabilidad dé lugar o no a un pronunciamiento condenatorio en la sentencia –limitado por el principio rogado de la justicia civil–.

las veces incompatible con ese nuevo sentir. *Prima facie*, ocurría eso mismo con el artículo 131.2 de la LJCA de 1956: «La parte coadyuvante no devengará ni pagará costas más que por razón de los recursos o incidentes que ella promueva con independencia de la parte principal». Parecía un contrasentido que las estrenadas aperturas a favor del coadyuvante no vinieran acompañadas de una cuota de responsabilidad consecuente en relación con el hecho del proceso. Si resultaba que tenía a su alcance la posibilidad de recurrir, es decir, de poner en marcha la apelación, no podía, en buena lógica, quedarse al margen después de la distribución de los gastos provocados en el recurrido, siendo que, a fin de cuentas, la esencia de las costas procesales reside precisamente en dirimir la culpa del pleito o, si se prefiere de una forma menos aséptica, en hacer que este no represente un perjuicio patrimonial para quien estando asistido por la razón desde un principio ha tenido que pasar por el trance del proceso para verla reconocida⁴⁹. De ahí que los tribunales aplicasen todo su ingenio para sortear la exclusión prevista en el artículo 131.2 a partir, por ejemplo, de una interpretación muy generosa del artículo 29.1.b, esto es, estirando la hechura del codemandado⁵⁰, y, de paso, restando cualquier tipo de valor a las etiquetas utilizadas durante el proceso, así hubiesen sido admitidas por todos tácitamente⁵¹. De este modo, muchos coadyuvantes se transformaron en codemandados sin rasgarse las vestiduras a los efectos de poder devengar costas procesales en uno u otro sentido, con derecho a cobrarlas o con la obligación de abonarlas.

¿Era el artículo 131.2 de la LJCA de 1956, así pues, un estorbo? He aquí la sorpresa. No del todo. Porque resulta que se destapó como un amarre todavía útil con vistas a resguar-

⁴⁹ A mayor peso en la capacidad de que el proceso eche a andar, mayor ha de ser la responsabilidad por las consecuencias económicas vinculadas a su sustanciación. Es este un parecer que condensaba el TS del siguiente modo: «Carecería de sentido que el coadyuvante permaneciera al margen de las consecuencias favorables o desfavorables de la condena en costas pronunciada en un recurso jerárquico cuando, desparecida su dependencia de la Administración, puede decidir por sí mismo si conviene o no a sus intereses utilizar un medio de impugnación de tal clase» (STS de 20 de noviembre de 1998, rec. núm. 2221/1995).

⁵⁰ Recordemos que los codemandados venían definidos en este precepto como «las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto». Pues bien, los tribunales pusieron a prueba la tolerancia gramatical de este sintagma. Baste señalar que llegó a subsumirse en él a Administraciones que actuaban en ejercicio de funciones de imperio –v. gr. Administraciones expropiantes–, considerando que sus derechos estaban también en juego. Véanse así las SSTs de 19 de abril de 1994 (rec. núm. 2417/1991), 27 de marzo de 2000 (rec. núm. 1722/1995), 6 de junio de 2000 (rec. núm. 7006/1995) y 7 de noviembre de 2000 (rec. núm. 3814/1998).

Recojo a continuación una lista de sentencias cuya lectura permite hacerse una idea de la laxitud con la que pasó a interpretarse la definición de codemandado a su paso por las costas procesales durante este período: SSTs de 23 de julio de 1997 (rec. núm. 136/1993), 29 de octubre de 1999 (rec. núm. 6980/1994), 10 de diciembre de 1999 (rec. núm. 2028/1995), 14 de diciembre de 1999 (rec. núm. 1062/1994), 14 de diciembre de 1999 (rec. núm. 2537/1994), 16 de enero de 2001 (rec. núm. 3814/1998), 16 de abril de 2001 (rec. núm. 1730/1996), 2 de julio de 2001 (rec. núm. 3456/1996), 7 de noviembre de 2001 (rec. núm. 9112/1996) y 8 de noviembre de 2001 (RJ 475/2002).

⁵¹ «Los conceptos de codemandado y coadyuvante deben responder a las determinaciones establecidas en los preceptos citados, con independencia de las expresiones terminológicas que se hayan empleado por las partes o en las actuaciones procesales», se decía en la STS de 19 de abril de 1994 (rec. núm. 2417/1991).

dar al actor o al recurrente que era condenado en costas cuando se reputaba desmesurado extenderlas a terceros cuya razón de intervenir había sido menos intensa por no resultar portadores de un derecho, ni siquiera bajo la concepción *lato sensu* a la sazón aplicada.

Se trataba, en efecto, de proteger al demandante o recurrente de una condena que se antojaba excesiva cuando se proyectaba sobre coadyuvantes *stricto sensu*, esto es, sobre titulares de posiciones jurídicas a las que el resultado del pleito les tocaba de una manera refleja o indirecta: farmacéuticos competidores que intervenían en el proceso donde se dilucidaba la denegación de apertura de una nueva oficina de farmacia⁵² o compañías de seguro en pleitos de responsabilidad patrimonial⁵³. Hablamos, *grosso modo*, de la corteza y no del núcleo del interés legítimo. El caso es que los tribunales echaron mano en estos casos del artículo 131.2. Y a tal efecto no se limitaron a ampararse en su vigencia formal –no en vano, este precepto no fue derogado, ni siquiera en la reforma de 1992–. Introdujeron, sobre ello, un puñado de valiosos argumentos. Destacaré, en concreto, dos. De una parte, el *equilibrio económico* entre contendientes. La intervención del tercero codemandado, en razón de su carácter eventual y sobrevenido, podía desbaratar o comprometer el equilibrio económico entre las partes originales:

Si se admite –afirmaba el TS– que el recurrente en casación que ha sido condenado al abono de las costas abone no solo las causadas a la parte demandada sino también las de las partes que, sin ser obligada su intervención, han comparecido colaborando con la Administración, se sitúa a dicho recurrente en una posición de desventaja y desequilibrio, en términos económicos, respecto de las restantes partes, al tener que abonar las costas de dos o incluso más partes si quiere litigar con la Administración⁵⁴.

⁵² A esta situación hace referencia la STS de 11 de marzo de 1996 (rec. núm. 335/1992), que hace suya la doctrina iniciada por la STS de 6 de marzo de 1996 (rec. núm. 505/1992). Con posterioridad, siguieron su criterio, entre otras, las SSTS de 4 de julio de 1996 (rec. núm. 749/1992), 13 de enero de 1998 (rec. núm. 1464/1992) y 9 de febrero de 1998 (rec. núm. 165/1993).

⁵³ Representativo de esta interpretación es el siguiente razonamiento que encontramos en la STS de 9 de octubre de 1998 (rec. núm. 2969/1993):

En el presente caso no ofrece dudas que la «Lepanto S. A., Compañía de Seguros y Reaseguros», aun cuando ostenta un relevante interés económico en la cuestión resuelta en el proceso, no ha comparecido en el mismo como titular de derechos que deriven directamente del acto recurrido, puesto que este es un acto administrativo que se limita a decidir sobre la responsabilidad patrimonial que incumbe o no a la Administración municipal por funcionamiento de los servicios públicos, y la citada compañía aseguradora –supuesto que contra ella ante esta jurisdicción no se ha ejercitado ni podido ejercitar por el perjudicado la acción directa dimanante de la legislación de seguros–, solo se verá afectada en sus derechos como consecuencia de las acciones a que haya lugar en virtud del contrato de seguro de responsabilidad suscrito con la corporación municipal y no por la fuerza imperativa del acto administrativo cuya fiscalización de manera exclusiva corresponde a este orden jurisdiccional.

En esta misma línea, es igualmente ilustrativa la posterior STS de 20 de mayo de 1999 (rec. núm. 1662/1994).

⁵⁴ El entrecomillado procede de la STS de 11 de marzo de 1996 (rec. núm. 335/1992), aunque el argumento fue inicialmente formulado un poco antes, en la STS de 6 de marzo de 1996 (rec. núm. 505/1992).

De otra parte, se significó la legitimidad constitucional de la modulación de las costas según la intensidad del interés del tercero afectado. Lógicamente, se pretendía así conjurar la inconstitucionalidad del artículo 131.2 por infracción del artículo 24 de la CE y, más específicamente, por ir en contra de la elevación del coadyuvante a parte plena labrada a su través. Para el TS, la diferencia de trato en materia de costas procesales no entraba en pugna con el espíritu de la tutela judicial efectiva del tercero, puesto que no constituía un contenido de este derecho fundamental. El legislador, en consecuencia, tenía libertad a la hora de configurar el reparto y sus implicados:

No es obstáculo a esta interpretación el hecho de que el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva no solo de los derechos, sino también de los intereses legítimos, haya privado a la parte coadyuvante de la Administración de su posición accesoria y subordinada a la parte principal, y la haya convertido en parte principal [...]. En efecto, el deber de soportar las costas o de hacerse cargo de ellas no forma parte del contenido de aquel derecho constitucional, sino que está sometida a la libertad de configuración por parte del legislador⁵⁵.

Son enseñanzas que tienen, a mi modo de ver, mucho valor y probablemente un alcance que trasciende el asunto de las costas procesales y apunta a la explicación de la unicidad del modelo de tercero en la justicia administrativa. Sin ir tan lejos, no obstante, sí resultan en todo caso expresivas de ideas que, expresadas o no en la letra legal, están llamadas a convivir con el tercero porque son consustanciales a su existencia. No ha de extrañarnos, pues, que el actor condenado, al margen del criterio que rijan en la distribución de las costas, estime injusto tener que cargar con los gastos de ciertos terceros. Y, al revés, que el tercero, en vista de su contribución a la victoria, quiera verse resarcido por lo que ha representado en su patrimonio el trance del proceso impulsado por el demandante.

Nada de todo ello fue tenido en cuenta al tiempo de elaborarse la LJCA de 1998. En ella desaparece la diferenciación del tercero a los efectos de las costas procesales, lo cual se viene a considerar un correlato natural de la unificación practicada. Así, el artículo 139, sede de las costas procesales, silencia cualquier referencia al codemandado, dando a entender tácitamente que ha de seguir la misma suerte que la Administración que se sienta a su lado. Ocupando idéntica posición e investidos de la misma calidad, han de compartir los efectos procesales de la derrota. Ese es el planteamiento que trasluce la LJCA y así de tersa viene siendo extraída la *ratio legis* a ojos de la jurisprudencia:

⁵⁵ Fragmento extraído del ATS de 23 de julio de 1997 (rec. núm. 136/1993), que inauguró una dilatada serie de pronunciamientos en la misma dirección. Por cierto que, así, apoyándose en la ausencia de relevancia constitucional de las costas procesales –en clave de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva–, el TS estaba revelando que el estatuto procesal del tercero no tenía por qué ser enteramente uniforme.

Que el codemandado ha sido parte en el proceso y tiene derecho a costas, en los supuestos previstos por el artículo 139 LJCA, no ha sido jamás puesto en duda por esta Sala. De aquí que no haya ningún extremo que aclarar o complementar⁵⁶.

Partimos, por consiguiente, de la premisa de que el codemandado, por efecto de su condición de parte demandada, entra de lleno en la distribución del *onus expensarum*. Si el canon fuese la temeridad o mala fe, eso significaría que se valoraría su conducta de manera individual, en consonancia con su plena autonomía. Como hoy manda el canon del vencimiento, se atenderá de forma más objetiva al grado de victoria alcanzado por el actor en cuanto a la estimación de sus pretensiones. De producirse una victoria total, la parte demandada, incluido el codemandado, deberá asumir las costas procesales ex artículo 139.1 de la LJCA.

Sería ingenuo, después de lo que ya sabemos, pensar que puede darse carpetazo al tema de una manera tan tajante. Y es que la aplicación a rajatabla de la *victus victori* supone ignorar la diversidad ínsita en la figura del tercero y, de manera más específica, endurecer el precio de la derrota para el demandante. Un demandante, no hay que olvidarlo, que no es responsable *directo* de la llamada en causa al tercero y menos aún de su personación efectiva.

La reacción que observamos en los tribunales ante esta situación suele transitar, dicho sea en síntesis y, por tanto, haciendo abstracción de los versos sueltos, por una de estas tres sendas.

- A) La primera sería la más ortodoxa: aplicación, sin paliativos, del canon del vencimiento: perdió la posición ocupada por el codemandado, debe pagar también la factura del pleito.
- B) La segunda, en el otro extremo, lleva a excluir al codemandado del reparto. Y a tal efecto encontramos un mosaico de argumentaciones, las más de las veces brevísimas –si es que las hay; insisto en que el desfallecimiento de la motivación en el entorno de las costas resulta tan grave como desconcertante su generalización–, que tienden a una suerte de combinación entre tres razones de exclusión. La más expeditiva tiene que ver con el carácter *voluntario* de la intervención del codemandado. No acude por imperativo procesal, sino *motu proprio* y se estima razonable, en consecuencia, que se haga cargo del coste que ello le ha representado. El codemandado, en suma, interviene a su costa⁵⁷. Goza asimismo de amplio predicamento una segunda causa de exclusión basada en la continuidad de la razón inspiradora del antiguo artículo 131.2 de la LJCA de 1956, de suerte que los coadyuvantes

⁵⁶ Razonamiento contundente que encontramos, por ejemplo, en la STS de 9 de julio de 2020 (rec. núm. 241/2018).

⁵⁷ En resumen: «No procede imponer a esta parte demandante el pago de los gastos de quien solo por su propia voluntad compareció» (STSJ de Aragón de 24 de octubre de 2016, rec. núm. 101/2014).

stricto sensu deben considerarse extraños a las costas procesales⁵⁸. Finalmente, se ha dado forma a una argumentación que recuerda mucho a la tesis de la justicia civil en relación con la intervención provocada, según la cual el interviniente no puede ser condenado en costas si previamente nada se ha pedido contra él⁵⁹. Aplicado el razonamiento al ámbito de la responsabilidad patrimonial y al caso de las compañías de seguro, tendríamos que su condena en costas solo sería procedente allí donde, en efecto, el actor hubiera dirigido también frente a ellas su demanda; no, por el contrario, si solo hubiera accionado contra la Administración⁶⁰. No hace falta decir que es esta una lectura que ha de batir el cobre de las palabras de la ley, pues conduce a distinguir entre dos especies de codemandados: los materialmente demandados y los que únicamente tienen la condición de tales a efectos procesales y defensivos. Acusa, ciertamente, que es un alumbramiento cogido con alfileres, supuesta la literalidad de LJCA, pero, desde un punto de vista de arquitectura coherente, ofrece, en mi opinión, una respuesta sólida.

- C) Queda, por último, una senda intermedia que busca establecer contrapesos a partir de la cláusula de mitigación del vencimiento recogida en el artículo 139.4 de la LJCA: «La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de estas o hasta una cifra máxima».

Comprendo los recelos que en términos generales suscita esta previsión –riesgo manifiesto de arbitrariedad e inseguridad a raudales–. Sin embargo, considero que, *faute de mieux*, pasa por ser la opción más apropiada. Un mal menor, por así decir, ante dos alternativas que no acaban de convencerme. No me parece que la rigidez del criterio del vencimiento suponga necesariamente que hayan de plegarse ante él todas las derrotas y, por ende, todos los derrotados. Es incuestionable que, en la comprensión de la victoria, de sus

⁵⁸ Como se afirma en el ATS de 25 de febrero de 2005 (rec. núm. 194/2003):

Esta argumentación jurisprudencial sigue siendo válida, aun cuando el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción no distinga como hacía el núm. 2 del art. 131 de la Ley de 1956 derogada entre parte demandada y coadyuvante, toda vez que la condición de codemandada de la compareciente para defender un interés legítimo no es bastante para gravar a la recurrente con las costas causadas a instancia de aquella entidad, a la que no ha traído al proceso sino que ha comparecido en él de modo voluntario.

La misma interpretación se recoge en la STS de 8 de marzo de 2005 (rec. núm. 194/2003) y en el ATS de 25 de octubre de 2006 (rec. núm. 303/2002).

También en los TSJ son abundantes los ejemplos: STSJ de Aragón núm. 297/2006, 15 de mayo de 2006; STSJ de Castilla y León núm. 465/2006, de 29 de septiembre de 2006; STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 696/2018, de 9 de noviembre; STSJ de las Islas Canarias núm. 189/2012, de 20 de noviembre, y STSJ de Andalucía núm. 75/2018, de 22 de enero.

⁵⁹ Tesis que puede verse expuesta en las SSTS, Sala de lo Civil, núm. 735/2013, de 25 de noviembre, y núm. 790/2013, de 27 de diciembre.

⁶⁰ Sigue esta corriente, por ejemplo, la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 696/2018, de 9 de noviembre.

causas y de su alcance, hay matices y, en el caso de los codemandados, en mi opinión, son matices relevantes. Claro que tampoco soy partidario de dar a esos matices carta blanca, justificando una desactivación *praeter legem* de un criterio legal establecido. n, son matices relevantes. usas y de su alcance, hay matices y, en el caso de los codemandados, en mi opinión, agravado por anticip Digamos que, por coherencia con la importancia que les concedo, rechazo una visión de las costas procesales que haga de ellas un final a *volontè* del juzgador, por mucho que este haya de desempeñar un papel relevante en el ajuste circunstanciado. Más todavía cuando el marco legal sí cuenta con una válvula de cierre, imprecisa, desde luego, pero al mismo tiempo extraordinariamente versátil.

Abogo, pues, por abordar el problema de las costas procesales del codemandado desde la óptica del artículo 139.4 de la LJCA. Eso sí, dando por supuesto un uso motivado y paudado que aleje todo lo posible los celos a los que hacía referencia. Brinda así una oportunidad para mitigar la condena en costas del demandando con base en la quiebra del equilibrio económico entre los dos lados de la relación procesal o, si se prefiere, allí donde el juzgador estime que el resultado de la llamada en causa a terceros ha alterado de una forma significativa el precio de demandar. Tratando de identificar algunas pautas más concretas, cabría considerar como motivos desequilibrantes, como mínimo, dos: la *superfluidad* de la contribución del codemandado en la contradicción mantenida (a) y la pluralidad *excesiva* de partes (b).

- a) Por lo que respecta a la superfluidad, su invocación resulta sencilla cuando ha sido el propio codemandado quien, de antemano, ya ha advertido de su pasividad. Algo que, como se recordará, conecta con la versión del codemandado-observador. Si este no adopta una postura defensiva en propiedad y se limita a seguir la obra entre bastidores, está justificada la limitación de su cuota. Quedaría preservada de este modo la idea de que para ser condenado en costas o, al revés, para ser acreedor de ellas es necesario el ejercicio material de una tal condición⁶¹. Fuera

⁶¹ Ni parece procedente lucir una victoria por quien no ha participado en su consecución como tampoco achacar la derrota a quienes no han contendido. La senda de la superfluidad resulta muy resbaladiza, sin duda. Conceptualmente, es más fácil ir en contra de la litigación abusiva que de la litigación superflua, toda vez que la pasividad, al contrario que el abuso, constituye una opción amparable en el ejercicio de las facultades procesales. Se asumirán, claro está, las consecuencias de esa pasividad, pero, como tal, no es un fenómeno frontalmente atacable como lo es el abuso de los medios procesales. Esto sentado, importa mucho delimitar esas consecuencias, pues en el proceso también hay una consumición de energías y esfuerzos. Por eso mismo, un efecto particularmente apropiado es el de hacer que la superfluidad impacte en la distribución de las costas procesales allí donde esta se sirva de la victoria como criterio y razón para ver resarcido el detrimento patrimonial ocasionado por el proceso. Como definiendo en el texto, aprovecharse de la victoria trabajada por otro, simplemente por el hecho de ocupar la misma posición procesal en el juego de dualidad de partes, chirría y desenaja con el principio básico de la buena fe.

Descripción que, claro, encaja a la perfección en el perfil del codemandado-observador. Así razonaba el TS a propósito de un codemandado de estas características:

Por las razones que hemos expuesto en los apartados anteriores, el presente recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado, procediendo por ello la imposición de las

de este registro, la superfluidad se antoja más complicada, especialmente si quiere poner la pica en la *duplicidad*, evitando que se beneficie de la victoria el codemandado que ha resultado ser un personaje plano y no, en cambio, un personaje esforzado en la contienda⁶².

- b) Más complicado es todavía intentar concretar el carácter excesivo en cuanto al número de codemandados. Naturalmente, cuantos más, mejor. No en vano, el artículo 139.4 de la LJCA se suele activar sin estridencias para frenar la multiplicación en cadena de las *litis expensas*⁶³. Se advierte en estos episodios cómo el modelo de tercero procesal diseñado en la LJCA es susceptible de provocar un impacto económico sobrevenido muy significativo sobre las cuentas del particular y su previsión acerca de lo que podía costarle el pleito en el peor de los escenarios. Se dirá que la eventualidad de que un codemandado se persone y con ello aumente la factura de la derrota no representa una contingencia rara que no pueda o deba ser contemplada de antemano. Es un alea previsible. Aun así, sabemos que no hay un círculo de terceros tasado y que su definición es generosa, por lo que cabe que surjan aliados de la Administración que no figuraban en los planes iniciales –puesto que no se constituyeron en interesados en la vía administrativa previa, sin ir más lejos–. Sea como fuere, resulta difícil sustraerse al cambio tan profundo que se produce en la nómina de partes cuando resulta que el actor comienza el pleito dirigiendo la demanda contra una Administración en solitario y acaba contendiendo, sin quererlo, claro, contra dos, cinco, ocho o más defensores del acto impugnado. En lances como estos se produce un salto que puede hacer quebrar el equilibrio entre los lados de la relación procesal, por lo que hace al coste de litigar o, expresado de un modo, a mi modo de ver, más

costas de este proceso a la parte recurrente [...]. Ahora bien, dado que la representación de la Asociación Nacional Empresarial de Reparadores y Evaluadores de Tanques Atmosféricos de Almacenamiento de Productos Petrolíferos Líquidos (ARETA) presentó escrito en el que manifiesta que se personó en este proceso únicamente a efectos de estar informada de su resultado y que no tiene interés en que las disposiciones impugnadas tengan una u otra redacción (véase antecedente quinto de esta sentencia) la condena en costas no debe operar en favor de dicha parte codemandada (STS de 21 de enero de 2019, rec. núm. 639/2017).

⁶² El criterio de la superfluidad cuenta a su favor con la experiencia acumulada en la limitación de costas en razón de la «actividad desplegada». Se trata de una de las razones más invocadas para hacer uso del artículo 139.4 de la LJCA, justificando la limitación impuesta en atención a la «dedicación requerida», al «contenido de los escritos», al «trabajo y esfuerzo desplegado», al «estudio que ha merecido» o a la «utilidad del escrito», por poner algunos ejemplos. Esta misma filosofía podría proyectarse sobre el codemandado poco esforzado, que, básicamente, se adhiere al trabajo defensivo de la Administración. Ahora bien, sabemos, precisamente por esa experiencia a la que aludía, que la apelación a la actividad desplegada puede provocar tensiones en lo que representa de desvaloración de la labor de defensa del abogado y de una actividad que es de naturaleza intelectual.

⁶³ Véase Cierco Seira (2017, pp. 66-67). Ejemplos más recientes de ese mismo proceder en la STSJ de Asturias de 20 de enero de 2020 (rec. núm. 358/2018, función pública).

apropiado, que está en grado de desbaratar la previsibilidad del coste económico de un proceso para el actor. En ámbitos particularmente sensibles a este factor, si se quiere mantener una tensión razonable en la fiscalización de la acción administrativa, algo habrá que hacer para que la «codemandación» no dispare el precio de litigar y se convierta en un arma intimidatoria frente al actor.

No se me oculta que los puntos de referencia propuestos son quebradizos y que el uso del artículo 139.4 de la LJCA, ni siquiera en un escenario ideal donde haya márgenes u horquillas aprobados internamente y publicados por los distintos tribunales, dejará de ser al cabo inestable. Con todo, ley en mano, no veo otra solución posible.

Ni que decir tiene que el panorama expuesto en modo alguno es satisfactorio. Y acudir como *last resort* al artículo 139.4 de la LJCA, en el fondo, tampoco.

Estamos ante la enésima prueba de que la regulación de las costas procesales agradecería de un cambio de chip por parte del legislador. No es, desde luego, la señal más importante ni la más preocupante, pero sí es perfectamente visible que hay claves en la inteligencia de las costas procesales que, sin un reflejo acorde en el texto de la ley, deambulan en la jurisprudencia y están al albur de la fuerza del casuismo y del entender y sentir del juzgador de turno. Demasiado lejos del ideal de la seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación de la ley. Debería, en mi opinión, reconstruirse de arriba abajo la regulación de las costas procesales en lo contencioso-administrativo.

Centrándonos en el codemandado, se extraen dos lecciones específicas que habrá que retener.

Primera: El «tercero-sin costas» es una variable que no se puede eliminar de la ecuación, así mande el vencimiento –que es un canon de suyo automático–. Por tanto, o se encauza legalmente, estableciendo cuándo la intervención ha de correr a cargo del interviniente, o acabará colándose como sea. Porque admitida una intervención amplia, fundada en el interés legítimo, que es irrenunciable en términos del artículo 24 de la CE y, al tiempo, no provocada por el actor, es evidente que saldrá a plaza la injusticia que para él supone cargar con una contingencia que no podía ser calibrada exactamente y que, caso de la responsabilidad patrimonial, pudo haber querido incluso dejar al margen, evitando la ampliación de la demanda a la compañía aseguradora.

Segunda: El modelo de intervención unificada del artículo 21.1.b de la LJCA alberga, si no se modula desde las costas procesales, una capacidad de impactar sobre el derecho de acceso a los tribunales notable y, hoy, incontrolada. El particular que quiere accionar contra la Administración y, legítimamente, hace la lista de lo que puede ello costarle, se enfrenta a la tesitura de no poder calcular el precio de la derrota con una cierta dosis de seguridad. Y ello no solo por el desenlace del llamamiento a los interesados –cuantos, en definitiva, se

personaran de los previsible–, sino por el propio rasero que les vaya a ser aplicado. ¿Qué senda enfilará el tribunal? Incertidumbre en el acceso a la justicia con la que también se topará, en la otra ribera, el propio codemandado a la hora de sopesar el pro y el contra de personarse o dejar sola a la Administración⁶⁴.

Teniendo esto presente, me inclino, *de iure condendo*, por establecer como regla general en lo contencioso-administrativo que el tercero intervenga a su costa. Regla que tendría, no obstante, tres salvedades: que el demandante dirigiese –de ser admisible en razón de la materia– su recurso también contra el tercero, en cuyo caso este pasaría a convertirse en codemandado material y habría de participar, por ende, en la distribución de las costas del litigio (a); que el tercero instase o promoviese incidentes o recursos haciendo valer su capacidad de iniciativa defensiva independiente (b); y, la más evanescente aunque igual de necesaria, que el tercero, ante el desentendimiento de la Administración, protagonizase la discusión dialéctica con el recurrente (c).

Referencias bibliográficas

- Baño León, José María. (2019). La jurisdicción contencioso-administrativa tras veinte años de vigencia de la Ley 29/1998. *Revista Galega de Administración Pública*, 57, 261-279.
- Cano Mata, Antonio. (1982): La Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de algunas de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria. *Revista de Administración Pública*, 98, 47-77.
- Cano Mata, Antonio. (1985). El principio de tutela judicial efectiva y su incidencia en el emplazamiento de codemandados y coadyuvantes en los procesos contencioso-administrativo. *Segundas Jornadas de Derecho Judicial. Incidencia de la Constitución en las normas aplicadas por los Tribunales de Justicia* (pp. 725-735). Ministerio de Justicia.
- Cierco Seira, César. (2017). El poder del juez administrativo de limitar las costas procesales. *Revista de Administración Pública*, 202, 43-89.
- Chaves, José Ramón. (2018). *El arte de la guerra en la justicia administrativa*. Wolters Kluwer.

⁶⁴ Puestos en la piel del tercero que es llamado en causa, se comprende fácilmente que va a pesar también mucho en la decisión de comparecer el coste de la posible factura del pleito. Lo cual me ha recordado una circunstancia elocuente que recogía González Pérez a propósito de la dualidad de terceros que recogía la LJCA de 1956. Señalaba este autor que en ocasiones personas que estaban legitimadas para intervenir en calidad de codemandados comparecían solicitando ser tenidas como coadyuvantes, precisamente porque ello representaba quedar a cubierto de una eventual condena en costas (1983, p. 1303). Planteamiento que González Pérez consideraba plenamente plausible.

- Chioyenda, Giuseppe. (1901). *La condanna nelle spese giudiziali*. Fratelli Bocca Editori. Se cita en Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- Fernández Torres, Juan Ramón (1998). *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*. Civitas.
- García de Enterría, Eduardo. (1975). Sobre los derechos públicos subjetivos. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 6, 427-448.
- García de Enterría, Eduardo. (1983). El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos. *Revista de Administración Pública*, 42, 267-293.
- González Pérez, Jesús. (1951). El recurso de apelación ordinario contencioso-administrativo. *Revista de Administración Pública*, 4, 199-211.
- González Pérez, Jesús. (1955). El coadyuvante y el recurso de apelación. *Revista de Administración Pública*, 16, 139-153.
- González Pérez, Jesús. (1983). La pluralidad de partes en el proceso administrativo. *Revista de Administración Pública*, 100-192, 1281-1305.
- González Pérez, Jesús. (1997). Las partes en el proceso administrativo. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 74, 9-36.
- García Gómez de Mercado, Francisco. (1997). *Problemas procesales de la impugnación de los acuerdos de los Jurados de expropiación*. Civitas.
- Grijalba López, Juan Carlos. (2011). La compañía aseguradora en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. *Derecho y Salud*, 21(1), 153-166.
- López Rodó, Laureano. (1943). El coadyuvante en lo contencioso-administrativo. *Revista de Derecho Privado*.
- Martín Retortillo, Cirilo. (1926). Los Ayuntamientos como coadyuvantes en los recursos contra sus acuerdos. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 75(148), 198-203.
- Martín Retortillo, Cirilo. (1933). *Notas sobre el procedimiento contencioso-administrativo*. Editorial V. Campo y C.^a.
- Martín Retortillo, Cirilo. (1935). *Notas sobre el procedimiento contencioso-administrativo* (tomo II). Editorial V. Campo y C.^a.
- Martín Retortillo, Cirilo. (1951). *Nuevas notas sobre lo contencioso-administrativo*. Aguilar.
- Muñoz Machado, Santiago. (1982a). Del emplazamiento de demandados y coadyuvantes en el contencioso-administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 35, 659-663.
- Muñoz Machado, Santiago. (1982b). Variaciones sobre la figura del coadyuvante. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 35, 664-668.
- Oromí Vall-Llovera, Susana. (2007). *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil. Facultades procesales del interviniente*. Marcial Pons.
- Sánchez Morón, Miguel. (1986). Las partes en el anteproyecto de Ley reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo. *Documentación Jurídica*, 51, 749-769.
- Soriano García, José Eugenio. (2014). El codemandado no es coadyuvante: crítica a una tendencia consolidada. El caso de la impugnación de Reglamentos. En *Por el derecho y la libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor* (v. I, pp. 881-885). Iustel.
- Vicente Domingo, Ricardo de. (2016). *La demanda en el proceso contencioso-administrativo. Motivos de impugnación y función jurisdiccional*. Aranzadi.



La información, participación y revisión en la mejora de las políticas europeas

Carlos Francisco Molina del Pozo

Catedrático de Derecho Administrativo y catedrático Jean Monnet ad personam de Derecho de la Unión Europea.

Universidad de Alcalá de Henares (Madrid)

carlosf.molina@uah.es | <https://orcid.org/0000-0001-5074-8322>

Extracto

En el artículo se realiza un estudio sobre la aplicación de las normativas europeas, así como su posible revisión, con la finalidad de facilitar la misma y su comprensión por parte de la ciudadanía, dado que van a ser los principales afectados o beneficiados.

Para ello, se ha tenido en cuenta una comunicación de la Comisión, de los últimos meses, lo que ha permitido ver los mecanismos establecidos en la Unión Europea para la mejora de sus políticas y regulaciones.

Asimismo, hemos estudiado el principio de transparencia y obtención de información, como elementos esenciales de cualquier sociedad democrática. Estos aparecen reconocidos en los tratados constitutivos de la Unión Europea, debiendo ser todos sus actos, legislativos o no legislativos, próximos y abiertos a los ciudadanos, favoreciendo la aproximación de las instituciones a estos.

Finalmente, se han detallado unas conclusiones con base en todo lo analizado.

Palabras clave: mejora de la regulación; participación ciudadana; transparencia.

Fecha de entrada: 08-07-2021 / Fecha de aceptación: 21-07-2021

Cómo citar: Molina del Pozo, C. F. (2021). La información, participación y revisión en la mejora de las políticas europeas. *Revista CEFLegal*, 249, 113-130.



Information, participation and review in the improvement of European policies

Carlos Francisco Molina del Pozo

Abstract

This article studies the application of European regulations, as well as their possible review, with the aim of facilitating their implementation and allowing citizens to understand the rules that will affect them.

For that purpose, we have taken into consideration a communication from the Commission in recent months, which has allowed us to see the instruments established in the European Union to improve its policies and regulations.

We have also studied the principle of transparency and obtaining information, as essential elements of any democratic society. These are recognised in the founding treaties of the European Union, and all its acts, legislative or non-legislative, must be close and public to the citizens, favouring the approximation of the institutions to them.

Finally, we have drawn some conclusions on the basis of what has been analysed.

Keywords: better regulation; citizen participation; transparency.

Citation: Molina del Pozo, C. F. (2021). La información, participación y revisión en la mejora de las políticas europeas. *Revista CEFLegal*, 249, 113-130.



Sumario

1. Introducción
 2. El principio de transparencia y la obtención de información
 3. Instrumentos en la consecución de la mejora de las políticas comunes
 - 3.1. Programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (REFIT)
 - 3.2. La estrategia *one in, one out*
 - 3.3. Plataforma Preparados para el Futuro (F4F)
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: El autor quiere dejar constancia de su agradecimiento a Nuria Puentes Ruiz, colaboradora de la cátedra Jean Monnet *ad personam* de Derecho de la Unión Europea en la Universidad de Alcalá, por su inestimable apoyo en la preparación del presente trabajo.



1. Introducción

Las instituciones europeas tienen por intención que la legislación sea ejecutada en aquellos ámbitos en los que tenga superior repercusión, con la finalidad de ser eficiente y eficaz en la consecución de los objetivos comunes.

Asimismo, las instituciones quieren que la normativa sea sencilla y clara para los ciudadanos, evitando un exceso que pueda suponer obstáculos y cargas administrativas, como contraposición al objetivo que esta tiene de facilitar la actuación.

La Unión tiene la obligación de legislar, sometida de forma clara y en todo momento a la estricta aplicación del principio de subsidiariedad, recogido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea¹, lo que implica que únicamente pueden desarrollar normativa cuando sea necesario.

Como es bien conocido, ese mismo artículo referido hace mención e incluye también el principio de proporcionalidad, por el cual se dispone que la Unión, de igual modo que sucedía con la utilización del principio anteriormente citado (subsidiariedad), solamente podrá concebir nueva normativa en la medida en la que esta vaya a ser necesaria.

En consecuencia, debe advertirse que la Unión habrá de realizar un estudio pormenorizado antes de aprobar cualquier tipo de acto legislativo, con la finalidad de descubrir si posee la competencia adecuada y precisa como para sacar adelante el proyecto que plantea.

No obstante, si el objetivo final de cualquier acto legislativo es favorecer la vida y actuación de los ciudadanos y empresas europeas, entonces es conveniente confeccionar un análisis complementario *ex post*, una vez aprobada la normativa y tras unos años de aplica-

¹ [Tratado de la Unión Europea, versión consolidada, DOUE C 326, de 26 de octubre de 2012, p. 0001-0390.](#)

ción de la indicada regulación. De esta manera, la Unión podría comprobar que la normativa instaurada, efectivamente, no impone obstáculos en el desarrollo de las políticas europeas, permitiendo la consecución de los objetivos finales o si, por el contrario, es necesario ejecutar ciertas modificaciones.

Las consultas públicas, consultas a los interesados, la evaluación *ex post* y las evaluaciones de impacto constituyen y representan herramientas adecuadas para la elaboración de dicho análisis complementario. Los aludidos instrumentos ayudan a la Unión para que conozca el verdadero impacto de sus políticas en las vidas de los ciudadanos y empresarios europeos, lo que, a su vez, impulsa el propósito de la Unión de acercar su postura a los ciudadanos y ser transparente en sus actuaciones.

Con todos estos aspectos en mente, en el año 2016 se adoptó un Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea², con el compromiso de mejorar la legislación por medio de iniciativas que hiciesen de esta una regulación comprensible y esclarecida para los ciudadanos, Administraciones públicas y empresas.

En este documento se establecían varios mecanismos para conseguir la mejora de la legislación. En este sentido, cabe resaltar los siguientes: evaluación de impacto, consultas públicas a los interesados y tratamiento de la información recibida, y, por último, evaluación *ex post* de la legislación vigente.

La evaluación de impacto era definida como una de las medidas que contribuían positivamente a la mejora de la legislación, al ser un instrumento que coadyuva a las instituciones en la toma de decisiones fundadas, sin sustituir las decisiones políticas.

Sin llegar a provocar retrasos en el procedimiento legislativo, debe incluir un estudio que abarque la posible existencia de un problema, valorando la necesidad de actuación por parte de la Unión, y las consecuencias que esta tendría. Además, debe señalar las alternativas en la finalización del problema con los costes y beneficios, tanto a largo como a corto plazo.

Estas evaluaciones estaban previstas para las iniciativas legislativas, no legislativas, actos delegados y medidas de ejecución con un impacto económico, medioambiental o social significativo, en el caso de la Comisión. En cambio, el Parlamento Europeo y el Consejo, únicamente, debían efectuar dichas evaluaciones en el proceso legislativo, cuando lo estimasen conveniente.

Por otra parte, se proponían –como hemos indicado– las consultas públicas a los interesados, así como el tratamiento de la información recibida. Estas consultas podían ser

² [Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación, de 13 de abril de 2016, DOUE L 123, de 12 de mayo de 2016.](#)

efectuadas por la Comisión, con anterioridad a la adopción de su propuesta, debiendo ser abiertas, transparentes y llevadas a cabo con un plazo suficiente que permitiese la mayor participación posible.

Los resultados de las consultas debían ser comunicados a los legisladores y hechos públicos, para que todos los participantes y aquellos que estuviesen interesados pudiesen consultarlos.

Finalmente, como ya se ha referido, se proponía la evaluación *ex post* de la legislación vigente. La Comisión afirmaba su decisión de informar al Parlamento Europeo y al Consejo de su planificación plurianual en relación con las evaluaciones, para las que se hubiere solicitado una valoración en profundidad en torno a ámbitos o actos legislativos específicos.

Estas evaluaciones, que presentan como claro objetivo revisar la eficiencia, eficacia, coherencia y pertinencia de la legislación, podían servir como base para la evaluación de impacto de otras opciones de actuación.

Ulteriormente, el acuerdo interinstitucional exponía la posibilidad de utilizar los actos delegados y de ejecución como instrumento en la mejora de la legislación, siempre y cuando estos fuesen usados de manera transparente y justificadamente. Semejante opción es debida al hecho de que los actos delegados y de ejecución contribuyen a la simplificación y actualización de la legislación, teniendo como consecuencia una aplicación eficiente y rápida.

El 24 de abril de 2021, la Comisión presentó una comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de Regiones sobre unir fuerzas para mejorar la legislación³.

Reafirmandose lo establecido en el acuerdo interinstitucional, la Comisión dispone que las políticas europeas tienen un impacto económico, social y medioambiental. Por consiguiente, es necesario, en la coyuntura actual de la crisis de la covid-19, asegurar que las acciones y medidas políticas adoptadas tengan resultados a favor en la recuperación y resiliencia de la Unión.

El propósito reseñado ha aumentado nuestro interés en la materia, lo que, a su vez, ha dado lugar al estudio que, en las siguientes páginas, se ha llevado a cabo acerca del contenido de dicha comunicación, así como también de los instrumentos que plantea la Unión en su objetivo de mejorar las políticas comunes.

³ [Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions «Better regulation: Joining forces to make better laws», COM\(2021\) 219 final, de 29 de abril de 2021.](#)

2. El principio de transparencia y la obtención de información

El principio de transparencia y el acceso a la información suelen ir asociados, siendo, incluso, el primero, en ocasiones, definido como el acceso público a la información, pese a ser fundamentos distintos, pero necesarios, en cualquier sociedad democrática.

La transparencia puede ser definida como el deber de los poderes públicos a dar explicaciones razonadas de sus actos, viéndose obligados por dicho principio, para que cualquiera tenga la información esencial que le permita comprender los motivos que llevaron a la institución a proceder de esa manera.

Tanto la transparencia como el acceso a la información, o acceso público a los documentos, están reconocidos como principios del derecho administrativo, que los ciudadanos pueden usar como instrumentos de control en casos de corrupción o en defensa de sus derechos frente a probables vulneraciones por parte de las instituciones.

Pese a que, desde los inicios de la Unión, en los tratados constitutivos ya se disponía la transparencia de las decisiones para que estas fuesen próximas y abiertas a los ciudadanos, puede advertirse que, en los últimos años, se ha podido constatar una explícita preponderancia de decisiones, adoptadas por parte de las instituciones, declarando la existencia y aplicabilidad estricta de dicho principio en tanto que una prioridad o, inclusive, apareciendo configurado como un derecho, en el artículo 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A nuestro entender, la situación descrita se debe al claro y determinante objetivo de la Unión de obtener la confianza de las personas, pudiendo observarse el hecho indicado en la declaración n.º 17, anexa al acta final del Tratado de la Unión Europea, o mediante el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴, que reconoce el derecho de acceso a la información de toda persona con residencia en un Estado miembro.

Ahora bien, aunque en los tratados –como decimos– se inserte y exponga la transparencia de las decisiones, consideramos adecuado que cualquier acto, ya sea legislativo o no legislativo, emanado de las instituciones tiene que estar recogido y protegido bajo el imperio de dicho principio, así como también del de acceso público a los documentos.

Es decir, las motivaciones, informaciones, consultas, así como cualquier documento que facilite las acciones y comprensión de los interesados o ciudadanos europeos, debería ser catalogado como de acceso público, convirtiéndose de este modo el aludido

⁴ [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE C 326 de 26 de octubre de 2012, p. 47/390](#), en futuras referencias, TFUE.

procedimiento en una forma muy positiva de favorecer la aproximación de las instituciones a la ciudadanía, al mismo tiempo que expresión y clara manifestación de un requisito capaz de conseguir asegurar que los ciudadanos tengan a su entera disposición todas las herramientas necesarias para conocer las políticas y decisiones de la Unión (Molina del Pozo, 2020).

La Comisión Europea ha dispuesto el principio de transparencia como uno de los encargados de regir sus actuaciones, aclarando que se debe entender por este, o como parte del mismo, el acceso a los documentos, registros de comités de comitología, grupos consultivos de expertos y de interés y, también, beneficiarios de la financiación de la Unión⁵.

En cambio, el Parlamento Europeo, siguiendo el tenor del artículo 15 del TFUE, considera el acceso público a los documentos como un componente de la política de transparencia de las instituciones europeas, con base en la cual, debe proporcionar visibilidad a su trabajo mediante un registro electrónico⁶.

Cuanto acabamos de exponer hasta este momento demuestra y pone de relieve el interés de las instituciones por hacer públicas sus actuaciones, con la evidente finalidad de acercar sus posturas a los ciudadanos y a su realidad diaria. Sin embargo, y en concordancia con la comunicación que en estas páginas estamos analizando, la transparencia y el acceso a los documentos pueden ser utilizados con el objetivo de mejorar las políticas comunes de la Unión Europea.

Las evidencias recogidas mediante la publicidad de las decisiones institucionales, las consultas públicas o las evaluaciones de impacto sirven para subrayar información que, en un principio, puede haber sido pasada por alto o que no ha sido apreciada, debido a la falta de tiempo suficiente para realizar un estudio pormenorizado. Es por ello que se propone la revisión de las políticas cuando estas hayan sido declaradas vigentes, dado que pudiera ocurrir que, tras años de llevarse a cabo su aplicación, se podrían apreciar factores y elementos que, a la hora de diseñar la política concreta en cuestión, no fueron tenidos en cuenta debidamente.

Asimismo, puede señalarse el hecho de que tanto el Comité de Regiones como el Comité Económico y Social Europeo, las autoridades nacionales y determinadas asociaciones representativas ejecutan el papel de intermediarios entre los ciudadanos y las instituciones, lo que ayuda, sin duda, a mantener la confianza de la ciudadanía en la Unión y, también, a que esta reciba las opiniones de los ciudadanos sobre sus políticas.

⁵ Comisión Europea. «Transparencia» <https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles/transparency_es>.

⁶ Parlamento Europeo. «Acceso público a los documentos» <<https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/es/transparency/public-access-to-documents>>.

El sistema actual de consulta pública incluye diferentes oportunidades de contribución en la realización de las políticas mediante periodos de reacciones o *feedbacks*, mapas de actuación o *roadmaps*, consultas para las propuestas o actos delegados. No obstante, este proceso puede resultar, en ocasiones, algo contraproducente, por ejemplo, si los interesados se encuentran con tiempo insuficiente para proceder con todas las aplicaciones posibles, o bien las mismas no son suficientemente claras, o incluso si no saben dónde deben acudir para expresar sus opiniones.

En consecuencia, podemos destacar que la Comisión propone, en la reiterada comunicación, la recopilación del conjunto de todos los instrumentos mencionados de consulta pública en el portal *Have Your Say* o *Díganos lo que Piensa*⁷, en español, combinando dos procesos, *feedbacks* y *roadmaps*, para reducir los trámites que los ciudadanos deben completar y, como resultado, el tiempo de espera para la obtención de la información por parte de las instituciones, así como de realización de los formularios por parte de los ciudadanos.

En dicho portal se publicarán las convocatorias de evidencias o *calls for evidence*, que consistirán en una descripción de la iniciativa y el enlace a la consulta pública en cualquier idioma oficial de la Unión, facilitando así la participación de cualquier ciudadano, que tendrá un plazo de 12 semanas para responder. Se unificarán las consultas y las evaluaciones de impacto en un único proceso, para, como comentábamos anteriormente, evitar que estas actividades de participación supongan una carga para los interesados o los ciudadanos.

Por consiguiente, el nuevo plan de revisión de las políticas incluye una evaluación a mitad del plazo establecido, con la finalidad de comprobar en la práctica si las propuestas adoptadas cumplen con los objetivos o si, por el contrario, será necesario hacer modificaciones.

Cabe destacar, asimismo, que las instituciones se comprometen, según se configura en la reseñada comunicación, a responder a las consultas realizadas en *Have Your Say*, mediante la publicación de un resumen, en un plazo de 8 semanas desde el cierre de esa consulta. Esto contribuirá a la continuación de la retroalimentación entre las instituciones y los ciudadanos o interesados, ya que estos podrán conocer y apreciar en qué medida las primeras han llegado a tener en cuenta sus opiniones manifestadas procedimentalmente.

Finalmente, y subrayando la importancia de la transparencia, la Comisión dispone que las instituciones deben mejorar el acceso a las evidencias que se han tenido en consideración en cada propuesta legislativa, para combatir la desinformación y hacer frente a los conflictos globales, como las *fake news*.

⁷ Puede consultarse el portal *Díganos lo que Piensa* en la siguiente dirección: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say_es>.

3. Instrumentos en la consecución de la mejora de las políticas comunes

Como se pone de manifiesto en la repetida comunicación que estamos examinando, la legislación europea tiene el objetivo, a largo plazo, de mejorar la vida de los ciudadanos y posibilitar la actuación de las empresas, por medio de mandatos concretos y positivos que sirvan para ayudar a hacer frente a desafíos actuales y futuros.

Cualquier normativa europea debe atravesar por un complicado proceso para su aprobación, dándose, generalmente, tres fases: primera, la presentación de proposiciones por parte de la comisión; segunda, la negociación entre las instituciones con objeto de lograr la adopción del acto legislativo final; y, tercera, la aplicación de la correspondiente disposición a nivel nacional, regional y local.

Sin embargo, y pese a la existencia de dicho proceso, por el cual se comprueba que lo dispuesto sea adecuado para la consecución de los objetivos específicos de la norma, puede advertirse que, en ciertas ocasiones, a la hora de su aplicación, es posible constatar que las decisiones adoptadas no eran suficientes o no se obtienen los resultados esperados.

En esas situaciones es necesaria una modificación de la normativa, por lo que la Comisión, a lo largo de los años, ha ido estudiando y poniendo en práctica distintas maneras para revisar la legislación y evitar así mantener como vigentes normativas que producen más cargas que beneficios. Con esa intención como primordial objetivo, puede destacarse la Comunicación de 15 de abril de 2019⁸, que tenía por finalidad revisar los esfuerzos de la institución detentadora del poder ejecutivo en el marco de la Unión Europea, y que resultó ser la antecesora de la comunicación que en estas páginas analizamos.

Finalmente, la Comisión llegó a aprobar el Programa de Mejora de la Legislación, con el cual se pretende relanzar una técnica de contrastación de datos, así como de elaboración de la legislación de forma más transparente, permitiendo, de esta manera, tener en cuenta la opinión de los interesados y el impacto de la legislación.

Es decir, podemos apreciar que el objetivo fundamental del referido programa consiste, básicamente, en añadir una última fase en el curso del relatado proceso de creación de normativas, el cual se va a manifestar contundentemente a través de la realización de una evaluación y revisión de las mencionadas fases, una vez que ya han sido aplicadas, para ver, verdaderamente, si son eficaces en el cumplimiento de sus reseñados propósitos.

⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Legislar mejor: haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso», COM (2019) 178 final, de 15 de abril de 2019.

La Comisión ha estado, desde el año 2002, desarrollando medidas que permitiesen la reducción de la posible carga que podrían introducir las nuevas normativas, pudiendo destacarse la configuración y existencia de los diversos instrumentos que, a continuación, nos ocuparemos de detallar.

Sin embargo, consideramos que, con anterioridad, convendría destacar la labor del Comité de Control Reglamentario como órgano independiente de la Comisión, encargado del asesoramiento y control de la calidad de las legislaciones, junto con el apoyo en la realización de las evaluaciones de impacto en las primeras fases del proceso legislativo.

Compuesto por siete miembros (un director general, tres altos funcionarios y tres expertos ajenos a la Comisión), presenta, de manera anual, un informe pormenorizado de sus actuaciones, analizando las prácticas y tendencias en la mejora de la legislación.

Asimismo, cuando realiza evaluaciones de impacto, así como evaluaciones de carácter general, debe presentar dictámenes o informes, que podrán ser favorables, negativos o, incluso, favorables con reservas, en el caso del primer control citado⁹.

3.1. Programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (REFIT)

El programa de adecuación y eficacia de la reglamentación, REFIT por sus siglas en inglés (*regulatory fitness and performance programme*), se estableció en el año 2012 con la finalidad de simplificar la normativa europea y reducir los costes considerados innecesarios, pero manteniendo las ventajas que la aludida normativa europea viene a manifestar como atractivo característico.

Este programa garantiza la aportación de beneficios de la legislación europea a los ciudadanos y empresas, reduciendo, a su vez, los costes y los trámites administrativos y burocráticos.

El REFIT permite a las autoridades nacionales y a los ciudadanos, así como a todos aquellos posibles interesados, participar en la mejora de la legislación por medio de la emisión de cualquier tipo de sugerencias acerca de la reducción de cargas reglamentarias y administrativas. Estas recomendaciones serán revisadas por la plataforma y la Comisión, lo que ayudará a analizar las repercusiones de la legislación y a procurar actuar en concordancia con el conjunto de los programas de trabajo anuales de la institución comunitaria.

Con carácter anual, la Comisión Europea publica el Cuadro de Indicadores REFIT, que implica la elaboración de un resumen general, en el que se recogen todos los cambios como consecuencia de la simplificación, ofreciendo así una visión global de los resultados, de acuerdo con

⁹ Comisión Europea. «Comité de Control Reglamentario» <https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_es>.

las prioridades políticas, y mostrando, en aplicación del principio de transparencia, cómo se han tenido en cuenta las aportaciones de la plataforma REFIT, es decir, las iniciativas ciudadanas¹⁰.

Pese a que la revisión correspondiente al año 2020 todavía no ha sido publicada, se sabe que incluye 44 nuevas iniciativas, gracias al programa REFIT. Para entender mejor el funcionamiento de este programa, vamos a analizar, brevemente, a título de ejemplo, el Estudio Anual de las Cargas del año 2019, publicado en 2020¹¹.

En dicho documento se dispone que la responsabilidad por el programa REFIT es compartida por la Comisión, las instituciones colegisladoras, es decir, el Parlamento Europeo y el Consejo, así como por los Estados miembros. Esto se debe a que el resultado positivo de la simplificación, llevada a cabo por la Comisión, dependerá tanto de las negociaciones realizadas por las instituciones colegisladoras, como de la aplicación acometida por parte de las autoridades administrativas de los Estados miembros.

Menciona dos mecanismos parte del programa, que nos permiten vigilar los cambios producidos en las políticas, como consecuencia de la descomposición y la reducción de las cargas. Se trata, por una parte, del ya conocido Estudio Anual de Cargas o *Annual Burden Survey* y, por otra, del también indicado Marcador REFIT o *REFIT Scoreboard*.

Debido al cambio de legislatura, durante el año de análisis de este estudio, la Comisión realizó varias evaluaciones, con el objetivo de identificar posibles modificaciones de cargas. Se pudieron cuantificar 31 iniciativas de reducción y simplificación adoptadas, 14 evaluaciones terminadas y 79 iniciativas y evaluaciones en estudio, tratándose en todas las ocasiones descritas de ámbitos de materias muy diversas, como la política digital, energética, financiera, etc.

La Comisión se comprometió ese año a elaborar las evaluaciones, teniendo muy en cuenta los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Anteriormente, la Comisión había presentado una comunicación¹² sobre el uso de dichos principios en la elaboración de las políticas europeas.

En el caso del principio de subsidiariedad, se proponía la interacción con los parlamentos nacionales, transmitiéndose desde la Comisión las propuestas de actos legislativos, para aproximar la Unión a los ciudadanos, dado que estos poseen la habilitación para controlar la subsidiariedad.

¹⁰ Comisión Europea. «REFIT - Simplificar y abaratar la legislación de la UE» <https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-less-costly-and-future-proof_es>.

¹¹ Comisión Europea. «The European Union's efforts to simplify legislation» <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/annual_burden_survey_2019_4_digital.pdf>.

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, «Principios de subsidiariedad y proporcionalidad: reforzar su función en la elaboración de las políticas de la UE», COM (2018) 703 final, de 23 de octubre de 2018.

La Comisión entiende que el principio de subsidiariedad, en relación con la mejora de la legislación, significa que se debe identificar el nivel de gobernanza, ya sea europeo, nacional, regional o local, adecuado para la elaboración y, consiguiente, aplicación de la normativa, al presentar mayores ventajas en dichos procesos para la ciudadanía.

En cambio, el principio de proporcionalidad requiere que la Unión actúe de conformidad con los objetivos establecidos, sin suponer un exceso, por lo que es necesario revisar las políticas para reducir las cargas financieras o administrativas que recaigan sobre cualquier nivel de gobernanza o sobre los propios ciudadanos.

Asimismo, se aborda la introducción de la conocida como estrategia *one in, one out*, y también de la plataforma Preparados para el Futuro, de la cual, por cierto, nos ocuparemos en las siguientes páginas, como complemento del programa REFIT.

Continuando con las funcionalidades de la plataforma REFIT, el estudio señala que el objetivo principal, desde su instauración en 2015, ha sido otorgar opiniones a la Comisión sobre posibles mejoras en la regulación vigente, basándose en las informaciones dadas por los ciudadanos, organizaciones sociales civiles y empresas.

Es conveniente precisar que la actividad de la plataforma encuentra su sustento sobre la base de tres principios: 1) transparencia: todos los documentos de cualquier grupo, ocupado en el desarrollo del programa, deben ser de conocimiento público; 2) inclusión: el trabajo realizado por los expertos debe tener fundamento en informaciones proporcionadas por todos los interesados; y, 3) receptividad: al ser necesario que todas las sugerencias reciban respuesta para que exista realmente una continua comunicación entre la Unión, por un lado, y los ciudadanos y las empresas, por el otro lado.

En consecuencia, podemos apreciar que, durante todo el periodo de aplicación del programa, la plataforma ha recibido 758 sugerencias, de las cuales 151 han sido contestadas mediante la adopción de una opinión, 151 fueron eliminadas por los usuarios, 447 recibieron una respuesta directa y 9 fueron consideradas inadecuadas por el contenido. Cabe destacar, asimismo, que la política que más sugerencias ha obtenido y en la que más opiniones se han adoptado ha sido, con una gran diferencia, la política agrícola.

3.2. La estrategia *one in, one out*

Esta estrategia, propuesta en el año 2021 por la presidenta Von der Leyen¹³, complementa al programa REFIT, dado que se centrará en la acumulación de cargas en los ciuda-

¹³ [Communication from the President to the Commission, «The Working Methods of the European Commission», P \(2019\) 2, Brussels, 1 de diciembre de 2019.](#)

danos y empresas. Deberá compensar las nuevas cargas impuestas mediante la reducción de una anterior carga que sea equivalente a escala europea.

De esta forma, la Unión conseguirá equilibrar el hacinamiento de las cargas en cada política, con la finalidad de eliminar todos los gravámenes que se consideren innecesarios para los ciudadanos y para las empresas europeas, tanto por parte de la normativa existente como de otra posible y diferente nueva normativa.

Este tipo de estrategias, como se reseña en la comunicación de la Comisión, obliga a mantener la vista en la implementación de las políticas, ayudando a reforzar la realización de la legislación, conseguir los objetivos específicos de cada política y atender a cómo queremos alcanzar los objetivos.

Por ejemplo, la digitalización puede servir para simplificar ciertas políticas, ya que nos permitirá lograr las metas de manera más eficaz, sin elevar en niveles desmedidos los costes de implementación. Como resultado, se reducen de manera ostensible las cargas impuestas, al mismo tiempo que se mejora la calidad de la legislación, siendo esta, por consiguiente, más eficaz en la consecución de los objetivos.

Ahora bien, la aplicación de la estrategia *one in, one out* no puede ser mecánica, sino que debe consistir en decisiones individualizadas, tras la realización de estudios pormenorizados que permitan determinar cuál es la opción más eficaz. Para ello, se llevará a cabo un estudio anual de la implementación de esta estrategia, que se publicará junto al Estudio Anual de las Cargas del Programa REFIT.

Con todo lo expresado anteriormente, podemos afirmar que el cambio que plantea llevar a término la Comisión comporta la exigencia de realizar un análisis específico que estudie si los beneficios de cada política, al ser esta aplicada, son superiores a los costes, dado que, en el supuesto de ser la respuesta positiva, se podría considerar que, en ese caso individual, existe una legislación eficaz y no serían necesarios cambios.

No obstante, si el resultado del balance resultase ser en favor de la producción de mayores costes que beneficios, entonces se podría considerar que dicha política no es eficaz y requiere de una modificación que tienda a simplificar su uso y acceso, por parte de los ciudadanos y las empresas de la Unión.

Para facilitar la identificación de cargas que deben desaparecer, *one out*, existirá una flexibilización, manifestándose tres posibles soluciones. En primer lugar, será viable fichar esa carga en el programa anual del año siguiente.

En segundo lugar, en casos en los que la Comisión incluya una carga en una política y no encuentre cargas que se puedan eliminar en esa misma política, se dará la posibilidad de eliminar el gravamen de otra política, dándose así una conmutación.

Y, por último, podrán darse exenciones en circunstancias especiales, entendiéndose por las mismas aquellos casos en los que hay una voluntad política de eliminar una carga, pero no se llega a identificar ninguna en concreto, pudiendo así la Comisión determinar la exención de la legislación de esta estrategia.

3.3. Plataforma Preparados para el Futuro (F4F)

La plataforma Preparados para el Futuro, F4F por sus siglas en inglés (*Fit for Future*), está formada por un grupo de expertos, encargados de ayudar a la Comisión en su intento de simplificar la legislación europea y reducir los costes innecesarios.

Utilizando la experiencia otorgada por la plataforma REFIT, el objetivo de la Comisión con la plataforma F4F consiste en aumentar los beneficios de los ciudadanos y de las empresas, sobre todo las pymes.

Para ello, el grupo de expertos deberá examinar la eficacia de las leyes para alcanzar los objetivos, a la vez que se hace frente al conjunto de los desafíos actuales, como la digitalización, y efectuar unos dictámenes o informes. Estos documentos serán usados por la Comisión en sus modificaciones de la legislación, con el propósito de afirmar que esta no suponga obstáculos para los ciudadanos y las empresas europeas.

Actualmente, la plataforma F4F está dirigida por el vicepresidente de la Comisión encargado para las relaciones interinstitucionales y prospectiva, que debe centrarse en los temas destacados del programa de trabajos anual, al objeto de reunir datos y pruebas que justifiquen los dictámenes o informes que, más tarde, deberá presentar a la Comisión.

Asimismo, pueden ser miembros de la plataforma los representantes de las autoridades nacionales, regionales o locales de los Estados miembros, del Comité de las Regiones, del Comité Económico y Social Europeo y de las partes interesadas y representantes de empresas y organizaciones no gubernamentales. Esto hace necesario que el grupo de expertos que configura la plataforma se divida en dos, por una parte, el grupo gubernamental, con los representantes de los Estados miembros y el Comité de las Regiones, y, de otra parte, el grupo de partes interesadas, formado por expertos en mejora de la legislación, empresas, organizaciones no gubernamentales y el Comité Económico y Social Europeo¹⁴.

Finalmente, vamos a analizar el Programa de Trabajo Anual correspondiente al año 2021¹⁵. En el mismo, se destaca el uso de la plataforma F4F para asegurar una respuesta adecua-

¹⁴ Comisión Europea. «Plataforma «Preparados para el Futuro» (F4F)» <https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-law-simpler-less-costly-and-future-proof/fit-future-platform-f4f_es>.

¹⁵ Comisión Europea. «2021 Annual Work Programme: Fit for Future Platform» <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2021_annual_work_programme_fit_for_future_platform_en.pdf>.

da a la crisis de la covid-19, que ha afectado de forma distinta a los sectores y empresas de la economía y sociedad europeas, sin imponer mayores cargas. Con la consecución de dicho objetivo en el horizonte, se disponen varias prioridades. Así, en este mismo sentido, podemos poner de relieve lo que sigue a continuación.

La primera de las preponderancias es la digitalización, como parte de la doble transformación, que representa una de las mayores ambiciones de la Comisión para lograr implementar en el futuro, al permitir la reducción de la complejidad en la legislación.

Ahora bien, para que la digitalización pueda servir como política que coadyuve en la aplicación del resto de políticas europeas, es necesario colaborar con las empresas en la aplicación de soluciones digitales y en la modernización y conectividad, dado que, en caso contrario, sería una solución contraproducente.

La segunda prioridad consiste en la articulación de un sistema de etiquetado eficaz, la propia autorización y las obligaciones de notificación. El mantenimiento de estos aspectos esenciales de la administración y la protección social, del consumidor y del medioambiente, son necesarios para la completa recuperación de la crisis actual.

La plataforma F4F deberá dar con la manera más eficaz de reducir las disparidades entre los Estados miembros, minimizando los procesos administrativos, pero consolidando la protección de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones.

La tercera y última prioridad viene constituida por la simplificación de la legislación europea, ya que la existencia de las distintas normativas, en muchas ocasiones, puede producir solapamientos en ciertas áreas, creando dificultades e inconsistencias para los ciudadanos y las empresas. La simplificación puede dar lugar a la implantación de un más elevado grado de seguridad y claridad en la normativa, todo lo cual sirve para estimular y promover la participación de ciudadanos y empresas, sobre todo pymes que, en otras circunstancias, decidirían limitarse al ámbito de actuación nacional.

4. Conclusiones

Las intenciones de la Comisión para mejorar las políticas han quedado reseñadas, a lo largo de los años, por las diversas acciones e instrumentos que la propia institución comunitaria ha ido adoptando al objeto de conseguir dicha finalidad.

No obstante, la pandemia provocada por la covid-19, y consiguiente crisis sanitaria, económica y social, ha puesto de relieve la necesidad de diseñar las políticas, hoy en día, con la vista puesta en el horizonte del futuro, para aumentar la resiliencia europea y hacer frente a las posibles y venideras crisis, ya sean sanitarias, económicas, sociales o políticas.

Esto, asimismo, nos proporcionará las herramientas necesarias para atestiguar, a la hora de elaborar y adoptar la política, que esta vaya a ser adecuada para su inserción e implementación en los próximos años, siguiendo, en todo momento, los objetivos de la Unión. El acompañamiento de las evaluaciones, mientras continúe estando vigente, permitirá aseverar el correcto funcionamiento de la normativa, así como su aplicación, o la necesidad de realizar cambios con el propósito de mejorar dicha legislación y, en consecuencia, la vida de los ciudadanos europeos o las actuaciones de las empresas.

Los instrumentos instaurados por la Comisión con el propósito de mejorar la legislación, hasta el momento, han demostrado su utilidad, al reducir cargas, tanto administrativas como fiscales, y al acercar las políticas europeas a los ciudadanos.

En ese mismo sentido, el principio típico del derecho administrativo cual es el de transparencia, se nos antoja que resulta ser de necesaria aplicación, otorgando a la Unión la capacidad para dar publicidad de sus actuaciones y decisiones, lo que, a su vez, posibilita la aproximación de esta a la ciudadanía y evita la proliferación de las temidas *fake news*.

Cabe destacar la estrategia *one in, one out* y su propósito de hacer un balance en la acumulación de cargas que soportan las empresas y ciudadanos europeos. Esto plantea una ayuda en las intervenciones, lo que llevará a un allanamiento del camino para que, por ejemplo, las pymes, debido a sus reducidos niveles de beneficios en comparación a otras empresas, tengan más posibilidades de expandir su ámbito de actuación, llegando sin dificultades a otros países.

En concordancia con lo expuesto hasta el momento, puede afirmarse que no resulta absolutamente necesario que se produzca un cambio radical en la forma de adopción, tanto de la nueva legislación como de la mejora de la ya vigente, con la finalidad de hacer frente a crisis de cualquier tipo que en el futuro estén por venir o se puedan producir. Para aumentar la resiliencia europea, las instituciones deben continuar empleando las herramientas creadas para la mejora de las legislaciones, como las evaluaciones de impacto y las consultas públicas por medio las plataformas desarrolladas para ello.

Ahora bien, estas revisiones, para ser efectivas y no retrasar la adopción de nueva normativa, deberán darse en dos momentos distintos del proceso de creación: en primer lugar, con anterioridad a la aprobación de la propuesta de normativa, para conocer los posibles efectos y el impacto que esta tendría en la actuación de la ciudadanía, empresas y organizaciones; y, en segundo lugar, tras llevar la norma un tiempo vigente, con la finalidad de comprobar si las acciones recogidas son suficientes para alcanzar los objetivos o si, por el contrario, debe darse una modificación.

La primera evaluación deberá consistir en la realización de un análisis específico del impacto, con datos que los expertos hayan podido conseguir mediante el estudio del contexto o por la aportación ciudadana por medio de las plataformas de consulta pública. Asi-



mismo, deberá investigarse sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad en ese determinado caso.

En cambio, el segundo examen, es decir, estando la normativa ya vigente, deberá ser más pormenorizado, de manera que se pueda llegar a reunir un dossier con todas las consecuencias que la aplicación de dicha norma ha tenido y han podido ser constatadas, lo que nos permitirá observar, al mismo tiempo que apreciar, si esta es eficaz o si parece conveniente y necesaria la inclusión de determinadas modificaciones.

Referencias bibliográficas

Molina del Pozo, C. F. (2020). La necesidad de aplicación del principio de transparencia en la puesta en práctica del Acuerdo

UE-MERCOSUR. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 16, 249-267.

Aspectos civiles y fiscales de la aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales

Adelaida Medrano Aranguren

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

Extracto

En este caso, la cuestión jurídica que se trae a colación es la referida a si la aportación de bienes inmuebles privativos por parte de un cónyuge a la sociedad de gananciales está no sujeta a la tributación del impuesto sobre donaciones; dicha operación no puede ser calificada de donación, en tanto que no es el otro cónyuge el destinatario del acto de disposición, sino el patrimonio separado que constituye la comunidad de gananciales. Esta aportación no produce enriquecimiento alguno en el patrimonio del otro cónyuge, ni menos aún que deba ser cuantificado en el 50 % del valor del bien, pues siendo la sociedad de gananciales una comunidad de tipo germánico, de la que cada cónyuge es cotitular del patrimonio ganancial sin asignación de cuotas, solo será a la disolución de la sociedad cuando se atribuye por mitad entre los cónyuges las ganancias o beneficios resultantes del caudal común, para el caso de que los hubiere. Es por ello que este tipo de operación está exenta del pago de impuestos.

Palabras clave: sociedad de gananciales; bien privativo; donación; impuesto sobre donaciones.

Fecha de entrada: 14-09-2021 / Fecha de aceptación: 28-09-2021

Enunciado

Pepe y sus hermanos han repartido ante notario la herencia de sus padres, y a Pepe se le ha adjudicado un local y una plaza de garaje. Pepe quiere aportar ambos inmuebles a su sociedad de gananciales, la que tiene constituida con Manuela, su cónyuge.

Tiene dudas de si debe pagar algún impuesto por esta operación, en concreto, si debe pagar el impuesto sobre donaciones, ya que le ha dicho su asesor fiscal que no estamos ante una donación en este acto de aportación.

Informemos sobre la cuestión en función de la naturaleza jurídica civil de este negocio constituido ante notario.

Cuestiones planteadas:

- Naturaleza jurídica civil de la aportación de bienes inmuebles privativos a la sociedad de gananciales.
- Aspectos fiscales de la cuestión a efectos del impuesto sobre donaciones y del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Se hace imprescindible encuadrar justamente el debate suscitado, refiriéndose a otros pronunciamientos judiciales, sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales.

Efectivamente, se considera que la sociedad de gananciales se configura en nuestro ordenamiento jurídico como una comunidad en mano común o germánica; no existen, por tanto, cuotas, ni sobre los concretos bienes gananciales conformadores del patrimonio conjunto, ni sobre este; esto es, los cónyuges no son dueños de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos son titulares conjuntamente del patrimonio ganancial, globalmente. Existe, pues, un patrimonio ganancial de titularidad compartida por los cónyuges, que carece de personalidad jurídica, no es sujeto, sino objeto del derecho; constituye un patrimonio separado distinto del patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges, y que funciona como un régimen de comunidad de adquisiciones.

Por ello, cuando, se produce una aportación de un bien a favor de la sociedad de gananciales, no se produce la copropiedad del bien entre los cónyuges sobre una cuota determinada, no existe un proindiviso, sino que ambos cónyuges son titulares del total.

La aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales puede ser gratuita y onerosa. En el primer caso se integra en el activo de la sociedad de gananciales. En el segundo, nace un crédito a favor del aportante frente a la sociedad de gananciales, conservando su derecho al reintegro al momento de su liquidación.

Interesa ahora destacar, por lo que luego se dirá y su relevancia en el ámbito fiscal, que la aportación gratuita de bienes privativos a la sociedad de gananciales en modo alguno constituye una donación al otro cónyuge, sino que la destinataria del acto de disposición, la beneficiaria de la aportación, es la sociedad de gananciales, esto es, el patrimonio separado que es la comunidad de gananciales. Ha de rechazarse, pues, que la aportación se haga a favor de persona física alguna; la aportación de un bien privativo realizada a favor del otro cónyuge constituye un negocio jurídico completamente distinto del que nos ocupa. No es, por tanto, un negocio entre los cónyuges; el bien aportado no llega a formar parte del patrimonio privativo del otro cónyuge –sin perjuicio del resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales, y el posible beneficio indirecto fruto de la aportación–; es erróneo, por tanto, entender que el bien privativo aportado a la sociedad de gananciales pasa a ser copropiedad de ambos cónyuges.

La aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales, que analizamos, se configura como un negocio jurídico atípico en el ámbito del derecho de familia, que tiene una causa propia, distinta de los negocios jurídicos habituales traslativos del dominio, conocida como *causa matrimonii*, en la que cabe distinguir como nota diferencial de aquellos negocios su peculiar régimen de afección, en tanto que a los bienes gananciales se le so-

mete a un régimen especial respecto a su administración, disposición, cargas, responsabilidades y liquidación.

Parafraseando a la Sala Primera de este Tribunal Supremo, Sentencia de 3 de diciembre de 2015, cuando se refiere a la aportación gratuita de bienes privativos a la sociedad de gananciales, puede decirse que no todo acto de liberalidad comporta una donación en sentido estricto, en estos casos no se trata de una transmisión patrimonial de la propiedad realizada de forma gratuita por un sujeto a otro, sino –incluso descartada la causa onerosa– de la aportación por uno de los miembros de la sociedad de gananciales a dicha sociedad –de tipo germánico y sin distribución por cuotas– de un bien de su propiedad por razón de liberalidad que ha de insertarse en las especiales relaciones del derecho de familia y, en concreto, de las nacidas de la institución matrimonial; esto es, la nota predominante no es tanto la mera liberalidad, sino ampliar el patrimonio separado que conforma la sociedad de gananciales para procurar más satisfactoriamente las necesidades familiares.

Desde la perspectiva del derecho civil, la aportación gratuita de un bien privativo a la sociedad de gananciales es un negocio atípico del derecho de familia que da lugar a un desplazamiento patrimonial y correlativa adquisición, y cuyo rasgo característico y definidor, en lo que ahora interesa, es su gratuidad. A falta de un tratamiento singular de la figura en las normas tributarias, visto que no estamos ante un negocio jurídico oneroso, que es la nota que caracteriza a las transmisiones patrimoniales sujetas al ITP, artículo 7.1.A del Real Decreto Legislativo 1/1993, «son transmisiones patrimoniales sujetas: A) Las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas», y se trata, por tanto, de un supuesto no contemplado, ni sujeto, en este gravamen, tiene su encaje, en principio y sin perjuicio de lo que a continuación decimos, en «cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, *inter vivos*, que constituye uno de los hechos imposables del impuesto sobre sucesiones y donaciones, art. 3.1.b) de la Ley 29/1987».

Analizada la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, y conceptuada como patrimonio separado, carece la misma de personalidad jurídica.

El impuesto sobre sucesiones y donaciones se autodefine como impuesto directo y subjetivo, cuyo objeto es gravar los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo por personas físicas. Así se destaca en la exposición de motivos de la ley: «El impuesto de sucesiones y donaciones cierra el marco de la imposición directa, con el carácter de tributo complementario del impuesto sobre la renta de las personas físicas; grava las adquisiciones gratuitas de las personas físicas y su naturaleza directa», y así se presenta en su artículo 1: «El impuesto sobre sucesiones y donaciones, de naturaleza directa y subjetiva, grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas, en los términos previstos en la presente ley».

Conforme al principio de legalidad, reserva de ley que prevé el artículo 8 c) de la LGT, debe determinarse por ley los obligados tributarios. Ya se ha dicho que el impuesto sobre

sucesiones y donaciones posee carácter personal, por lo que, en principio, dada la relación entre el sujeto pasivo con el presupuesto objetivo, esto es, la adquisición del sujeto pasivo del bien objeto de la transmisión lucrativa, legalmente circunscrito a las personas físicas, la sociedad de gananciales, como patrimonio separado, no puede ser sujeto pasivo del impuesto; pues legalmente, con la matización que a continuación se hace, el sujeto pasivo del impuesto debe ser una persona física; se excluye tanto a las personas jurídicas, como a los entes sin personalidad, por lo que en principio la sociedad de gananciales, como patrimonio separado, que carece de personalidad jurídica, no puede ser sujeto pasivo del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

El artículo 35.4 de la LGT considera que además de los obligados tributarios que contempla el apartado 2, tendrán la consideración de obligados tributarios «las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición», si bien lo supedita a que una norma con rango de ley así lo prevea expresamente. En el caso que nos ocupa, ni norma especial al efecto, ni la ley del impuesto, que sí prevé supuestos en los que se recogen instituciones a las que se les otorga dicha condición de forma indirecta o más compleja, así en supuestos de sustituciones hereditarias, fideicomisos, reservas o repudiaciones de las herencias, por ejemplo, en cambio nada se prevé respecto de sociedades de gananciales o, más extensamente, respecto de patrimonios separados. Por lo que la sociedad de gananciales, adquirente y beneficiaria del bien privativo aportado gratuitamente por uno de los cónyuges, no puede ser sujeto de gravamen por el impuesto sobre donaciones.

De lo dicho anteriormente se desprende que la aportación a título gratuito por un cónyuge de un bien privativo a su sociedad de gananciales no se encuentra sujeta al ITPAJD, ni puede ser sometida a gravamen por el impuesto sobre donaciones la sociedad de gananciales, como patrimonio separado, en tanto que solo pueden serlo las personas físicas y aquellas instituciones o entes que especialmente se prevea legalmente, sin que exista norma al efecto respecto de la sociedades de gananciales, y sin que quepa confundir la operación que nos ocupa, en la que el beneficiario es la sociedad de gananciales, con la aportación a título gratuito por un cónyuge de un bien privativo a favor del otro cónyuge.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 58/2003 (LGT), arts. 8 c) y 35.4.
- Ley 29/1987 (impuesto sobre sucesiones y donaciones), art. 3.1 b).
- Real Decreto Legislativo 1/1993 (Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados), art. 7.1 a).
- STS, Sala 3.^a, de 2 de octubre de 2001.

- STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de octubre de 2018.
- STSJ de Cantabria de 27 de diciembre de 2018.
- Consulta V0586-2008 de la Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasa y Precios Públicos.

Responsabilidad de entidad aseguradora de asistencia sanitaria por mala praxis de médico productora de daños y perjuicios

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

La legitimación pasiva de las entidades aseguradoras resulta evidente, al estar ante prestaciones que resultan del contrato de seguro, contrato que no se limita a cubrir los daños que se le producen al asegurado cuando tiene que asumir los costes para el restablecimiento de su salud, sino que se dirige a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas, conforme resulta del artículo 105 de la Ley del contrato de seguro, cuya redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de una reiterada jurisprudencia de esta sala sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras, con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad.

Palabras clave: contrato de seguros; responsabilidad sanitaria; error médico; responsabilidad de aseguradoras.

Fecha de entrada: 09-09-2021 / Fecha de aceptación: 27-09-2021

Enunciado

En una ciudad una mujer que está embarazada, en unión de su esposo, y de conformidad con la póliza de seguros, va al centro médico para ser atendida en el parto por un médico de los recogidos en su póliza. Como consecuencia del parto, de acuerdo con el seguro de salud suscrito, sufre determinados daños y perjuicios. Los padres se dirigen a la aseguradora, que manifiesta no tener ningún tipo de responsabilidad, y deciden entablar acciones legales contra la aseguradora, solicitando una indemnización de daños y perjuicios, más los intereses correspondientes, presentando a esos efectos el letrado designado por ellos la demanda correspondiente, reclamando la cantidad de 12.000 euros.

Cuestiones planteadas:

1. Responsabilidad de la entidad aseguradora de asistencia sanitaria: legitimación pasiva de la aseguradora.
2. Conclusión.

Solución

1. Responsabilidad de la entidad aseguradora de asistencia sanitaria: legitimación pasiva de la aseguradora

El caso que se propone se corresponde con cuestiones que se plantean en la vida diaria y que se refieren a los daños y perjuicios derivados de la actuación de los médicos que figuran en cuadros médicos de la entidades aseguradoras de asistencia médica; en ocasiones no supondrán nada más que quejas que resolverá la entidad, pero en otras ocasiones esos daños y perjuicios, por su importancia y ante la oposición de la entidad aseguradora de asistencia sanitaria frente a la solicitud, obliga a acudir a los tribunales de justicia.

En el caso que se propone, la existencia de unos daños y perjuicios derivados de una actuación médica, concretamente durante un parto que provoca daños y perjuicios en el nacido, obliga a los padres de la menor a tratar de ser resarcidos mediante el ejercicio de una acción judicial, para conseguir una indemnización de daños y perjuicios, así como los intereses correspondientes mediante la correspondiente acción a través de un juicio ordinario, pudiendo aplicarse, entre otros, los artículos 105 y 106 de la Ley 50/1980 del contrato de seguro (LCS), así como los artículos 1.902, 1.903 y 1.101 del Código Civil (CC).

En los juzgados de 1.^a instancia y en las audiencias provinciales, en muchas ocasiones se han desestimado esas demandas, entendiendo que las entidades aseguradoras se limitan a poner a disposición de los clientes los centros médicos y el cuadro de médicos especialistas, entre los que pueden elegir libremente.

Inicialmente debe mencionarse el artículo 105 de la LCS, que dispone que cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias –sigue diciendo el artículo 106 de la mencionada ley– que «los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria quedarán sometidos a las normas contenidas en la sección anterior en cuanto sean compatibles con este tipo de seguros».

Para resolver la cuestión de la legitimación pasiva de la aseguradora de la asistencia sanitaria, de acuerdo con la STS de 6 de febrero de 2018, se recoge que la jurisprudencia de esta sala no imputa automáticamente responsabilidad a las entidades aseguradoras de la asistencia médica, como se ha sostenido por alguna doctrina. Y la sentencia 1242/2007, de 4 de diciembre, establece las bases o criterios doctrinales que se han ido reiterando en posteriores sentencias y que no son más que la concreción de los criterios con que ha sido reconocida o rechazada, alternativa o combinadamente, en la jurisprudencia de esta sala, esa legitimación en atención a las circunstancias de cada caso.

Lo que tiene relación con un aspecto indudablemente controvertido en la doctrina y en la solución de algunas audiencias provinciales sobre la delimitación del contenido de la prestación de la aseguradora es si el objeto del seguro de asistencia sanitaria se extiende a asegurar el daño cuya causa es la mala práctica profesional médica o si esa asunción directa del servicio, a que se refiere el artículo 105 de la LCS, se limita a la actividad de organización, financiación y provisión, pero no al acto médico, cumpliendo la aseguradora con contratar a profesionales con la titulación y conocimientos necesarios para el ejercicio de la profesión médico-sanitaria, y poner a cargo de estos profesionales la salud del paciente, y todo ello en atención a la forma en que se prestan estos servicios sanitarios, y el control que sobre los mismos tiene la aseguradora, teniendo en cuenta que el artículo 105 de la LCS establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de

enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que «el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos».

Sin perjuicio de delimitar los artículos de la LCS, su redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de una reiterada jurisprudencia de esta sala sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad.

De lo mencionado se infiere que la doctrina jurisprudencial aplicable sería la que niega la legitimación pasiva de la aseguradora, al entender que ninguna influencia tiene la aseguradora en la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, siendo cierto que en la práctica las entidades aseguradoras se reservan la inspección de niveles de calidad, la implantación de protocolos y guías clínicas, y los centros hospitalarios se comprometen a implementar los procesos de mejora implantados.

La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por mala praxis de los médicos o del personal sanitario o de los centros médicos, tal y como señala la Sentencia de 4 de diciembre de 2007, ha venido reconociéndose o rechazándose por la jurisprudencia de esta sala en función de diversos criterios aplicados, alternativa o combinadamente, en atención a las circunstancias de cada caso:

- Responsabilidad por hecho ajeno dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 del CC. La existencia de una relación de dependencia no parece ofrecer duda en aquellos supuestos en los cuales la relación de los médicos con la aseguradora de asistencia médica es una relación de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios entre la entidad aseguradora y el prestador sanitario, según la califica habitualmente la jurisprudencia (SSTS de 12 de febrero de 1990 y 10 de noviembre de 1999). El hecho de que los facultativos presten sus servicios con total libertad de criterio, de acuerdo con sus conocimientos científicos y técnicos, sin interferencias de las aseguradoras, supone que en principio responden por sí mismos –siempre que reúna las cualidades adecuadas y por ello deban estimarse correctamente seleccionados por parte del empresario; y siempre que este no ejerza una función de control sobre su actividad–, por lo que alguna de estas sentencias contempla algún elemento adicional, como el hecho de la elección directa del médico por la aseguradora.
- Responsabilidad derivada de naturaleza contractual que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, basada normalmente

en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004 y 17 de noviembre de 2004), con apoyo en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas e iguales no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica, y en el hecho de que el artículo 105 de la LCS establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que «el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos».

- Responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores (STS de 2 de noviembre de 1999: el seguro se contrató en atención a la garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial, y también en la STS de 4 de octubre de 2004, en la que se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo). En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a esta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultas del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando parece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora, y sin perjuicio de la acción de regreso de esta contra su auxiliar contractual.

- Responsabilidad derivada de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación (STS de 2 de noviembre de 1999). Este tipo de responsabilidad opera en el marco de la relación contractual determinante de una responsabilidad directa de la aseguradora, pero no es infrecuente la referencia a las disposiciones del CC que regulan la responsabilidad por hecho de otro en el marco de la extracontractual. La sentencia de 21 de junio de 2006 parte del hecho de que la comadrona estaba incluida en el cuadro facultativo de la aseguradora, y otras, más numerosas, de las audiencias provinciales, suelen considerar suficiente la inclusión del facultativo en el cuadro médico de la aseguradora para inferir la existencia de responsabilidad por parte de esta derivada de la culpa *in eligendo*. Resulta indudable que el examen de las circunstancias de cada caso concreto es ineludible para concretar si la inclusión en el cuadro médico comporta el establecimiento de una relación de dependencia o auxilio contractual con la aseguradora.

- Responsabilidad en aplicación de la Ley de consumidores y usuarios (arts. 26 y 28, en la redacción anterior al Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004, 5 de enero de 2007 y 26 de abril de 2007).

En el caso enjuiciado, pese a la aparente contradicción denunciada en la argumentación del motivo, la sentencia recurrida parte de un doble planteamiento de responsabilidad contractual y extracontractual, pues aun reconociendo que la demandante acciona con base en los artículos 1902 y 1903 del CC, entiende que lo correcto hubiese sido casualizarla bajo la responsabilidad contractual, porque esa es la relación que surge del contrato de seguro de asistencia sanitaria entre el demandante y la demandada. Las prestaciones del contrato de seguro de asistencia sanitaria no se limitan a facilitar los servicios sanitarios a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas. El artículo 105 de la LCS le da un carácter más amplio, diferenciándolo del seguro de enfermedad al señalar que «si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan».

Ahora bien, y así lo dice la recurrida, este carácter netamente contractual no supone confusión alguna de los ámbitos de la responsabilidad. «Se hacen con un solo designio: dejar claro que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio, a los efectos de la diligencia exigible en los ámbitos de la culpa extracontractual en la que nos movemos».

De esa forma, se llega a la condena por vía del artículo 1903 del CC a partir de la existencia de una relación de dependencia entre la sociedad de seguros y la enfermera demandada, que no es de carácter laboral directa, puesto que no es contratada laboral de plantilla de la entidad, sino indirecta por razón del concierto con la clínica donde dicha señora presta sus servicios, ya que la función del asegurador «no es la de facilitar cuadros médicos, clínicas, enfermeras, o centros de diagnóstico mencionados en sus cuadros clínicos, sino la de asumir directamente la prestación del servicio, y garantizar la corrección, e idoneidad de los medios personales y materiales empleados»; argumento que sería suficiente para establecer la responsabilidad por hecho ajeno desde la idea de que la entidad aseguradora no actúa como simple intermediario entre el médico y el asegurado, sino que garantiza el servicio, dándose la necesaria relación de dependencia entre uno y otra, bien sea por vínculos laborales, bien por razón de contrato de arrendamiento de servicios profesionales que pone a disposición de su asegurado-cliente.

Al asegurado se le garantiza la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, en los términos que autoriza la LCS y lo convenido en el contrato, y esta relación que se establece entre una y otra parte garantiza al asegurado el pago por la aseguradora, no solo el coste económico de las operaciones médicas y los gastos de estancia y manutención del enfermo, medicación y tratamientos necesarios, sino también las prestaciones sanitarias incluidas en la póliza por medio de médicos, servicios o establecimientos propios de la compañía aseguradora, que de esa forma vienen a actuar como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea por concurrir *culpa in eligendo* o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero.

La obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela. El médico no es elegido por el paciente, sino que viene impuesto por la aseguradora, y desde esta relación puede ser condenada por la actuación de quien presta el servicio en las condiciones previstas en la póliza, en razón de la existencia o no de responsabilidad médica, con arreglo a los criterios subjetivos u objetivos que deben apreciarse en este tipo de responsabilidad médica o sanitaria. Estamos ante unas prestaciones que resultan del contrato de seguro, contrato que no se limita a cubrir los daños que se le producen al asegurado cuando tiene que asumir los costes para el restablecimiento de su salud, sino que se dirigen a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas, conforme resulta del artículo 105 de la LCS, con criterios de selección que se desconocen, más allá de lo que exige la condición profesional y asistencial que permite hacerlo efectivo, que impone la propia aseguradora para ponerlos a disposición del paciente, al que se le impide acudir a un profesional o centro hospitalario distinto y que puede resultar defraudado por una asistencia carente de la diligencia y pericia debida por parte de quienes le atienden.

2. Conclusión

Se podrá discutir, como se razona en las sentencias 438/2009, de 4 de junio, y 948/2011, de 16 de enero, si sería necesaria una mejor delimitación de los artículos 105 y 106 de la LCS, que estableciera el alcance de las respectivas obligaciones de las partes y su posición frente a los errores médicos y hospitalarios, pero lo cierto es que en su redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad.

Así, el Tribunal Supremo establece la legitimación pasiva de la aseguradora por no ser mera oferente de cuadros médicos y hospitalarios, por lo que la reclamación realizada ante la aseguradora se estimaría y se condenaría a la entidad a la indemnización de daños y perjuicios correspondientes, y con los intereses correspondientes que se acreditaran.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1101, 1902 y 1903.
- Ley 50/1980 (LCS), arts. 5, 105 y 106.
- SSTS 438/2009, de 4 de junio (NCJ051170) y 64/2018, de 6 de febrero (NCJ062987).

Contrato de transporte aéreo y denegación de embarque en avión

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

En el mundo jurídico es necesario saber, con arreglo a nuestras normas de conflicto, cuál es el derecho aplicable. Un posible recurso puede fundarse en la inaplicación del derecho extranjero, admitiéndose la prueba del mismo en segunda instancia, pues tal es el sentido del artículo 282.2 de la LEC, pero sin alterar el objeto del debate concretado en la demanda y en la contestación.

La libertad de tarificación, la mayor responsabilidad que implica la facturación del equipaje y la falta de previsión expresa de la facultad del viajero de transportar cuanto quiera son los datos que nos permiten concluir en la validez de las cláusulas que contemplan restricciones a la facturación de objetos de valor por parte de la compañía aérea.

Palabras clave: contrato de transporte; condiciones generales de la contratación; denegación de embarque; derecho extranjero.

Fecha de entrada: 07-09-2021 / Fecha de aceptación: 24-09-2021

Enunciado

Un consumidor, tras habersele denegado el embarque en un avión, contacta con la asociación Aphis, que defiende sus intereses, para denunciar el contrato de transporte suscrito, protestando, no solo por la pérdida del viaje, sino por el contenido de algunas de las condiciones generales de la contratación, insertas en la página web de la compañía aérea; condiciones por las que se rige la relación contractual, consideras por el consumidor impuestas unilateralmente. A través de la asociación interpone demanda de juicio verbal ante los juzgados de lo mercantil, solicitando indemnizaciones por la abusividad de varias de las cláusulas. Como oposición principal, la compañía extranjera alega que el derecho aplicable debería ser el suyo, el irlandés, no el español, y que, por tanto, la ley vigente en su país delimita el contenido a para la resolución del conflicto; proponiendo, a tal efecto, pruebas periciales y documentales, aportando otros documentos. El actor-consumidor por su parte alega lo contrario, al tiempo que se opone a la prueba del derecho extranjero; además considera nulas las siguientes cláusulas: a) las que imponen restricciones al contenido del equipaje, porque la exoneración de responsabilidad por objetos de valor supone una limitación injustificada de los derechos del consumidor y usuario; b) las que restringen el contenido del equipaje en función del valor de los objetos transportados; c) las que posibilitan que el equipaje facturado se transporte en el mismo vuelo y avión que el suyo, salvo que, por motivos de seguridad u operatividad, puede ser conveniente hacerlo en otro vuelo, por su falta de concreción de los diferentes supuestos, dejando al arbitrio de la compañía la decisión; d) por la obligación de pagar con tarjeta de crédito y no en efectivo, por los altos costes administrativos o de seguridad; e) la compañía aérea se reserva el derecho a denegar el embarque al pasajero que hubiere observado mala conducta en un vuelo anterior, siempre que, por razones de seguridad o de conflicto, a juicio de la compañía hubiere motivos para considerar que se pudiera volver a repetir.

Cuestiones planteadas:

1. Dada la solicitud de la compañía aérea extranjera, ¿es factible la prueba documental y pericial que se pide del derecho extranjero y, por consiguiente, la petición expresa de prueba del derecho extranjero en un recurso? Una vez respondida esta pregunta, ¿cuál es el derecho que se aplica al supuesto?
2. ¿Son válidas las restricciones contractuales al contenido del equipaje, relativas a los objetos de valor?

3. ¿Es válido que el contrato establezca la posibilidad de que el equipaje facturado se transporte, por motivos de seguridad u operatividad, en otro vuelo?
4. ¿Se puede obligar al viajero a pagar con tarjeta de crédito, impidiéndole hacerlo en efectivo, alegándose los altos costes administrativos o de seguridad?
5. ¿La cláusula de denegación del embarque por los motivos aludidos, tal y como se redacta por la compañía aérea, es válida?

Solución

1. Dada la solicitud de la compañía aérea extranjera, ¿es factible la prueba documental y pericial que se pide del derecho extranjero y, por consiguiente, la petición expresa de prueba del derecho extranjero en un recurso? Una vez respondida esta pregunta, ¿cuál es el derecho que se aplica al supuesto?

La primera cuestión se ramifica en dos: una viene referida a la posibilidad de practicar prueba y la otra en sentido estricto al derecho aplicable en este asunto: el nacional o el extranjero.

Para resolver la cuestión, hemos de invocar el artículo 281.2 de la LEC, según el cual

también serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

Por consiguiente, parece lógico entender que la compañía aérea quiera la prueba de su derecho e intente valerse de los medios de prueba necesarios, a falta de conformidad entre las partes. Cuestión diferente sería que ya se hubiesen aportado en una instancia inferior y que, por ejemplo en casación, la compañía aérea buscara, con la nueva aportación, otra valoración; pues es sabido que no cabe volver a valorar la prueba sino solo en los casos de incongruencia o de un ilógico razonamiento con una improcedente decisión.

Importa asimismo resaltar que los tribunales españoles no tienen la obligación de conocer el derecho extranjero, pero en la medida en que se aplicable al caso, debe probarse; por ello, el apartado 2.º del artículo nos lo indica, como hemos visto antes. Y por ello hemos de saber, con arreglo a nuestras normas de conflicto, cuál es el derecho aplicable, pues el asunto se centra en la discusión sobre la nulidad de determinadas cláusulas contractuales insertas en las condiciones generales de la contratación. Según refiere la Sentencia 198/2015, de 20 de mayo:

i) El tribunal español debe aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español (art. 12.6 del Código Civil), que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional internacional. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española (art. 12.1 del Código Civil). Para que se aplicable el derecho irlandés no debe estar en contra de nuestro orden público interno (art. 12.3); tampoco cabe utilizar una norma de conflicto cuando se produce fraude de ley (art. 12.4). Bien, se infiere que la norma que rige este asunto se determina por las de conflicto y, por consiguiente, estas nos van a llevar o no al derecho extranjero; un derecho que ha de ser probado en cuanto a su contenido y vigencia. De aplicarse tras probarse, evidentemente no cambiarán los hechos, pues estos, que son objeto de debate, son los mismos, lo sean con el derecho español o el extranjero. De ahí que se puede fundar el recursos en la inaplicación del derecho extranjero, admitiéndose la prueba del mismo en segunda instancia, pues tal es el sentido del artículo 282.2 de la LEC (Sentencia núm. 528/2014, de 14 de octubre [NCJ059249]).

Pero con un condicionante esencial: que se haya alegado en el momento procesal oportuno, en la demanda o en la contestación a la misma y sirva para fundar las consecuencias jurídicas unidas a los hechos y pretensiones de las partes; porque, como dice la jurisprudencia de las sentencia que seguimos:

No es admisible que mediante la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa. De otro lado, cuando no se prueba la existencia del derecho extranjero, la consecuencia es la aplicación del español, sin que se pueda alegar como infringido el artículo 281.2 cuando no se ha solicitado por la parte al prueba y el tribunal no ha temido a bien acudir a él. Pues una cosa es la facultad del pedir la prueba en el recuro conforme hemos dicho y otra, a falta de petición de parte, que el tribunal esté obligado a ello. No es una obligación, sino una facultad del tribunal.

Pero como la cuestión principal de cuál es el derecho en concreto aplicable a este caso no ha sido aún resuelta, procede avanzar más e ilustrar sobre lo siguiente: ¿será el español? ¿Será el de la Unión Europea? ¿Será el derecho irlandés? Ahora ya sí entramos en la solución de la subpregunta. Ilustrados sobre las normas de conflicto, sobre la alegación de la prueba del derecho extranjero para acreditar su contenido y vigencia, ahora nos centramos en lo concreto: la ley del país o de la Unión Europea que se ha de aplicar.

Las normas básicas sobre la materia son las siguientes: la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores; los reglamentos sobre transporte aéreo CE núm. 2027/97 del Consejo de 9 de octubre de 1997, relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje (en su versión consolidada tras el Reglamento CE núm. 889/2002, incorpora el Convenio de Montreal al Derecho Comunitario, cuyas disposiciones forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, de ahí que el

art. 3, apartado 1, del Reglamento 2027/1997 dispone: «La responsabilidad de una compañía aérea comunitaria en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje se regirá por todas las disposiciones del Convenio de Montreal relativas a dicha responsabilidad»; el Reglamento CE núm. 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad; y el Reglamento CE núm. 261/2004, sobre compensación y asistencia a los pasajeros en los supuestos de denegación de embarque, cancelación y gran retraso de los vuelos. Nuestros tribunales han de aplicar la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia y «el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999.»

Dicho lo anterior, parece lógico concluir que el derecho aplicable al caso es el de la Unión y el derivado del Convenio de Montreal para la unificación de la interpretación de las reglas para el transporte aéreo. No cabe, por consiguiente, solicitar que sea aplicable el derecho irlandés. No sería válida si quiera la sumisión contractual a la ley irlandesa, pues causaría un desequilibrio al consumidor que ignora el contenido de esa norma y que se le puede imponer en el contrato, pues, a falta de esa imposición el Reglamento de Roma claramente especifica en su artículo 5 que «en el caso de un contrato de transporte de pasajeros, el Derecho aplicable al contrato sería la ley española si: (i) el consumidor tiene su residencia habitual en España; y (ii) además, el lugar de origen o destino de viaje se localiza en nuestro país».

2. ¿Son válidas las restricciones contractuales al contenido del equipaje relativas a objetos de valor?

El supuesto contempla que el contrato de transporte distingue entre el equipaje común –vamos a llamar así al ordinario de ropa– y el de especial valor –vamos a entender por tal las joyas–. Cuando el equipaje se compone de lo común, la compañía aérea asume la indemnización o la responsabilidad por su pérdida; si contiene joyas, u otros objeto de valor, el contrato, sus condiciones generales, contempla la exoneración de responsabilidad de la compañía. Se impugna, por consiguiente, por el consumidor esta cláusula, al entender que restringe sus derechos, y concretamente podemos remitirnos al artículo 86.2 del TRLUC: «2. La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquel». O el apartado 7.º, en la medida en que esa exoneración puede ser consecuencia de la renuncia injustificada del consumidor a un derecho: «La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario».

Pues bien, tras el planteamiento, cabe decir lo siguiente: El artículo 17 del Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, un régimen diferente según haya o no facturación, con una mayor exigencia para el primer supuesto. El precepto dice así:

El transportista es responsable del daño causado en caso de destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado por la sola razón de que el hecho que causó la

destrucción, pérdida o avería se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquier período en que el equipaje facturado se hallase bajo la custodia del transportista. Sin embargo, el transportista no será responsable en la medida en que el daño se deba a la naturaleza, a un defecto, o a un vicio propio del equipaje. En el caso de equipaje no facturado, incluyendo los objetos personales, el transportista es responsable si el daño se debe a su culpa o a la de sus dependientes o agentes.

El no facturado solo produce responsabilidad del transportista en caso de culpa o negligencia. Pero en el caso de facturación la responsabilidad es sí o sí si el daño se produce «a bordo de la nave o durante cualquier período» de la custodia del equipaje. Esta diferenciación es importante a la hora de decidir sobre el abuso o no de la cláusula en cuestión, pues si el transportista es más responsable –por decirlo así– cuando se factura, es lógico que pueda establecer límites si de objetos de valor se trata.

En apoyo de esta posición vienen también los artículos 22.1 y 2.18 del Reglamento CE 1008/2008, de 24 de septiembre, sobre servicios aéreos en la Comunidad, pues la libertad de tarifas viene reconocida cuando el primer precepto dice que « las compañías aéreas de la Comunidad y, sobre la base del principio de reciprocidad, las de terceros países, fijarán libremente las tarifas y fletes de los servicios aéreos intracomunitarios», recordándonos el segundo que las tarifas aéreas son «los precios expresados en euros o en moneda local que se deban pagar a las compañías aéreas o a sus agentes u otros vendedores de billetes por el transporte de pasajeros en los servicios aéreos y las condiciones de aplicación de dichos precios, incluidas la remuneración y las condiciones ofrecidas a la agencia y otros servicios auxiliares». Es decir, mayor responsabilidad y libertad de tarifas inciden en la validez de la limitación del pretendido derecho del consumidor y se sobreponen a él. Pero es que, además, el artículo 97 de la Ley de navegación aérea establece que «el transportista estará obligado a transportar juntamente con los viajeros, y dentro del precio del billete, el equipaje con los límites de peso, independientemente del número de bultos, y volumen que fijen los reglamentos». Lo cual no significa que el viajero pueda transportar en el equipaje cuanto quiera ilimitadamente.

En definitiva, que la libertad de tarificación, la mayor responsabilidad que implica la facturación del equipaje y la falta de previsión expresa de la facultad del viajero de transportar cuanto quiera son los datos que nos permiten rechazar esta segunda alegación de nulidad de la cláusula contractual. Serían válidas las restricciones a la facturación de objetos de valor por parte de la compañía aérea.

3. ¿Es válido que el contrato establezca la posibilidad de que el equipaje facturado se transporte, por motivos de seguridad u operatividad, en otro vuelo?

Decimos en el caso que la oposición a esta cláusula está en que la compañía aérea puede decidir en qué supuestos el equipaje puede ser transportado en otro vuelo, a discreción del empresario, y sin que se precisen los supuestos en concreto, lo cual se interpreta como un inconveniente no deseado por el consumidor, que no ha negociado esa disposi-

ción impuesta, con un claro desequilibrio entre las partes, pues, o bien se le hace llegar, o bien el pasajero tiene que esperar al vuelo donde se supone que viene.

Pues bien, dispone el apartado k) del anexo de la Directiva 93/13/CEE que es abusiva la cláusula que autoriza al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar (en igual sentido, art. 85.3 TRLCU). Las expresiones «por motivos de seguridad u operatividad», «sin motivos válidos», nos sugieren que no es admisible la modificación unilateral de condiciones en abstracto, sin que el empresario especifique causas o motivos. Como declaró la STJUE de 21 de marzo de 2013 (C-92/11), cuando en el contrato de prevea una posible modificación por parte del empresario, debe informarse al consumidor, antes de celebrarse el contrato y en términos claros y comprensibles, de las principales condiciones de ejercicio de ese derecho de modificación unilateral (apartado 52). La sentencia 631/2018, de 13 de noviembre (NCJ063627), declara:

La excesiva generalidad o ambigüedad de la expresión utilizada en la condición general, que permitiría en ocasiones exonerar injustificadamente de responsabilidad a la compañía aérea si modificara las condiciones del contrato y con ello causara daños y/o perjuicios al viajero, no puede salvarse mediante una interpretación «estricta» de tal expresión, puesto que, al resolver una acción colectiva, lo que el tribunal debe decidir es si la redacción de la condición general admite significados que harían incurrir a la cláusula en la abusividad proscrita por la Directiva 93/13 y las normas nacionales que la desarrollan, por más que en un asunto en el que se estuviera ejercitando la acción individual tal resultado pudiera evitarse mediante una interpretación «estricta» de la expresión, en perjuicio del predisponente y en beneficio del consumidor.

La interpretación que se sugiere es integradora, es amplia, «por motivos de seguridad u operatividad» no se puede exonerar la compañía del daño causado al viajero al transportar el viaje en otro vuelo, hay que informar y concretar, en su caso, los motivos que justificarían ese cambio en las condiciones del contrato de transporte, pues tampoco se determina en qué momento se le va a entregar el equipaje. En el fondo la compañía se está atribuyendo la facultad unilateral de interpretar el contrato, las supuestas circunstancias sobrevenidas que permitirían transportar el equipaje en otro avión.

En definitiva, esa cláusula es nula por todo lo que se ha dicho.

4. ¿Se puede obligar al viajero a pagar con tarjeta de crédito, impidiéndole hacerlo en efectivo, alegándose los altos costes administrativos o de seguridad?

Esta cuestión no solo conlleva la interpretación de la normativa española, esencialmente condensada en el artículo 1.170 del CC, sino de la europea y la doctrina emanada de la jurisprudencia del TJCE. La política fiscal interna y el sentido de Unión Europea como unión monetaria son datos también importantes. La imposición de unas condiciones eco-

nómicas limitativas del uso del medio de pago, así como la posibilidad de afrontar deudas con distintos medios de pago, no blindan unilateralmente a la compañía para poder elegir el sistema que más le conviene, por los costes de seguridad administrativos existentes en el mercado, pues en el conflicto de intereses entre el consumidor y el empresario, entra en juego el de la Unión de no impedir el uso del dinero en efectivo, por más que la tendencia sea su sustitución por el pago electrónico.

Para contestar a esta cuestión, nada mejor que transcribir algunos párrafos de lo declarado por la STJUE (Gran Sala) de 26 de enero de 2021, asuntos C-422/19 (*Dietrich*) y C-423/19 (*Häring*) (NCJ065312):

El artículo 128 TFUE, apartado 1, tercera frase, el artículo 16, párrafo primero, tercera frase, del Protocolo (n.º 4) sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo y el artículo 10, segunda frase, del Reglamento (CE) n.º 974/98 del Consejo, de 3 de mayo de 1998, sobre la introducción del euro, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que excluye la posibilidad de cumplir mediante billetes denominados en euros con una obligación pecuniaria impuesta en virtud de prerrogativas públicas, siempre que, en primer lugar, dicha normativa no tenga por objeto ni efecto determinar el régimen jurídico del curso legal de dichos billetes; en segundo lugar, no lleve de hecho o de Derecho a la supresión de dichos billetes, en particular al cuestionar la posibilidad de que, por regla general, se cumpla con una obligación pecuniaria mediante ese pago en efectivo; en tercer lugar, se haya adoptado por motivos de interés público; en cuarto lugar, la limitación de los pagos en efectivo que supone sea idónea para alcanzar el objetivo de interés público que se pretende conseguir; y, en quinto lugar, no supere los límites de lo que es necesario para alcanzarlo, en el sentido de que existan otros medios legales para cumplir con la obligación pecuniaria.

La STJUE de 26 de enero de 2021 dice:

Por otra parte, en la medida en que permite al legislador de la Unión establecer las medidas necesarias para el uso del euro como moneda única, el artículo 133 TFUE, que sustituyó al artículo 123 CE, apartado 4, el cual había a su vez sustituido al artículo 109 L, apartado 4, del Tratado CE, refleja la exigencia de establecer principios uniformes para todos los Estados miembros cuya moneda es el euro con el fin de salvaguardar el interés global de la unión económica y monetaria y del euro como moneda única y, por consiguiente, tal como se ha señalado en el apartado 39 de la presente sentencia, contribuir al objetivo principal de la política monetaria de la Unión, que consiste en mantener la estabilidad de precios.

Queda claro que, al final, la política monetaria de la Unión permite al legislador salvaguardar la utilización del euro como moneda común de pago y transacción. No se puede limitar el tráfico de la moneda europea obligando al consumidor a pagar con tarjeta de cré-

dito, alegando los costes administrativos o de seguridad, porque, en todo caso, supone una limitación de derechos proscrita –como hemos visto–, de tal suerte que esa cláusula es, una vez más, nula. Cuestión distinta es que se hubiera informado de ello y que el consumidor lo aceptara expresamente, dentro de una lícita negociación bilateral. Pero eso es distinto a lo tratado aquí.

Es cierto que existen distintos medios de pago de una deuda dineraria, pues no solo se paga en dinero, también con tarjetas, y por ello se puede invocar el artículo 1170 del CC, según el cual «el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España». El precepto español admite diversos medios de pago. Podría invocarse este artículo para decir que la exclusividad del pago por tarjeta es lícita y que la cláusula del contrato de transporte, por tal motivo legal, es válida.

En nuestra normativa puede haber limitaciones cuantitativas al pago en efectivo por razones fiscales, de fraude fiscal (por ejemplo, la Ley 11/2021, de 9 de julio), pero en el ordenamiento jurídico español «no existe una restricción absoluta que impida hacer pagos en dinero». La STJUE de 26 de enero de 202 declaró que no puede ser rechazado como medio de pago el dinero de «curso legal». Y aunque las recomendaciones no son derecho vinculante para los Estados de la Unión, lo cierto es que la Recomendación 2010/191 proclama la siguiente definición del concepto de «curso legal», pues

cuando exista una obligación de pago, el curso legal de los billetes y monedas denominados en euros debe implicar, en primer lugar, la aceptación obligatoria de dichos billetes y monedas, en segundo lugar, su aceptación al valor nominal y, en tercer lugar, su capacidad de liberar de obligaciones de pago.

En definitiva, la interpretación del artículo 1.170 del CC español con el resto de la normativa y la jurisprudencia citada permite concluir en la nulidad de una cláusula que impide el pago con dinero en efectivo, más allá de la restricciones, que por razones fiscales se establezcan, imponiéndose unos límites cuantitativos de pago en moneda de curso legal.

5. ¿La cláusula de denegación del embarque por los motivos aludidos, tal y como se redacta por la compañía aérea, es válida?

Para la resolución de esta pregunta hay que distinguir entre una cláusula clara y otra oscura. Clara es la que no ofrece dudas de interpretación y oscura es la abierta, entendida como aquella que permite discrecionalmente una interpretación no favorable para el consumidor. Debe observarse que la empresa se arroga el derecho a la interpretación subjetiva de la conducta del pasajero, y que por consiguiente es ella la que deduce la mala conducta del mismo que puede afectar a la seguridad o conflictividad determinantes de la decisión. No es que no se pueda excluir a un pasajero del embarque por esos motivos, sino que la

cláusula, tal y como viene redactada, puede vulnerar el necesario equilibrio de derechos entre la partes. Más concretamente se deduce lo indicado de la STJCE de 9 de septiembre de 2004 (C-70/03 [NCJ039822]) en su apartado 16, al referirse a la distinción del artículo 5 de la Directiva 93/13/ CEE, en lo relativo a la regla de interpretación entre las acciones que afectan a un consumidor individual y las de cesación:

Para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores.

Esta interpretación es coherente con el sentido del artículo precitado, que dice literalmente:

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

Por consiguiente, si esa cláusula se deja a la interpretación libre de la compañía aérea, el consumidor puede verse perjudicado porque su redacción escrita es abierta o ambigua y no puede considerarse que le beneficie. En caso de ambigüedad, no cabe entender que la facultad de denegación del embarque, tal y como se dice en el contrato, sea favorable para el consumidor.

En definitiva, por los motivos aludidos, debe considerarse nula.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 12 y 1.170.
- Ley 48/1960 (de navegación aérea), art. 97.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 281.2 y 282.2.
- Real Decreto Legislativo 1/2007 (TR de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias), arts. 85.3 y 86.2.
- Reglamento 2027/1997 (responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje), art. 3.1.
- Reglamento CE 1008/2008 (sobre servicios aéreos en la Comunidad), arts. 2.18 y 22.1.

- Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999 (NCL003156), art. 17.
- SSTS de 23 julio de 1993; 14 de septiembre de 1996; 20 de febrero de 1998; 27 de abril de 1998; 4 de mayo de 1998; 29 de junio de 1999; 9 de julio de 1999; 11 de julio de 2000; 29 de noviembre de 2000; 3 de julio de 2001; 27 de diciembre de 2001; 14 de octubre de 2002; 28 de junio de 2005; 1 de septiembre de 2006; 528/2014, de 14 de octubre, y 477/2017, de 20 de julio.
- SSTJCE de 30 de abril de 1974, Haegeman, 181/73, rec. p. 449, apartado 5; 30 de septiembre de 1987, Demirel, 12/86, rec. p. 3719, apartado 7; 9 de septiembre de 2004 (C-70/03), y 26 de enero de 2021, asuntos C-422/19 (Dietrich) y C-423/19 (Häring).

Publicación de sentencia en redes sociales: derecho a la intimidad

José Ignacio Atienza López

Letrado del Consejo General del Poder Judicial

Extracto

El presente supuesto aborda una cuestión de evidente actualidad, ya que nos estamos refiriendo a las intromisiones ilegítimas en derechos fundamentales (intimidad, honor y propia imagen) que tienen lugar por publicación de sentencias penales en redes sociales, cuando ninguna de las partes afectadas tiene notoriedad pública y no concurre tampoco interés público o social legítimo. No existe un bien constitucionalmente protegido que permita limitar la intimidad de la persona afectada por la publicación en redes sociales, ni tampoco concurre la llamada «publicación neutral», al tratarse de una publicación en redes encaminada a divulgar datos de la esfera personal e íntima de una persona condenada por sentencia penal. La publicidad de esos datos atenta contra la intimidad de la persona, sin que pueda prevalecer la libertad de expresión. No es equiparable la publicación en redes sociales con la difusión en un periódico o medio de difusión pública.

Palabras clave: derecho a la intimidad; redes sociales; publicación de sentencias; daño moral.

Fecha de entrada: 17-09-2021 / Fecha de aceptación: 29-09-2021

Enunciado

Juana ha sido condenada por una sentencia penal como consecuencia de un delito de hurto en un supermercado; y su amiga María, sin que se pueda saber con qué finalidad, más allá de causarle daño, ha dado difusión en las redes sociales que ambas compartan a dicha sentencia.

Dicha sentencia condenatoria no era firme, y además quedó revocada en apelación, si bien nunca se difundió esta revocación en las mismas redes sociales.

Ella se ha enterado del asunto por una tercera persona, que se ha sorprendido al ver esta sentencia colgada.

Juana ha acudido a un abogado para reclamar una indemnización, por entender que se ha producido una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales con la única finalidad de causarle daño y desprestigiarla ante sus amigos.

¿Es atendible esta reclamación? ¿Hay daño realmente?

Cuestiones planteadas:

- Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad: difusión en redes sociales, sin publicidad en medio de comunicación.
- Inexistencia de intromisión en el derecho al honor.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Como punto de partida, en orden a la adecuada exhaustividad de la solución que dar, debe significarse que la sentencia que ha sido objeto de difusión en redes sociales no se publica en un medio de comunicación, con lo que podría estar amparada en el «derecho de información» (STS de 23 de octubre de 2018), ni tampoco se publica en el contexto de un contrato de cesión de documentación, por lo que podría estar amparada en el contenido del vínculo contractual, ni se trata de una cuestión de acceso a las resoluciones judiciales del artículo 235 bis de la LOPJ (STS de 23 de noviembre de 2018), sino que la cuestión debatida en este caso es más concreta y simple, pues se trata de una sentencia dictada en un proceso de juicio penal entre particulares y donde un litigante la emite y difunde en las redes sociales en su integridad y sin limitación ni restricción alguna.

Ello implica que estamos en presencia de una cuestión de protección del «derecho a la intimidad», de los artículos 1, 2, 7 y 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal familiar y a la propia imagen. Asimismo, debe significarse que ninguna de las partes tiene notoriedad pública, ni concurre persona conocida en la vida política, económica, deportiva o social (STS 948/2008 [NCJ047994]), ni incurre interés legítimo (opinión o información relevante) para la difusión de la noticia o un interés público para la conformación adecuada de la opinión pública, como esencia del Estado democrático (STS 585/2017, de 2 de noviembre [NCJ062851]).

En definitiva, no existe conflicto de intereses entre un posible interés público (opinión, expresión, información) y un interés privado (intimidad-imagen), sino que solo concurre un ámbito privado en la publicación de la sentencia y con una finalidad de divulgación que no tiene ni interés público, ni interés social alguno.

Debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (las sentencias de 22 de diciembre de 2008, 9 de julio de 2004, 5 de julio de 2011, 10 de noviembre de 2016 y 16 de octubre de 2008) sobre la publicación de datos de un proceso penal, en particular el contenido de una sentencia, resulta del principio de publicidad de la misma, sin que, por el contrario, las circunstancias del caso (sentencia penal vinculada a un caso de enorme notoriedad) permitan aplicar la doctrina justificativa de que en ocasiones se adopten determinados límites tendentes a anonimizar las sentencias y a evitar que se conozcan los datos personales de los afectados. En nuestro caso, no se puede aplicar ninguna doctrina justificativa; dado que no concurre ni persona pública, ni es un caso de notoriedad, ni concurre relevancia pública alguna, ni en el caso, ni en los implicados, y, por lo tanto, carece de justificación la íntegra publicación de la sentencia.

Según la STS 1191/2008 (rec. núm. 192/2003), como quiera que la publicidad de las sentencias constituye un instrumento de garantía de la independencia de los tribunales y de su actuación conforme a derecho, en tanto que estos principios se refuerzan mediante el conocimiento de la actuación de los tribunales por los ciudadanos, solamente puede ser restringida

o limitada, con arreglo a lo establecido en la ley, cuando puede comportar el menoscabo de un derecho fundamental de los ciudadanos afectados o de un bien constitucionalmente protegido, especialmente cuando el conocimiento de los datos de carácter privado que consten en la sentencia pueda dar lugar a la divulgación de aspectos de la privacidad que deben ser objeto de protección, siempre que esta divulgación no resulte amparada por el derecho a la información en el marco de la comunicación pública libre propia de una sociedad democrática.

Haciéndose eco de la doctrina constitucional y del propio tenor del artículo 266.1 de la LOPJ, esta misma sentencia insiste en la necesidad de aplicar los «principios de ponderación y proporcionalidad» a la hora de otorgar mayor protección a otros derechos fundamentales o bienes con protección constitucional en detrimento de la publicidad de las resoluciones judiciales, de modo que, cuando la publicación del contenido de una sentencia sea susceptible de menoscabar el honor, debe valorarse

la forma en que la publicación se ha producido, teniendo en cuenta si se trata de una comunicación neutral del contenido de la sentencia o si se añaden o restan elementos que sean susceptibles de desvirtuar el conocimiento objetivo de lo resuelto por el tribunal para convertir la publicación del fallo en un procedimiento apto para menoscabar el honor de la persona afectada, más allá de lo que implica objetivamente en el terreno de la reputación el fracaso de una acción u oposición mantenida ante los Tribunales de justicia.

En nuestro caso, no concurre un «bien constitucional protegido» alguno para limitar la intimidad del demandante, ni concurre «publicación neutral», sino una actuación dirigida a divulgar datos de la esfera personal e íntima de la persona condenada; lo que se agrava con el hecho de que la sentencia publicada no era firme y que luego fue revocada por el tribunal de apelación, y no se publicó la sentencia revocatoria, ni nota de indicación de esa revocación. No existe ni interés legítimo en la publicación en sí misma, ni en la persona que la pública, ni en el medio de su publicación, y por ello se vulnera la Ley 1/1982 en su artículo 7-3 sobre «la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre».

Sobre la responsabilidad por vulneración de los derechos al honor y a la intimidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en las sentencias 218/2004, de 17 de marzo; 1184/2008, de 3 de diciembre (NCJ048424); 90/2011, de 14 de febrero; 522/2011, de 13 de julio, y 201/2012, de 26 de marzo (NCJ056688), declara:

La responsabilidad civil por vulneración de los derechos fundamentales regulada en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, se rige por el principio culpabilístico de la responsabilidad, como se pone de manifiesto en la descripción de las distintas conductas infractoras que se recogen en su articulado, en las que se pone de manifiesto la necesidad de la concurrencia de una intencionalidad dirigida a la publicación o divulgación de la noticia o información, tanto escrita como gráfica.

En el caso propuesto concurre «culpa civil» e intención en divulgar los datos personales e íntimos del demandante, en la medida en la que la sentencia se publica en su integridad sin limitación ni acotación alguna; en la medida en que se publica en redes sociales; y en la medida en la que no se publica después la revocación de la sentencia, cualquiera que fuere el motivo de esa revocación. El hecho de que no haya injurias, ni el dolo de injuriar, no supone que no haya «culpa civil» en la publicación de la sentencia, pues la mera difusión voluntaria y consciente de la sentencia completa genera una publicidad de datos personales que vulnera el derecho a la «intimidad» de la persona afectada, y, en todo caso, el artículo 7 de la Ley 1/1982.

Para ejercer por la recurrente la «libertad de expresión» no precisa de la divulgación de la sentencia entera y completa, y si deseaba difundir una sentencia favorable que la suponía «calma y tranquilidad», no era ni necesario, ni proporcionado, la publicación de la sentencia entera, sino que bastaba con una referencia al resultado del proceso penal favorable para ella y a su alcance condenatorio y con disociación de los datos más personales del condenado.

Dice la STS de 12 de enero de 2015:

La ponderación de los derechos en liza, según criterio asentado por esta Sala, debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008 [NCJ045571]; SSTS de 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, rec. núm. 2313/1997, 19 de julio de 2004, rec. núm. 5106/2000, y 6 de julio de 2009, rec. núm. 906/2006), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso.

En este caso, por el contrario, el «juicio de ponderación» debe inclinarse en favor del derecho a la intimidad, dado que no concurre proyección pública alguna del afectado y no hay un interés colectivo en la sentencia objeto de plena divulgación sin limitación alguna.

Por «daño moral», tal y como dice la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2008, debemos entender en sentido amplio «la situación de ansiedad, impacto emocional, zozobra y sufrimiento psíquico, no siendo necesaria una actividad probatoria concreta, ni del daño, ni de la relación de causalidad», con lo que se asume la doctrina del denominado *dolus in re ipsa*.

En el caso analizado, consideramos que el «daño moral» existe, y resulta patente ante la difusión indebida, injustificada e innecesaria de datos de la intimidad del denunciante, por lo que una vez que se ha acreditado cuáles son los hechos originadores de dicho daño y su potencialidad lesiva de la dignidad del actor, con las consecuencias inherentes a ello, podemos considerar la existencia de «daño moral». Cuestión distinta es la cuantificación de la indemnización, y si bien es cierto que su difusión es en «redes sociales», eso no puede equipararse a un periódico o a una radio con difusión pública; y, además, se hace en un

ámbito privado y solo para aquellas personas que hipotéticamente quisieran conocer la vida privada de la demandante, y que no se manifiestan como en gran número, ni con una gran difusión fuera de estrictos límites muy privados.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 1/1982 (protección civil del derecho al honor), arts. 1, 2, 7 y 9.
- SSTS, Sala 1.^a, de 12 de enero de 2015 (NCJ059545), 10 de noviembre de 2016 (NCJ061765), 2 de noviembre de 2017 (NCJ062851), 23 de octubre de 2018 (rec. núm. 3492/2017) y 23 de noviembre de 2018 (rec. núm. 1254/2018).

Concesión de subvenciones y sesiones municipales electrónicas en estado de alarma. Contrato administrativo de servicios¹

Julio Galán Cáceres

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

Extracto

Este caso práctico plantea diversas cuestiones tales como, en primer lugar, la posibilidad y requisitos para la concesión de subvenciones por un ayuntamiento a personas/entidades, titulares de pequeñas y medianas empresas locales; en segundo lugar, sobre si, declarado el estado de alarma, es posible la celebración de sesiones normales con restricciones o la celebración por medios electrónicos, y si esta última posibilidad es aplicable a las sesiones de los otros órganos colegiados del ayuntamiento; finalmente, se plantean cuestiones jurídicas sobre un contrato administrativo de servicios, tales como la correcta composición de la mesa de contratación y un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos.

Palabras clave: subvenciones; estado de alarma; sesiones municipales; contrato administrativo de servicios.

Fecha de entrada: 14-09-2021 / Fecha de aceptación: 28-09-2021

¹ El presente supuesto práctico fue planteado en el tercer ejercicio de las oposiciones a la subescala de Secretario de Entrada de Habilitación Nacional (convocatoria de 2019).

Enunciado

Acaba de tomar posesión en el puesto de secretaria de clase 2.^a del ayuntamiento de un municipio de 10.500 habitantes, situado en una comunidad autónoma que no ha ejercido sus competencias legislativas o reglamentarias.

El ayuntamiento tampoco ha aprobado el reglamento orgánico municipal.

En el marco de la crisis sanitaria generada por la covid-19, el alcalde del ayuntamiento plantea la posibilidad de conceder subvenciones municipales a personas/entidades, titulares de pequeñas y medianas empresas locales, con el objetivo de apoyar, fomentar e impulsar la actividad económica, así como procedimiento y órgano competente para otorgarlas.

Por otra parte, el alcalde plantea si habría alguna posibilidad de celebrar un pleno si se volviese a decretar un estado de alarma en términos análogos a los contenidos en el Real Decreto 463/2020, de 14 marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19 (con reducción de manera coercitiva de la movilidad). Plantea si la celebración del pleno puede ser a puerta cerrada, la posibilidad de suspensión y, por lo tanto, la posibilidad de posponer la celebración de plenos ordinarios, así como la posibilidad de celebración de las sesiones por medios electrónicos. En caso de existir la posibilidad de celebración de sesiones por medios electrónicos, plantea la posibilidad de celebración de sesiones del resto de órganos colegiados, así como de continuar, una vez finalizado el estado de alarma, con la celebración de las sesiones de todos los órganos colegiados municipales por medios electrónicos y telemáticos.

Por otra parte, el ayuntamiento está tramitando el contrato para la «redacción y dirección facultativa de proyectos de actuación: construcción en la misma parcela y demolición del edificio existente de la casa de la cultura.» El contrato tiene una duración de 66 meses y un valor estimado de 190.000 euros.

Los criterios objetivos se valoran en un 65 %, en tanto que los que dependen de un juicio de valor representan un 35 %.

El 12 de septiembre de 2019 se publicó en la plataforma de contratación del sector público el anuncio de licitación.

Don W.W.S., en calidad de arquitecto y en nombre e interés propio presenta el 25 de septiembre de 2019 recurso especial en materia de contratación. El recurrente, persona física, ha presentado su oferta dentro de una UTE.

El recurso se presenta «contra los pliegos». En su escrito de recurso, el recurrente únicamente reproduce la cláusula 17.^a del pliego de cláusulas administrativas particulares, en la que se señala que:

La Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o, en su caso, un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario, el Interventor, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación. La composición de la mesa se publicará en el perfil del contratante.

A continuación plantea:

La recusación de doña J.P.J. Y nulidad del procedimiento por irregular composición de la mesa de contratación al no ajustarse a la normativa de aplicación. Señala que «Doña J.P.J. es la arquitecto municipal y, al haber sido la redactora del Pliego de Prescripciones Técnicas no puede compatibilizar esta redacción con la condición de miembro de la Mesa de contratación». Concluye indicando que «el Ayuntamiento vulnera lo dispuesto en el artículo 146.2 a) LCSP, artículo 326 LCSP y la disposición adicional 2.^a LCSP».

En el expediente que obra en el Ayuntamiento, consta que el Alcalde, el 10 de septiembre de 2019, adoptó el siguiente acuerdo:

La Mesa de contratación estará formada por:

- Sr. Alcalde o Concejala en quien delegue.
- D.AAA, Secretario del Ayuntamiento.
- D.^a BBB, Interventora del Ayuntamiento.

- D. CCC, Técnico de la Administración General, funcionario interino.
- D.ª J.P.J., Arquitecta municipal. Personal laboral con contratos de duración determinada del Ayuntamiento, que actuará como Secretaria de la Mesa.

El órgano competente para resolver el recurso especial, de acuerdo con el artículo 56 de la LCSP, reclama la entidad local el expediente y solicita informe.

Cuestiones planteadas:

Se solicita un informe en el que se aborden las siguientes cuestiones:

- Primero. Viabilidad y, en su caso, procedimiento y órgano para conceder la subvención municipal a personas/entidades, titulares de pequeñas y medianas empresas locales.
- Segundo. Consideraciones acerca de la viabilidad de la celebración de sesiones en las circunstancias y en los términos que plantea el alcalde.
- Tercero. Informe sobre los siguientes extremos:
 - a) Legitimación de don W.W.S. para interponer el recurso.
 - b) Viabilidad de los argumentos planteados por el recurrente.
- Cuarto. Al margen del recurso, analice la posibilidad de un solo contrato que conlleve la redacción del proyecto y la dirección facultativa de las obras, indicando su fundamento, en su caso; duración del contrato, determinación del órgano de contratación competente y si de los datos que consta en el enunciado existe algún otro aspecto que requiere de sus consideraciones.

Solución

Primero. Viabilidad y, en su caso, procedimiento y órgano para conceder la subvención municipal a personas/entidades, titulares de pequeñas y medianas empresas locales

a) Introducción

La subvención es definida por Jordanas de Poza como «la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas de-

bidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos».

El ejercicio de la actividad de fomento debe observar los siguientes principios:

- a) Igualdad: Determinado por el artículo 14 de la CE y que pretende la igualdad de condiciones y requisitos, de tal modo que no existan discriminaciones sobre la aplicación efectiva de la acción de fomento. No obstante, la STS de 7 de diciembre de 1979 nos dice que «la administración de fomento, la cual, si bien es cierto no es enteramente discrecional, por cuanto esa naturaleza encierra en sí una amplia regulación de aspectos reglados, sí lo es dentro de los límites de su concepción, de tal forma que ellos, aun dejando aparte el criterio de oportunidad, no pueden ser transgredidos sin incurrir en antijuridicidad».
- b) Congruencia, entre los medios empleados y el fin perseguido.
- c) Complementariedad: La actividad que es objeto de fomento no puede ser ejecutada por la propia administración de una forma directa.

El medio de fomento que se pretende en este caso son medidas económicas positivas, porque determinan una ventaja pecuniaria para el sujeto fomentado y es de carácter financiero directo. Son aquellas ventajas o auxilios que recibe determinado sujeto, bien porque la Administración acuerde un desembolso económico a favor de ellos, bien porque les exima de alguna de sus obligaciones de carácter fiscal. En nuestro caso se pretende una ayuda económica directamente.

La declaración del primer estado de alarma se hizo por Real Decreto 463/2020, de 14 marzo, e implicó restricciones a la movilidad y otras medidas excepcionales que, como bien sabemos, provocó el empobrecimiento, la ruina y el cierre de numerosas actividades económicas por parte de empresarios y empresas, con evidente repercusión sobre el empleo, que obligaron a las Administraciones públicas a intervenir para paliar, al menos en parte, esa situación crítica para la viabilidad.

Las subvenciones han tenido como objeto reducir el impacto de los daños económicos en negocios locales afectados de la declaración de estado de alarma para la gestión de la covid-19. Lo que en muchos casos les obligó al cierre temporal, y en otros ha tenido como consecuencia una disminución de su actividad económica.

Las subvenciones que una entidad local conceda deben basarse en competencias que tiene la entidad, bien como competencias obligatorias (art. 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local –LRBRL–), bien como competencias propias (previstas en el art. 25.2 LRBRL), bien como competencias atribuidas por la legislación de la propia comunidad autónoma (art. 25.2 LRBRL, párrafo 1.º), o incluso

como competencias impropias al amparo del artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de bases del régimen local.

En el marco de la crisis por el coronavirus, en el ayuntamiento se plantea la posibilidad de aprobar las bases para la concesión de subvenciones a personas/entidades, titulares de pequeñas y medianas empresas locales, con el objetivo de apoyar, fomentar e impulsar la actividad económica, así como procedimiento y órgano competente para otorgarlas.

Parece que lo pretendido por el ayuntamiento es un supuesto extraordinario de concesión de subvenciones que puede hacerse directamente, luego lo analizaremos, o en régimen de concurrencia competitiva.

Las subvenciones públicas se rigen por Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (LGS), por el Reglamento de desarrollo de dicha ley aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, y otras disposiciones de desarrollo, y por las demás normas de derecho administrativo que le sean aplicables, así como otras normas de derecho privado de aplicación subsidiaria. Sin embargo esta disposición no agota en absoluto la importante cuestión del régimen jurídico de la actividad subvencional en nuestro derecho.

El artículo 2.1 de la LGS señala que

se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.
- b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.
- c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

Con claridad observamos que concurren, en el presente caso, los requisitos señalados para tener la consideración de subvenciones.

b) Competencia de la entidad local

La fundamentación jurídica para la actividad subvencional de estas entidades se encuentra en la Ley 7/1985, reguladora de bases de régimen local, cuyo artículo 25 establece

que el municipio puede promover, en el ámbito de sus competencias, toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal; además hay otros preceptos que sirven de cobertura para esta actividad municipal

Respecto a la posibilidad de la concesión de estas subvenciones por el ayuntamiento, debemos entender que es imposible la concesión de subvenciones, salvo que se haga al amparo de un título competencial propio (art. 25 o 26 Ley 7/1985), delegada (art. 27.d) o del procedimiento del artículo 7.4 de la LRBRL, relativo a competencias impropias.

En principio, y con carácter específico, no aparece ningún título competencial propio en el artículo 25. Por lo tanto:

- O bien se hace uso del artículo 26.1, que señala que

El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en los Municipios el ejercicio de sus competencias.

Añadiendo el apartado 3 de este artículo que

con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas podrán delegar, siguiendo criterios homogéneos, entre otras, las siguientes competencias:

Por tanto, no es número cerrado las competencias allí enumeradas, sino que puede extenderse a otras:

- O bien habría de recurrirse a las competencias impropias del artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de tal manera que si se pretende subvencionar una actividad que no forma parte del ámbito competencial propio, primero se deberá plantear el ejercicio de la competencia de las que denominamos impropias, tal y como establece el artículo 7.4 de la LRBRL, que exige:
 - 1.º Que el ejercicio de nueva competencia no ponga en riesgo la sostenibilidad de la Hacienda municipal.
 - 2.º Que no se realice la competencia por la comunidad autónoma.
 - 3.º En el expediente se tiene que acreditar:

- Que en el ejercicio de la competencia no se incurre en duplicidad con otra Administración pública.
- Que se cumple con las reglas de sostenibilidad financiera en el ejercicio de las nuevas competencias.

Por tanto, en el otorgamiento de la subvención deberá justificarse la actividad que se subvenciona y que esta forma parte del ámbito competencial del ayuntamiento, porque, de lo contrario, nos encontraríamos con un supuesto de nulidad absoluta del artículo 47.1 b) por manifiesta incompetencia material de las disposiciones que se dicten al respecto (bases de la subvención) y de los actos relacionados con aquella (convocatoria o concesión).

Hay que señalar que las subvenciones que pretendan conceder a comercios, pymes y personas dedicadas a la actividad económica no tienen encaje en los artículos 25.2 y 26 de la LRBRL, por lo que, salvo que la comunidad autónoma atribuya en su legislación competencias en dichas materias a las entidades locales (lo que ocurre en algunas comunidades autónomas), previamente a la concesión de subvenciones se deberá utilizar el procedimiento del artículo 7.4 del LRBRL.

c) Órganos competentes

Conforme al artículo 17.2 de la LGS,

con respecto a las bases reguladoras de subvenciones en el ámbito local deben aprobarse en el marco de las bases de ejecución del presupuesto, a través de una ordenanza general de subvenciones o bien mediante un ordenanza especial que regule las diferentes modalidades de subvención de la Corporación local.

Respecto a la convocatoria y concesión, en el ámbito local, el artículo 10.4 señala que «la competencia para conceder subvenciones en las corporaciones locales corresponde a los órganos que tengan atribuidas tales funciones en la legislación de régimen local». Como esta competencia no se atribuye de forma expresa a ningún órgano municipal, entra en juego la cláusula residual del artículo 21 s) de la Ley 7/1985, que determina que es competencia del alcalde «las demás que expresamente le atribuyan las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las comunidades autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales».

d) Reglas para otorgar las subvenciones

Principios

Estos principios derivan de los mandatos constitucionales de igualdad y no discriminación que reconoce el artículo 14, el principio de objetividad recogido en el artículo 103 y

de distribución equitativa de recursos del artículo 31, y además responden a los principios generales de eficacia, eficiencia, coordinación, transparencia y participación que incluye la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; además la propia Ley 38/2003, general de subvenciones, establece como principios rectores los de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.

Forma

El artículo 22 de la LGS contempla dos formas de procedimiento de concesión de subvenciones: el procedimiento ordinario en régimen de concurrencia competitiva y el procedimiento de concesión directa. En la primera forma de concesión la determinación del destinatario de la subvención se somete a un procedimiento selectivo. A tenor del artículo 8 de la LGS el principio de concurrencia es uno de los que rigen el otorgamiento de subvenciones y por ello solo en aquellos casos en que expresamente esté exceptuado por la ley podrán otorgarse subvenciones sin atenerse al mismo; se trata de un régimen que viene a ser una modalidad de concurso. La forma de concesión directa se caracteriza porque la determinación del beneficiario queda excluida de la concurrencia y régimen de publicidad.

El procedimiento de otorgamiento de subvenciones por concesión directa es excepcional y solo pueden concederse de este modo las siguientes subvenciones:

- La previstas nominativamente en los presupuestos, en los convenios o en su normativa de regulación.
- Aquellas cuyo otorgamiento o cuantía venga impuesto por una norma de rango legal si esta establece este tipo de procedimiento de concesión.
- Las demás subvenciones cuando se acrediten razones de interés público, social, económico, humanitario u otras, debidamente justificadas, que dificulten la convocatoria pública.

Con todo, el Reglamento de desarrollo de la LGS dispone en su artículo 22 que el procedimiento ordinario de concesión de subvenciones es el de concurrencia competitiva. Sin embargo, las bases reguladoras de la subvención podrán exceptuar de fijar un orden de prelación entre las solicitudes presentadas que reúnan los requisitos establecidos para el caso en que el crédito consignado en la convocatoria fuese suficiente, atendiendo al número de solicitudes una vez finalizado el plazo de presentación.

e) Procedimiento

Respecto a los requisitos legales de la Administración, el artículo 9 de la LGS dispone que con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones, deberán aprobarse las nor-

mas que establezcan las bases reguladoras de concesión en los términos establecidos por la ley, salvo que exista otra norma sectorial específica que cumpla la misma finalidad que las bases reguladoras, que no son otra cosa que normas reglamentarias que disponen de la cobertura de la LGS, y que establecen la subvención siempre que no hubiera sido establecida por una norma previa.

Las bases reguladoras constituyen un elemento de importancia singular en la configuración del régimen jurídico de las subvenciones públicas, pues constituyen disposiciones de desarrollo de la propia LGS.

El otorgamiento de subvenciones debe estar precedido por la aprobación de las bases reguladoras en los términos establecidos por la ley. La exigencia de establecimiento de las bases se justifica por la gran variedad de subvenciones existente y por la necesidad de adaptar a cada tipo de subvención los principios generales que establece la LGS.

Las normas que aprueban las bases de regulación constituyen normas reglamentarias y se diferencian con la orden o resolución de convocatoria, tanto en lo que hace a su procedimiento de elaboración como a su propio contenido.

El marco jurídico básico de la actividad subvencional se distribuye con peculiaridades dentro de cada ámbito estatal, autonómico o local. Además, junto a estas normas comunes existen otras de carácter específico que tienen diferentes grados de aplicación para cada ámbito competencial, ya se trate de la Administración General del Estado, de las comunidades autónomas o local.

Las corporaciones locales pueden tener una doble faceta relacional en materia de subvenciones, como beneficiarias y como concedentes.

En el primer aspecto les resulta de aplicación la normativa estatal o autonómica que regule las ayudas, y estarán sometidas a los deberes y obligaciones que exija dicha legislación.

Por lo que hace a las subvenciones que otorgan estas entidades, se encuentran sujetas a la LGS, si bien cuando la comunidad autónoma correspondiente hubiera asumido competencias en materia de régimen local, la LGS solo será de aplicación en lo que respecta al carácter básico de sus disposiciones. Por otra parte, la disposición adicional decimocuarta de la LGS dispone que los procedimientos regulados en esta ley se adaptarán reglamentariamente a las condiciones, organización y funcionamiento de las corporaciones locales y los organismos públicos de ellas dependientes.

Los requisitos materiales para el otorgamiento de la subvención que deben cumplirse para no incurrir en vicio de nulidad son los siguientes:

- a) La competencia del órgano administrativo concedente.
- b) La existencia de crédito adecuado y suficiente.
- c) La tramitación del procedimiento de concesión.
- d) La fiscalización previa.
- e) La aprobación del gasto.

Procedimiento en régimen de concurrencia (arts. 23 a 27 LGS)

En principio hay que señalar que el plazo máximo para resolver y notificar a los interesados no puede exceder de seis meses, salvo que una norma con rango de ley o normativa comunitaria establezca un plazo mayor. Este plazo se computa a partir de la publicación de la correspondiente convocatoria, salvo que en la misma se pospongan estos efectos a un plazo posterior.

Inicio

Siempre se inicia de oficio mediante convocatoria aprobada por el órgano competente, que desarrollará el procedimiento general establecido en la Ley 39/2015, tanto en lo que se refiere a las presentadas por escrito o por vía telemática, pero que deberá tener necesariamente el marcado contenido que señala la ley.

La convocatoria debe fijar necesariamente la cuantía total máxima destinada a las subvenciones convocadas y los créditos presupuestarios a los que se imputan, además no podrán concederse subvenciones por importe superior a la cuantía total máxima fijada en la convocatoria sin que se realice previamente una nueva convocatoria, con la excepción que contempla el reglamento de desarrollo de la LGS, que permite que la convocatoria fije, además de la cuantía total máxima, una cuantía adicional, cuya aplicación a la concesión de subvenciones no precisará nueva convocatoria.

Presentación de solicitudes

Instrucción del procedimiento

El órgano designado para la instrucción en la propia convocatoria realiza de oficio las estimaciones que estime necesarias para determinación, conocimiento y comprobación de los datos que fundamenten la propuesta de resolución.

La propuesta de concesión se presenta al órgano concedente por un órgano colegiado, cuya composición debe incluirse en las bases de convocatoria.

En la práctica los trámites de instrucción comprenden las siguientes actividades:

- Petición de los informes exigidos por la normativa y aquellos se estimen necesarios para resolver. En la petición de informe debe hacerse constar el carácter determinante de los informes que sean preceptivos. De todos modos, los informes deben ser emitidos en plazo de 10 días hábiles, salvo que se pida su emisión en plazo menor o mayor, que no puede exceder de 2 meses. Una cuestión de interés práctico que tener en cuenta para cuando en el plazo señalado no se haya emitido informe que hubiera sido calificado como preceptivo y determinante: la Administración podrá interrumpir el plazo de los trámites del procedimiento de concesión.
- Evaluación de las solicitudes de acuerdo con los criterios, formas y prioridades de valoración establecidos por la convocatoria y en la norma reguladora de la subvención. En algún caso esta norma puede establecer una fase de preevaluación en la que se verifique el cumplimiento de las condiciones para ser beneficiario.

La resolución y su notificación

La resolución definitiva es un acto administrativo declarativo de derechos que pone fin al procedimiento administrativo de concesión de subvenciones, que debe resolver cuantas cuestiones hayan sido planteadas por los interesados y además ser congruente con las peticiones formuladas.

La autoridad competente para la concesión de subvenciones es quien debe resolver el procedimiento motivadamente, de modo que deben quedar acreditados los fundamentos de la resolución que se adopte.

Hay dos límites a la capacidad de resolver los procedimientos de concesión de subvenciones:

- No pueden otorgarse subvenciones por cuantía superior a la que se haya determinado en la convocatoria ni por importe superior al crédito presupuestario disponible.
- No pueden otorgarse cantidades que superen el coste de la actividad subvencionada. No obstante, de modo excepcional y siempre que se haya previsto en las bases reguladoras, el órgano competente podrá proceder al prorrateo del importe global máximo de la subvención, entre los beneficiarios destinado a las subvenciones.

La resolución debe estar motivada de acuerdo con lo que se haya dispuesto en las bases reguladoras y en el procedimiento deben quedar acreditados los fundamentos de la resolución adoptada.

Además de incluir la identidad de solicitantes a los que se concede la subvención, la resolución también debe hacer constar expresamente la desestimación del resto de solicitudes.

Procedimiento de concesión directa

Ya hemos señalado los supuestos en que pueden concederse subvenciones de forma directa.

La LGS distingue dos sistemas para la formalización y regulación de las condiciones de concesión de las subvenciones de concesión directa:

- a) En el caso de subvenciones nominativas previstas en presupuestos de las que puntualiza el Reglamento de la LGS que se consideran subvenciones de este tipo, las previstas en los presupuestos generales del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales, aquellas cuyo objeto no necesita explicación, sino que se deduce directamente de la correspondiente partida presupuestaria. El procedimiento de concesión de estas subvenciones se inicia de oficio por el centro gestor del crédito presupuestario al que se imputa la subvención o a instancia del interesado y concluye con la resolución de concesión o con la extinción del correspondiente convenio de colaboración. En cualquiera de dichos supuestos, el acto de concesión o el convenio tendrán carácter de bases reguladoras de la concesión a los efectos de la normativa de subvenciones.

La resolución de bases reguladoras o en su caso las cláusulas del convenio deberán incluir los siguientes aspectos:

- La determinación del objeto de la subvención y de sus beneficiarios, de acuerdo con la asignación presupuestaria.
- El crédito presupuestario al que se imputa el gasto y cuantía de la subvención, individualizada para cada beneficiario cuando fuesen varios.
- Compatibilidad o incompatibilidad con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad procedentes de cualquier Administración, ente público o privado, nacional, comunitario europeo o internacional.
- Plazos y modos de pago de la subvención, posibilidad de efectuar pagos anticipados y abonos a cuenta, así como el régimen de garantías que deban aportar los beneficiarios, en su caso.
- Plazo y forma de justificación por parte del beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención y de la aplicación de los fondos percibidos.

- b) Subvenciones de concesión directa impuesta por normas con rango de ley, que se rigen por dicha norma y por las demás de aplicación especial a la Administración correspondiente.

En la Administración General del Estado, en las entidades locales y en sus organismos adscritos o dependientes será de aplicación supletoria, en defecto de aquella normativa, lo previsto en la LGS y su Reglamento de desarrollo, salvo que en una y otra afecte a la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia. Cuando la ley que determine su otorgamiento se remita a la formalización de un convenio de colaboración entre la entidad concedente y los beneficiarios para canalizar la subvención, dicho convenio deberá tener el contenido mínimo que exige el Reglamento de la LGS (art. 65.3). Además, para que sea exigible el pago de las subvenciones es precisa la existencia de crédito adecuado y suficiente en el correspondiente presupuesto.

- c) Las subvenciones de concesión directa por razones de interés público, social, económico, humanitario u otras justificadas que dificulten su convocatoria pública se regirán por las normas aprobadas por el Gobierno a propuesta del ministerio competente, con informe del de Hacienda. La normativa que regule estas subvenciones debe incluir como mínimo los siguientes aspectos (art. 28.3 LGS):

- Definición del objeto de la subvención con indicación de su carácter singular, las razones que acreditan el interés público, social, económico o humanitario y las que justifican la dificultad de su convocatoria pública.
- El régimen legal aplicable.
- Los beneficiarios y las modalidades de ayuda.
- El procedimiento de concesión y el régimen de justificación de la aplicación dada a las subvenciones por beneficiarios o entidades colaboradoras.

Convenios de colaboración en materia de subvenciones

Aunque la forma ordinaria de concesión de las subvenciones es un acto administrativo unilateral, la propia normativa de subvenciones contempla el empleo de los convenios de colaboración como instrumento para la canalización de la gestión de las subvenciones.

Aunque la LGS considera a los convenios como negocios entre la Administración concedente y un ciudadano, también cabe la suscripción de convenios para la canalización de subvenciones entre dos Administraciones públicas, una de las cuales actúa en calidad de concedente y la otra como entidad colaboradora o como beneficiaria. Incluso cabe que ambas Administraciones actúen como concedente y un tercero como beneficiario.

La LGS contempla, en su artículo 28, el empleo de los convenios de colaboración con las subvenciones de concesión directa y con el recurso a las entidades colaboradoras en la gestión de las subvenciones, tanto nominativas como a los demás supuestos de concesión directa.

La regulación de estos convenios será la contenida en:

- La LGS, reglamento de desarrollo, bases reguladoras, etc.
- La Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público (arts. 47 y ss.).
- Los principios contenidos en la Ley de contratos de las Administraciones públicas.

Segundo. Consideraciones acerca de la viabilidad de la celebración de sesiones en las circunstancias y en los términos que plantea el alcalde

- a) Si habría alguna posibilidad es de celebrar un pleno si se volviese a decretar un estado de alarma en términos análogos a los contenidos en el Real Decreto 463/2020, de 14 marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19 (con reducción de manera coercitiva de la movilidad).

El artículo 46.1 a) de la Ley 7/1985 señala que «el Pleno celebra sesión ordinaria como mínimo [...] cada dos meses en los Ayuntamientos de los municipios de una población entre 5.001 habitantes y 20.000 habitantes».

Por su parte, el mismo precepto y párrafo señala que

asimismo, el Pleno celebra sesión extraordinaria cuando así lo decida el Presidente o lo solicite la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación, sin que ningún concejal pueda solicitar más de tres anualmente. En este último caso, la celebración del mismo no podrá demorarse por más de quince días hábiles desde que fuera solicitada, no pudiendo incorporarse el asunto al orden del día de un Pleno ordinario o de otro extraordinario con más asuntos si no lo autorizan expresamente los solicitantes de la convocatoria.

Si el Presidente no convocase el Pleno extraordinario solicitado por el número de concejales indicado dentro del plazo señalado, quedará automáticamente convocado para el décimo día hábil siguiente al de la finalización de dicho plazo, a las doce horas, lo que será notificado por el Secretario de la Corporación a todos los miembros de la misma al día siguiente de la finalización del plazo citado anteriormente. En ausencia del Presidente o de quien legalmente haya de sustituirle, el

Pleno quedará válidamente constituido siempre que concurra el quórum requerido en la letra c) de este precepto, en cuyo caso será presidido por el miembro de la Corporación de mayor edad entre los presentes.

Debemos señalar, en primer lugar, que habría que analizar detenidamente el real decreto que declara el estado de alarma para ver el contenido de la restricción de la movilidad, en el sentido si es absoluto o, como ocurrió en el real decreto de 2020, permitía salidas a comercios, trabajo, asuntos notariales o judiciales, etc. De esta manera se podría analizar si la asistencia a los plenos de los ayuntamientos por parte de los miembros de la corporación local sería posible o no y en qué condiciones. Porque hemos visto cómo, en esta materia, se han ido flexibilizando las medidas adoptadas, y de la misma manera que se permitía la asistencia al trabajo, podría plantearse la posibilidad de permitir la asistencia de los miembros del ayuntamiento a los plenos, eso sí, adoptando todas las medidas de higiene y de seguridad aprobados por las autoridades sanitarias para evitar la propagación de la pandemia.

En resumen, en términos absolutos, no parece viable que, al menos cuando la pandemia está muy extendida y el peligro es grande, se permita la asistencia personal de los concejales para la celebración de los plenos.

a) Si la celebración del pleno puede ser a puerta cerrada y posibilidad de suspensión.

Dada la excepcional situación creada por el coronavirus, se plantea la posibilidad de celebrar plenos a puerta cerrada. ¿Es posible decretar tal medida o sería más aconsejable suspenderlos?

Vamos a responder a esta cuestión con la exposición de las escasas menciones que se hacen en la legislación respecto a la posibilidad de tratar asuntos a puerta cerrada, para, posteriormente, abordar el tema por la situación de excepcionalidad que vivimos.

En ocasiones, los plenos pueden celebrarse a puerta cerrada, o al menos algunos de sus asuntos. Así, en el artículo 70.1 de la Ley 7/1985 se establece que «las sesiones del Pleno de las corporaciones locales son públicas. No obstante, podrán ser secretos el debate y votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el 18.1 CE cuando así se acuerde por mayoría absoluta».

De esta forma, aunque los derechos que se protegen en el referido artículo 18 (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) no sean los que se pretenden proteger en esta ocasión, no vemos inconveniente a que las sesiones se celebren a puerta cerrada, sino todo lo contrario, se trata de una medida imprescindible de sentido común en defensa de un interés público mayor.

En el caso de que los plenos normalmente no se graven y se reproduzcan por los medios de comunicación (como *streaming*), debería adoptarse al inicio del mismo una votación al respecto, que debería aprobarse por mayoría absoluta. Y si la misma no se aprueba, lo que ya sería una decisión absolutamente sorprendente, podría el alcalde, por razones de interés público, suspender la sesión.

La posibilidad de celebrar plenos ordinarios en las corporaciones locales no ha sido prohibida, sin perjuicio de la suspensión de plazos y términos en los procedimientos administrativos decretada por el Real Decreto 463/2020, que les puede afectar. De hecho, la mayoría de corporaciones locales están adoptando acuerdos de suspensión de sesiones de pleno, posponiendo su celebración para cuando se den las condiciones de normalidad para ello. Dependerá de cada entidad local. Ahora bien, al haberse añadido el párrafo 3 al artículo 46 de la Ley 7/1985 por Real Decreto-ley 11/2020, por el que adoptan medidas urgentes y complementarias en el ámbito social económico para hacer frente a la covid-19, y permitir la celebración de sesiones por medios electrónicos, a lo que luego haremos referencia, no parece que pueda servir de justificación para no celebrar el pleno la situación de la pandemia.

Es cierto que una situación como la que se pide durante una pandemia (como la de la covid-19) no está prevista en la legislación local, pero es que no estaba previsto, en principio, nada sobre el funcionamiento de las Administraciones públicas en caso de pandemias. Pero se han ido adoptando medidas y resoluciones, como las medidas de suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos administrativos, que se aprobaron en el Real Decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19; el cierre de la actividad parlamentaria; de los centros educativos y de atención de mayores; la consideración, con carácter excepcional, de la situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, en aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocado por la enfermedad covid-19, de esta forma solamente por el deber de permanecer aislado por haber estado en situación de contagio se tiene el derecho a que se considere esta situación como asimilada a un accidente laboral; y, entre otras, las medidas adoptadas por el secretario de estado de Política Territorial y Función Pública para aunar la protección de la salud de los empleados públicos con la adecuada prestación de los servicios públicos.

No se ha impuesto ninguna medida de contención para la Administración local, lo que supone, de acuerdo con el artículo 6 del real decreto, que la aplicación de estas medidas de contención, cuyo objetivo final es la propagación del virus, deberán ser adoptadas por cada entidad local, dentro del ámbito de sus competencias. Esto supondrá, irremediablemente, que por cada entidad local se establezcan protocolos de actuación y medidas diferentes, no dándose una respuesta unánime, que sería lo deseable.

La STSJ de las Islas Baleares de 7 de mayo de 2008, al enjuiciar el Reglamento orgánico del Consell de Mallorca, que contemplaba determinada regulación del acceso al salón de plenos, entendió que

no es disconforme a derecho el que mediante Resolución de la Presidencia se regule el acceso a la sala de Plenos, pues la eventual conformidad o no derivará del contenido concreto de la resolución y si implica o no una injustificada restricción a la publicidad de los Plenos, no de la previsión en sí.

Nos encontramos ante una situación de excepcionalidad. Por ello, como admite la revista núm. 4 de 2020 de *El Consultor de los Ayuntamientos*, en la tramitación más garantista posible, debería analizarse el funcionamiento de los órganos colegiados con los portavoces de los grupos. Si se llega a la decisión por unanimidad de celebrar el pleno a puerta cerrada, bastaría que la convocatoria hiciera mención a que se adopta tal medida por la necesidad de evitar las aglomeraciones de personas por salud pública; si no se llega a esta decisión, se deberían colocar carteles desaconsejando la asistencia, e iniciar la sesión con la declaración de la necesidad de realizar el pleno a puerta cerrada, impidiendo hasta ese momento el acceso al público. Y si no se aprueba, creemos que no se debería celebrar la sesión, por interés público, debiéndose acordar la suspensión. Motivando estas decisiones por el alcalde en la resolución correspondiente.

Lo cierto es que ya ha salido en los medios de comunicación que, entre las medidas adoptadas por diversos ayuntamientos para intentar frenar la propagación del coronavirus, se ha acordado la celebración a puerta cerrada de las sesiones plenarias.

Y, siguiendo a Consuelo Doncel Rodríguez en el artículo referenciado, consideramos que

Teniendo en cuenta estas circunstancias, cobra sentido la disp. final del RD 463/2020 en la que se recoge que «quedan ratificadas todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las comunidades autónomas y de las entidades locales con ocasión del coronavirus COVID-19, que continuarán vigentes y producirán los efectos previstos en ellas, siempre que resulten compatibles con este Real Decreto».

Por lo tanto, todas aquellas medidas que se hayan adoptado por la Administración local –que han sido muchas y muy heterogéneas– quedan ratificadas, siempre y cuando sean compatibles con el Real Decreto.

b) La posibilidad de celebración de las sesiones por medios electrónicos.

Sin duda alguna, sería posible, a tenor de lo dispuesto en el artículo 46.3 de la Ley 7/1985, que dispone:

En todo caso, cuando concurren situaciones excepcionales de fuerza mayor, de grave riesgo colectivo, o catástrofes públicas que impidan o dificulten de manera desproporcionada el normal funcionamiento del régimen presencial de las sesiones de los órganos colegiados de las Entidades Locales, estos podrán, apreciada la concurrencia de la situación descrita por el Alcalde o Presidente o quien válidamente les sustituya al efecto de la convocatoria de acuerdo con la normativa vigente, constituirse, celebrar sesiones y adoptar acuerdos a distancia por medios electrónicos y telemáticos, siempre que sus miembros participantes se encuentren en territorio español y quede acreditada su identidad. Asimismo, se deberá asegurar la comunicación entre ellos en tiempo real durante la sesión, disponiéndose los medios necesarios para garantizar el carácter público o secreto de las mismas según proceda legalmente en cada caso.

A los efectos anteriores, se consideran medios electrónicos válidos las audioconferencias, videoconferencias, u otros sistemas tecnológicos o audiovisuales que garanticen adecuadamente la seguridad tecnológica, la efectiva participación política de sus miembros, la validez del debate y votación de los acuerdos que se adopten».

c) *La posibilidad de celebración de sesiones del resto de órganos colegiados, así como de continuar, una vez finalizado el estado de alarma, con la celebración de las sesiones de todos los órganos colegiados municipales por medios electrónicos y telemáticos.*

Con respecto a la posibilidad de celebración de sesiones del resto de órganos colegiados, el artículo 46.3 de la Ley 7/1985, dice, literalmente:

En todo caso, cuando concurren situaciones excepcionales de fuerza mayor, de grave riesgo colectivo, o catástrofes públicas que impidan o dificulten de manera desproporcionada el normal funcionamiento del régimen presencial de las sesiones de los órganos colegiados de las Entidades Locales.

Luego, en esas circunstancias extraordinarias, se refiere a todos los órganos colegiados, tales como junta de gobierno, comisiones informativas, comisiones de todo tipo, mesa de contratación, etc.

En relación con continuar, una vez finalizado el estado de alarma, con la celebración de las sesiones de todos los órganos colegiados municipales por medios electrónicos y telemáticos. Distinguimos:

b) Plenos telemáticos

Esta es sin duda la primera de las grandes cuestiones que suscita el citado nuevo epígrafe tercero, el aspecto circunstancial. En efecto, parece que la posibilidad está limitada, y

además «en todo caso», a la concurrencia de «situaciones excepcionales de fuerza mayor, de grave riesgo colectivo, o catástrofes públicas que impidan o dificulten de manera desproporcionada el normal funcionamiento del régimen presencial de las sesiones de los órganos colegiados de las entidades locales».

En todo caso, la pregunta planteada se subdivide, de forma natural, en otras dos preguntas:

- ¿Fuera de situaciones excepcionales equiparables a la que estamos viviendo se pueden celebrar plenos íntegramente telemáticos?
- En cualquier momento y situación, ¿se puede admitir la participación a distancia, de forma puntual y justificada, de uno o varios miembros corporativos?

A la primera podríamos responder que no, con base en un criterio literal que se ciñe a la rotundidad del tenor literal del 46.3. En «en todo caso» es determinante, al igual que la descripción de las situaciones excepcionales, a las que relaciona con la fuerza mayor, el grave riesgo colectivo o las catástrofes públicas. Sí vamos a abrir la puerta, no obstante, a una interpretación más abierta, que identificaría el «en todo caso» con dichas circunstancias tan graves y excepcionales, y un hipotético «en otros casos» a otras circunstancias menos acuciantes. Admitimos que esta segunda interpretación tiene poco recorrido práctico, en tanto en cuanto ninguna corporación va a promover, aunque pudiera hacerlo legalmente, la celebración de plenos íntegramente telemáticos en circunstancias de normalidad.

En cuanto a la segunda pregunta, respondemos sin duda que sí. Estamos viendo que el nuevo epígrafe de la Ley 7/1985 permite la celebración de plenos íntegramente telemáticos aunque todos los concejales se encuentren a distancia. Únicamente exige que se ubiquen en territorio español, una cuestión sorprendente a la que luego contestaremos. En efecto, una vez hemos dado por buena la interpretación que vincula este modelo de sesión a la concurrencia de las circunstancias excepcionalísimas que hemos indicado, se entiende que, de no concurrir dichas circunstancias, no podrían celebrarse sesiones en las que pocos o ningún miembro del órgano colegiado se encuentren físicamente presente en el edificio consistorial. Pero sí podrían celebrarse sesiones en las que, justo al contrario, uno o unos pocos participen a distancia. La LRBRL desde luego no lo prohíbe. Obviamente, la seguridad jurídica aconseja regular las otras situaciones en las que podrá celebrarse este tipo de plenos, si no totalmente telemáticos, sí parcialmente en relación con uno o más de uno de los miembros de la corporación. Lo que parece claro, en todo caso, es que fuera de las situaciones de emergencia descrita u otras similares o equiparables, no tiene razón de ser la defensa de la celebración de un pleno íntegramente telemático, por lo que deberán definirse las circunstancias y los requisitos en los que uno o varios concejales o diputados pueden teleasistir. El ROM es el instrumento para hacerlo, como veremos en la siguiente cuestión.

Es cierto que alguna corriente doctrinal defiende la posibilidad de celebrar sesiones plenarias telemáticas fuera de aquellos supuestos excepcionales que son contemplados en el artículo 46.3. Ello, en virtud de la potestad de autoorganización de las entidades locales prevista en el artículo 4.1 a) de la LRBRL, que, a falta de previsión legal al respecto, se podrá realizar en virtud de lo regulado en el reglamento orgánico o, como mínimo, a través de un acuerdo organizativo, si así se considera conveniente.

Pero, por otra parte, también es cierto, por un lado, que el artículo 49 del Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en régimen local señala que «las sesiones se celebrarán en la Casa Consistorial o en el Palacio que constituya la sede de la respectiva Corporación. En los casos de fuerza mayor, podrán celebrarse en edificio habilitado al efecto». Y, por otro lado, que el artículo 70 de la LRBRL establece el carácter público de las sesiones plenarias, lo que hace preciso que el ayuntamiento determine, con las máximas cautelas y garantías posibles, las concretas situaciones en las que se van a poder celebrar plenos telemáticos, sin que dicha medida pueda extenderse a cualquier circunstancia ni se convierta así en una sustitución absoluta de los plenos presenciales.

Esta preocupación, la de celebrar plenos telemáticos, si bien se ha destacado a raíz de la crisis sanitaria de la covid-19, no es tan nueva como parece, puesto que ya ha habido propuestas legislativas. En concreto, la mesa del Congreso de los Diputados de 2 de junio de 2017 adoptó una proposición de ley para la reforma de la LRBRL, en concreto dando una nueva redacción a la letra d) del apartado 2.º del artículo 46 para, en el ámbito de las entidades locales, permitir al voto telemático de concejales en ayuntamientos y diputaciones provinciales en supuestos de maternidad, paternidad, embarazo y enfermedad grave; pretendiendo salvar con ello la participación de los corporativos en aquellas situaciones que les impidiesen actuar, esencialmente en las sesiones plenarias. Pero dicha propuesta no se vio nunca materializada.

Por último, pero no menos importante en este apartado, debemos dar un criterio interpretativo, que es el nuestro, en relación con las normas y debates jurídicos que han surgido últimamente y que pueden surgir *ex novo* como consecuencia de la impactante imposición de la tecnología en las actuaciones y trámites de la Administración por la fuerza de los hechos: «Las normas deben interpretarse teniendo en cuenta los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad» (art. 3 del Código Civil).

No obstante lo anterior, es lo cierto que legislaciones autonómicas, por ejemplo, Cataluña y Castilla-León, entre otras, han desarrollado esta cuestión permitiendo el voto a distancia en los supuestos anteriormente indicados, pero el principio de seguridad jurídica aconseja su desarrollo en el propio reglamento orgánico (ROM, reglamento orgánico provincial, etc., incluyendo los estatutos de las entidades locales de base asociativa).

Otras cuestiones que se puedan plantear en las sesiones telemáticas plenarias son:

¿Cómo se realiza la convocatoria?

En lo esencial, exactamente del mismo modo que se venía haciendo, entendemos, y ahora más que nunca, a través de los medios electrónicos, y siguiendo obviamente las reglas formales que establece la normativa aplicable (plazos, acceso a la documentación, etc.).

¿Cómo se acredita que todos los miembros del órgano colegiado participantes se encuentran en territorio español?

Sí resulta factible acreditar este extremo del nuevo artículo 46.3, incluso de una manera sencilla. En efecto, existe una funcionalidad habitual en los sistemas web y de *streaming* de vídeo, que permiten una opción de geobloqueo, que, de activarse, permitiría prestar el servicio solo a los usuarios que se encuentran conectados a internet en el territorio que se determine.

Un dispositivo conectado a internet se identifica por la dirección IP con la que accede a internet. Las direcciones IP se asignan por rangos, que se distribuyen geográficamente, por lo que una dirección IP solo puede estar localizada en una región (se tiene precisión del país, pudiendo llegar a tener una precisión inferior a 5 kilómetros). Por tanto, conociendo la dirección IP del dispositivo con el que cada usuario se une a la videoconferencia, se puede determinar si el dispositivo se encuentra en el territorio nacional.

¿Cómo se acredita su identidad?

De forma previa o simultánea a la comprobación (o no) de su ubicación, debe procederse a la identificación de todos y cada uno de los miembros que participan a distancia, también por mandato de la ley.

Se puede validar su identificación reflejando en el acta la vieja fórmula de «me consta por notoriedad», realizada por el secretario, porque su función da fe pública y vale la identificación visual llevada a cabo en este caso a través de una pantalla. El secretario es capaz de verificar, con certeza, que el concejal es quien le consta que es (algo que verifica por la suma de evidencias tales como su aspecto físico, su voz e incluso su manera de moverse y de expresarse).

Pero evita más problemas; imaginemos, por ejemplo, que se trata de un concejal con un hermano gemelo; verificar la identidad de cada concejal a través de algún sistema de identificación o incluso de firma electrónica, que podría establecerse.

Cabe también certificados digitales, hasta una solución de identificación biométrica.

Por último, también podemos utilizar la sistemática de la convocatoria electrónica para vincular a los concejales notificados con la sesión. Esto no es una identificación, pero ofrece un alto grado de seguridad saber que la recepción de la notificación de la convocatoria es personal por parte de cada concejal. En el acceso a la misma este accede también al enlace de la reunión y, en su caso, la contraseña de la reunión. Si no difunde esta información, y desde luego no tiene por qué, existen muchas posibilidades de que el concejal notificado sea el concejal compareciente. Máxime si comparece con su aspecto. Este proceso en derecho se denomina «suma de evidencias».

Qué debemos hacer para disponer los medios necesarios para garantizar el carácter público o secreto, según los casos, de las sesiones?

En efecto, las sesiones del pleno son públicas. Las de la junta de gobierno local y otros órganos colegiados no lo son. En este último caso se aconseja realizar una grabación de la sesión pero, obviamente, ni retransmitirla en directo ni difundirla posteriormente.

En cuanto a las sesiones públicas, es posible técnicamente retransmitirlas, y entendemos que es obligatorio legalmente hacerlo, a fin de garantizar el principio de publicidad. Retransmitir un pleno *online* en directo para que los ciudadanos puedan seguir su desarrollo es una empresa sencilla. La solución de videoconferencia escogida siempre lo va a permitir, aunque quizá no todas lo ponen igual de fácil. Existen soluciones que directamente permiten emitir al servidor de *streaming* que definamos en la herramienta de videoconferencia (estas se encuentran en escala máxima de sencillez). Otras herramientas permiten realizar emisiones en directo, pero solo a través de determinados servidores de *streaming*, por una especie de corporativismo o política comercial de venta cruzada de servicios (estas están en una escala media de sencillez). Por último, las hay que directamente no incluyen la funcionalidad, y que para realizar la emisión en directo obligan al usuario a utilizar una combinación de tecnologías y elementos *software* y *hardware* que no las hacen recomendables en una situación de estado de alarma e improvisación.

- c) ¿Se pueden celebrar de forma íntegramente telemática otras sesiones y reuniones formales de la entidad local (juntas de gobierno, consejos consultivos, mesas de contratación, etc.)?

El artículo 46.3 habla de las «sesiones de los órganos colegiados de las entidades locales», sin discriminar entre órganos necesarios y complementarios, órganos resolutorios y de estudio/consulta, u órganos previstos en la normativa sobre régimen local (ya hemos hablado de las comisiones informativas) y los previstos en otras leyes, como las de contra-

tos (mesas de contratación) o las de función pública (negociación colectiva). Téngase en cuenta también que este es un precepto aplicable a todas las entidades locales, cuyo listado aparece en el artículo 3 de la LRBRL.

En consecuencia, al menos durante el estado de alarma, las sesiones de los órganos colegiados de todas las entidades locales podrán celebrarse de manera exclusivamente electrónica.

Fuera del estado de alarma, la cobertura puede encontrarse directamente en la legislación básica del Estado o en las leyes de régimen local autonómicas. Respecto al Estado, nada encontrábamos en la LRBRL hasta el 1 de abril de 2020 (fecha en la que se modifica la LRBRL, con los efectos que a continuación analizaremos), mientras que los artículos 17 y 18 de la Ley 40/2015, aunque contienen una buena regulación, quizá suficiente, esta no es directamente aplicable a la Administración local y sus órganos colegiados.

En efecto, el artículo 17 de la Ley 40/2015, del régimen jurídico del sector público dispone rotundamente en su segundo párrafo que

en las sesiones que celebren los órganos colegiados a distancia, sus miembros podrán encontrarse en distintos lugares siempre y cuando se asegure por medios electrónicos, considerándose también tales los telefónicos, y audiovisuales, la identidad de los miembros o personas que los suplan, el contenido de sus manifestaciones, el momento en que estas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión. Entre otros, se considerarán incluidos entre los medios electrónicos válidos, el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias.

Ya hemos dicho que no es aplicable a la Administración local (la disposición adicional vigesimoprimera establece que no es aplicable a los órganos de gobierno de las entidades locales), pero no deja de ser un artículo ubicado en una ley básica importante, que regula genéricamente y en defecto de norma específica las sesiones de los órganos colegiados de la Administración, y permite literalmente esta posibilidad.

Más allá de lo dispuesto en la Ley 40, existía un antecedente normativo directo de las propias leyes 39 y 40 en la Ley 11/2007, que ya preveía esta posibilidad: «Los órganos colegiados podrán constituirse y adoptar acuerdos utilizando medios electrónicos» (disp. adic. 1.^a). Siempre que podemos citamos esta ley, con una cierta nostalgia.

Por otra parte, las leyes autonómicas y los reglamentos orgánicos habrán de regular en el futuro esta cuestión, si todavía no lo han hecho.

Tercero. Informe sobre los siguientes extremos:

- a) Legitimación de don W.W.S. para interponer el recurso.
- b) Viabilidad de los argumentos planteados por el recurrente.

Antes de responder a las dos cuestiones concretas, la «redacción y dirección facultativa de proyectos de actuación: construcción en la misma parcela y demolición del edificio existente de la casa de la cultura» es un contrato de servicios del artículo 17 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, que no está sujeto a regulación armonizada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 22.1 en el apartado b) de dicho artículo y número, que exige que sea igual o superior a 214.000 euros si se trata de entidades del sector público distinto de la Administración General del Estado o de sus organismos y entidades dependientes. En nuestro caso el valor estimado es de 190.000 euros.

a) Legitimación de don W.W.S. para interponer el recurso

Señala el relato de hechos que don W.W.S., en calidad de arquitecto y en nombre e interés propio, presenta el 25 de septiembre de 2019 recurso especial en materia de contratación. El recurrente, persona física, ha presentado su oferta dentro de una UTE.

Lo primero que hemos de indicar es que, en este supuesto, cabía recurso especial en materia de contratación, puesto que el artículo 40.1 a) lo permite en contratos de servicios cuando el valor estimado sea igual o superior a 100.000 euros.

El artículo 69.1 de la LCSP permite contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

En este caso, aunque el recurrente interpone recurso a título individual y no es la UTE como tal la que actúa, debemos señalar que se encuentra perfectamente legitimado, porque es titular de un interés legítimo, consistente en la defensa de la legalidad contra una posible irregularidad de los pliegos que van a regular el contrato. Esto quiere decir que se vea afectado desde una doble posición, como componente de la UTE y como posible contratista, aun formando parte de aquella. La estimación de su recurso no solo va a suponer un beneficio para el mismo, sino también para la UTE.

Por tanto, al amparo del artículo 24 de la Constitución, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, del artículo 4 de la Ley 39/2015, que le otorga la condición de interesado, y, especialmente, del artículo 48.1 de la LCSP, que señala que «podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos dere-

chos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso», su legitimación para recurrir todos los actos y resoluciones administrativas que se produjera en este supuesto, aun a título individual, está fuera de duda.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de febrero de 2020, núm. 216/2020, rec. núm. 36/2018, así lo señaló en un caso similar en un recurso contencioso-administrativo de un miembro de la UTE contra los pliegos del contrato.

En relación con el plazo, se publicó el anuncio de licitación el 19 de septiembre de 2019 y se recurre el día 25 de septiembre. El artículo 50.1 b) señala que

cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos –es lo que recurre según el relato de hechos– y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

Por tanto, parece presentado el recurso en tiempo.

b) Viabilidad de los argumentos presentados por el recurrente

En primer lugar, debemos resaltar lo confuso con que se expone en el relato de hechos todo lo concerniente al recurso de la empresa, ya que se habla de «recurso contra los pliegos –en concreto, la cláusula 17 del PCAP–» y, después, solicita la recusación de una componente de la mesa de contratación y la nulidad por ello del procedimiento y, por ello, ignoramos si en el mismo recurso u otro distinto.

Por eso conviene ir por partes:

- A) Respecto al recurso contra la cláusula citada del pliego, añade el último párrafo del artículo 50 de la LCSP que «con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio

de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho». En el presente caso, se señala literalmente que «el recurrente, persona física, ha presentado su oferta dentro de una UTE». Luego, en principio, es causa de no admisión del recurso, porque ya se había presentado la oferta, de manera que la ley presupone que aceptó el contenido de los pliegos no impugnados en su momento y, en todo caso, antes de la presentación de la oferta.

Respecto a la posibilidad de recurso indirecto contra los pliegos de un contrato, es de resaltar que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) admite el recurso indirecto frente a los pliegos de cláusulas administrativas particulares en dos resoluciones recientes dictadas con ocasión de sendos recursos interpuestos frente a los respectivos actos de adjudicación (Resolución de 25 de julio de 2019, rec. núm. 70/2019 y Resolución de 28 de octubre de 2019, rec. núm. 904/2019).

En la última de las resoluciones, el tribunal examinó el acto de adjudicación del «servicio de transporte sanitario individual y colectivo para los pacientes del centro asistencial de Fraternidad-Muprespa, sito en la provincia de Toledo». Las recurrentes defendían la nulidad del criterio de adjudicación del PCAP relativo a los recursos adicionales, al no limitarlos, y considerar que la falta de limitación infringe el principio de libre concurrencia y competencia, favoreciendo a grandes empresas, sin que este criterio esté ligado a las necesidades del contrato y siendo además de imposible cumplimiento. La adjudicataria sostuvo que las recurrentes, en realidad, estaban alegando la nulidad del criterio de valoración y que el plazo para recurrir los pliegos ya les ha precluido. El TACRC estimó el recurso:

- a) En primer lugar, recuerda que la regla general es que la presentación de oferta supone la aceptación del contenido de los pliegos. Si una entidad licitante no impugna las condiciones y bases en el plazo establecido en la LCSP, «carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía».
- b) Sin embargo, esta regla general tiene una excepción: en los supuestos de nulidad de pleno derecho se permite el recurso indirecto contra los pliegos aun cuando estos no hayan sido objeto de previa y expresa impugnación. Para ello, los pliegos deben adolecer de alguno de los vicios de nulidad de la Ley 39/2015.
- c) El tribunal es especialmente riguroso en el supuesto del artículo 47 a) de la Ley 39/2015 por infracción de la igualdad ante la ley y no discriminación, que se produce en los supuestos de restricción a la libre concurrencia, como en este caso.

Estos pronunciamientos del TACRC consolidan su doctrina sobre este particular. Esta doctrina ya había sido aplicada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 12 de marzo de 2015 (C-538/13), al reconocer la posibilidad de impugnar la licitación una vez expirado el plazo para ello cuando el contratista no hubiera podido comprender las condiciones de la licitación hasta un momento posterior en el que el poder adjudicador realizó aclaraciones. Anteriormente, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 19 de marzo de 2001 (rec. núm. 565/1994), había dejado abierta la posibilidad de declarar la nulidad de aquellas cláusulas que estuvieran viciadas de pleno derecho; posibilidad esta que el TACRC concreta en estas resoluciones, dictadas en sede de impugnación indirecta de pliegos.

En resumen, en el caso de los recursos indirectos contra los pliegos o documentos del contrato, irán dirigidos contra aquellas cláusulas cuyo contenido sea nulo de pleno derecho, siempre que no hayan sido objeto de previa y expresa impugnación. Para ello es necesario que el vicio del que adolecen dichas cláusulas no pudiera haber sido conocido por los licitadores con anterioridad.

Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación, cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, podrán recurrirse pese a que haya transcurrido el plazo para recurrirlas. Esto es posible gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha defendido que el vencimiento del plazo establecido en el derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato.

En concreto se introduce que si se comprueba que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador y que se vio en la imposibilidad de interponer un recurso en el plazo previsto por la legislación nacional, el licitador podrá impugnar estas condiciones hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra el acto de adjudicación del contrato.

De todo lo indicado deducimos que, en el presente caso, impugna la cláusula 17.^a del pliego de cláusulas administrativas particulares, que es lo que en concreto se recurre –no el pliego en su totalidad–, en la que se señala la composición que tendrá la mesa de contratación; básicamente se ajusta a lo establecido en el disposición adicional segunda, punto 7, de la Ley 9/2017, LCSP y, en la misma no se detalla, en concreto, quiénes formarán parte de la mesa, sino que, repetimos, se limita a reproducir lo que señala la LCSP. Por tanto, ninguna ilegalidad concurre en la cláusula recurrida para estimar el recurso contra dicho pliego.

- B) Otra cuestión es el Acuerdo de 10 de septiembre de 2019 en el que se especifica la composición exacta de la citada mesa, y que constituye un acto administrativo independiente del pliego como tal y susceptible de impugnación independiente. Es ahí donde debió plantear la posible causa de nulidad en el acuerdo sobre la

composición de la mesa de contratación, al formar parte de la misma doña J.P.J., que había sido encontrada en situación de incompatible por ser redactora del pliego de prescripciones técnicas, estando, por tanto, inhabilitada para formar parte de la mesa de contratación, vulnerando los artículos 326.5 de la LCSP y 246.2 a) de la LCSP y la disposición adicional segunda de la LCSP.

En virtud del principio *in dubio pro actione* (el error en la calificación del recurso no será obstáculo para su tramitación si de su contenido se deduce su verdadero carácter), que recoge el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, vamos a interpretar que se recurre ese acuerdo.

Respecto a ello, dice el supuesto que a continuación plantea «la recusación de doña J.P.J. y nulidad del procedimiento por irregular composición de la mesa de contratación al no ajustarse a la normativa de aplicación».

Entiendo que no era adecuado plantear la recusación planteada por la empresa tal y como lo regula los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, LRJSP, y cuyo fundamento es otro al que concurre en el presente supuesto. Las causas de abstención y recusación se basan en la presunción por parte de la ley; al concurrir alguna causa de las previstas en el artículo 23, se duda de la imparcialidad y objetividad de quien ha de resolver. En este caso, no es esto lo que está en juego, sino, simplemente, por decirlo de alguna manera, que ese miembro de la mesa que intervino en la relación del contenido técnico de los pliegos se encuentra «contaminado» para poder resolver posteriormente.

Respecto a la solicitud de nulidad del procedimiento por irregular composición de la mesa:

- Si la mesa no ha tomado, todavía, decisión alguna, no puede hablarse del vicio de nulidad del artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, consistente en la vulneración de las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados. Por lo que, en todo caso, se tratará de un vicio de anulabilidad del artículo 48 de dicha ley, por constituir «una infracción del ordenamiento jurídico».
- No es procedente solicitar la nulidad del todo el procedimiento, por ello, aun concurriendo la causa, habría que declarar, en su caso, tan solo la invalidez –anulabilidad– del Acuerdo de 10 de septiembre de 2019, en lo que se refiere a esa designación, debiendo volverse a dictar otro acto administrativo ordenando la anulación de ese nombramiento y designando a otro componente de acuerdo a lo previsto en el punto 7 de la disposición adicional segunda de la LCSP.
- En cuanto al fondo, habrá de estimarse el recurso porque, efectivamente, la designación de la arquitecta que intervino en la redacción del contenido

técnico de los pliegos no puede ser miembro de la mesa de contratación al contrariar los artículos que cita la recurrente, por lo que el recurso, por este motivo, debe ser admitido y estimado.

El artículo 326.5 de la LCSP señala que

tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda.

Y el artículo 246.2 a) determina:

En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar esta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

Y la disposición adicional segunda, punto 8, señala:

El comité de expertos a que se refiere la letra a) del apartado 2 del artículo 146 de la presente Ley, para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor, podrá estar integrado en las Entidades locales por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate. En todo caso, entre este personal deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública.

Con respecto al ajuste a derecho del resto de los miembros de la mesa de contratación, debemos señalar que la disposición adicional segunda de la LCSP señala en su punto 7.º que «podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente», por lo que el nombramiento de don CCC, técnico de la Administración General, funcionario interino, solo será válido si no existe funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredita en el expediente.

Cuarto. Al margen del recurso, analice la posibilidad de un solo contrato que conlleve la redacción del proyecto y la dirección facultativa de las obras, indicando su fundamento, en su caso; duración del contrato, determinación del órgano de contratación competente y si de los datos que consta en el enunciado existe algún otro aspecto que requiere de sus consideraciones

La «redacción y dirección facultativa de proyectos de actuación: construcción en la misma parcela y demolición del edificio existente de la casa de la cultura» es un contrato de servicios del artículo 17 de la LCSP, y regulado en los artículos 308 y siguientes de la ley, que no está sujeto a regulación armonizada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 22.1 en el apartado b) de dicho artículo y número, que exige que sea igual o superior a 214.000 euros si se trata de entidades del sector público distinto de la Administración General del Estado o de sus organismos y entidades dependientes. En nuestro caso el valor estimado es de 190.000 euros.

No se trata de un contrato mixto que, según el artículo 18.1 de la LCSP es aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. Aquí se trata de dos objetos pertenecientes al mismo tipo de contrato: el de servicios.

En sentido estricto, se trata de celebrar contratos de servicios con un doble objeto: la redacción de proyectos de obras y la dirección facultativa de las mismas.

Pero parece tener sentido la celebración de un solo contrato, porque:

- Razones de índole técnica hacen necesario y aconsejable que ambos trabajos sean realizados por la misma persona, porque ello redundaría en una mayor eficacia, celeridad en la ejecución y calidad de los resultados. ¿Quién va a estar mejor preparado para la dirección facultativa de las obras con las competencias que ello implica, respecto a la forma de ejecución del contrato conforme al proyecto, que quien lo ha elaborado?
- Por otra parte, desde el punto de vista de la gestión administrativa, se evita la tramitación de dos procedimientos contractuales para obtener el mismo resultado.

Es cierto que algunos servicios jurídicos de comunidades autónomas han considerado que la celebración de contratos para la redacción de proyectos y dirección facultativa de obras es contraria a lo dispuesto en el artículo 2.2 del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que señala que «no podrán celebrarse contratos en los cuales la prestación del contratista quede condicionada a resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a su celebración», por entender que el contrato depende de una decisión posterior, la de hacer o no la dotación presupuestaria correspondiente para ejecutar obras. Pero se considera que la ce-

lebración de los citados contratos no contraviene el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, por no ser de los previstos en el mismo, sino en el apartado 1 del mismo artículo, y ello con base en dos razones:

- En primer lugar, porque se trata de un contrato con una pluralidad de objeto, posibilidad prevista y admitida en el citado artículo 2.1, siempre que cada una de las prestaciones que lo constituyen se encuentre definida con independencia de las demás.
- En segundo lugar, porque en los contratos de redacción de proyecto y dirección de obra no concurren condicionantes posteriores, no pudiendo considerarse como tal la posibilidad de no ejecución posterior de la obra por falta de dotación presupuestaria, ya que ello podría producirse en cualquier contrato que tenga por objeto solo la dirección de obra.
- Por otra parte, regulando el artículo 70 de la LCSP, referido a las condiciones de compatibilidad del contratista, no establece ninguna limitación entre los que tienen por objeto la redacción de proyecto y dirección de obra, a diferencia de lo que establece en su apartado 2 que señala que «los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de cualesquiera contratos, así como la coordinación en materia de seguridad y salud, no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos, ni a las empresas a estas vinculadas, en el sentido establecido en el apartado anterior».
- Finalmente, el artículo 29.7 de la LCSP señala «ha de entenderse por contratos complementarios aquellos que tienen una relación de dependencia respecto de otro, el principal, y cuyo objeto se considere necesario para la correcta realización de la prestación o prestaciones a las que se refiera dicho contrato principal». La calificación de un contrato como complementario viene impuesta, unas veces, directamente por la propia ley, que lo hace de manera expresa para algunos tipos contractuales. Así la LCSP atribuye tal carácter –en relación con el de obra– a los de servicio que tengan por objeto la dirección de obra y la gestión integrada de proyectos. En la vigente LCSP la normativa reguladora de los contratos de servicios se desarrolla en los artículos 308 y siguientes, añadiendo especificaciones a su duración en el artículo 29.7 y resolución vinculada al contrato principal en el artículo 313.1 c).

a) Duración del contrato

El artículo 29 de la LCSP señala:

1. La duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación

y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos.

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

Por su parte, el apartado 4.º de dicho artículo determina:

Los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante.

Excepcionalmente, en los contratos de suministros y de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del suministro o servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del suministro o servicio será objeto de desarrollo reglamentario.

Pero no parece que sea el caso que estamos analizando.

Por su parte, el apartado 7.º establece:

No obstante lo dispuesto anteriormente, los contratos de servicios que sean complementarios de otros contratos de obras o de suministro podrán tener un plazo de vigencia superior al señalado en el apartado 4 que, en ningún caso, excederá del plazo de duración del contrato principal, salvo en los contratos que comprendan trabajos relacionados con la liquidación del contrato principal, cuyo plazo final excederá al del mismo en el tiempo necesario para realizarlos. La iniciación del contrato complementario a que se refiere este apartado quedará en suspenso, salvo causa justificada derivada de su objeto y contenido, hasta que comience la ejecución del correspondiente contrato principal.

Ha de entenderse por contratos complementarios aquellos que tienen una relación de dependencia respecto de otro, el principal, y cuyo objeto se considere necesario para la correcta realización de la prestación o prestaciones a las que se refiera dicho contrato principal.

Este puede ser el supuesto ante el que nos encontramos, puesto que el contrato de servicios, en su segundo objeto, dirección facultativa de las obras, es complementario del de obras. De manera que si el plazo para la ejecución de las obras era de 66 meses, el de servicio tendría la misma duración. No cabe otra interpretación, porque resultaría absurdo establecer un plazo superior del contrato complementario –el de servicios– que el del principal –el de obras–, ya que desaparecido el objeto de este, carece de sentido el objeto del otro.

b) Órgano competente para el contrato

Según la disposición adicional segunda de la LCSP,

1. Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, los contratos de concesión de obras, los contratos de concesión de servicios y los contratos administrativos especiales, cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.
2. Corresponden al Pleno las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos mencionados en el apartado anterior que celebre la Entidad Local, cuando por su valor o duración no correspondan al Alcalde o Presidente de la Entidad Local, conforme al apartado anterior. Asimismo, corresponde al Pleno la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales a los que se refiere el artículo 121 de esta Ley.

Por lo indicado, al ser superior la duración del contrato a cuatro años (66 meses) es competencia del pleno.

c) Otras cuestiones que analizar

- Si el competente era el pleno, el Acuerdo del alcalde de 10 de septiembre nombrando a los miembros de la mesa de contratación es un acto nulo de pleno derecho a tenor del artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, por haber sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente, salvo que haya habido desconcentración del pleno en el alcalde, admitida por el artículo 325 de la LCSP o delegación –no está prohibida por el art. 9 de la Ley 40/2015–, porque el artículo 326 señala que es competencia del órgano de contratación designar a los componentes de la mesa de contratación.

- Respecto a los criterios de adjudicación, es claro que se ha optado por varios criterios, pues se establece que respecto a los criterios objetivos se valoran en un 65 %, en tanto que los que dependen de un juicio de valor representan un 35 %.

En lo que concierne a la aplicación de los criterios de adjudicación, el artículo 146 dispone lo siguiente:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados primero y tercero del artículo anterior, cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de acuerdo con lo indicado en el artículo 148.

2. Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

La aplicación de los criterios de adjudicación se efectuará por los siguientes órganos:

a) En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar esta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

b) En los restantes supuestos, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como, en todo caso, la de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas, se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 y 157.5 de la presente Ley.

La elección de las fórmulas se tendrá que justificar en el expediente.

En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.

La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas.

Cuando en los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios se prevea la posibilidad de que se efectúen aportaciones públicas a la construcción o explotación así como cualquier tipo de garantías, avales u otro tipo de ayudas a la empresa, en todo caso figurará como un criterio de adjudicación evaluable de forma automática la cuantía de la reducción que oferten los licitadores sobre las aportaciones previstas en el expediente de contratación.

3. Salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.

En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo.

Cuando, por razones objetivas debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, estos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

Finalmente, completan la regulación en la materia los preceptos destinados a los criterios de desempate (art. 147) y la definición y cálculo del ciclo de vida (art. 148), teniendo siempre presente lo dispuesto en el artículo 149 para las ofertas anormalmente bajas.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española.
- Ley 7/1985 (reguladora de las bases del régimen local).
- Ley 38/2003 (Ley general de subvenciones).
- Ley 39/2015 (Ley de procedimiento administrativo común).
- Ley 40/2015 (Ley del régimen jurídico del sector público).
- Ley 9/2017 (Ley de contratos del sector público).
- Real Decreto Legislativo 781/1986 (texto refundido de régimen local).
- Real Decreto-Ley 11/2020, por el que adoptan medidas urgentes y complementarias en el ámbito social económico para hacer frente al COVID-19.
- Real Decreto 463/2020, de 14 marzo, por el que se decretó el estado de alarma.

- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones públicas.
- STJUE de 12 de marzo de 2015.
- SSTS, Sala 3.^a, de 7 de febrero de 2020, núm. 216/2020 (rec. núm. 36/2018) y 19 de marzo de 2001 (rec. núm. 565/1994).
- STSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de mayo de 2008.
- Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales de 25 de julio de 2019 (rec. núm. 70/2019) y 28 de octubre de 2019 (rec. núm. 904/2019).

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:
 - Título en español e inglés.
 - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
 - Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
 - Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).
3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:
 - Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
 - Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
 - Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.

CEF.- Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea



**MATRÍCULA
ABIERTA**

MÁSTERES Y CURSOS

Área Jurídica

Presencial | Telepresencial | Online

- Doble Máster en Práctica de la Abogacía y Asesoría Jurídico-Laboral
- Doble Máster en Práctica de la Abogacía y Tributación/Asesoría Fiscal
- Máster en Asesoría Jurídico-Laboral
- Máster en Práctica de la Abogacía
- Curso Superior de Especialización en Derecho Mercantil
- Curso sobre Compliance
- Curso de Oratoria Jurídica y Redacción Jurídica
- Curso sobre Contratación en el Sector Público
- Curso de Especialización en Derecho Procesal Penal
- Curso de Formación para Mediadores de Seguros y Reaseguros
- Curso sobre Comunidades de Propietarios y Administración de Fincas
- Curso sobre Propiedad Intelectual
- Curso de Especialización en Derecho Deportivo
- Curso sobre Derecho Concursal
- Curso de Experto en Mediación: Civil y Mercantil
- Curso sobre Contratos Mercantiles
- Curso sobre Litigios Familiares y Sucesorios. Aspectos Civiles y Fiscales
- Curso sobre Práctica Societaria. Derecho de Sociedades Mercantiles
- Curso sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos)