

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 243 | Abril 2021

ISSN: 1699-129X

Cambios legislativos en los delitos de naturaleza contable

Miguel Ángel Villacorta Hernández

Cláusula *rebus sic stantibus* y cláusulas MAC

Ignacio Buil Vera

Límites al enriquecimiento injusto en contratación pública

David Ordóñez Solís

Los algoritmos en la toma de decisiones administrativas

Carla Baz Lomba

CEF.-

MATRÍCULA
ABIERTA

Área Jurídica

INICIO ABRIL Y MAYO 2021

Curso Monográfico sobre Derecho Concursal | Curso Práctico de Gestión Contable-Fiscal con A3 Software | Curso de Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana (LOTUP) | Curso de Experto en Mediación: Civil y Mercantil | Curso Due Diligence Legal en la Adquisición de Empresas (M&A) | Curso de Práctica Procesal Contencioso-Administrativa | Curso sobre Contratación en el Sector Público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) | Curso sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo | Curso sobre el Concurso de Personas Físicas y Autónomos. La Exoneración del Pasivo Insatisfecho

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es/cursos

Revista CEFLegal

Núm. 243 | Abril 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

Francisco Javier Arias Varona. Profesor titular de Derecho Mercantil. URJC

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

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

María Isabel Candelario Macías. Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Íciar Cordero Cutillas. Profesora titular de Derecho Civil. Universidad Jaume I

Fernando Díez Estella. Profesor titular acreditado de Derecho Mercantil. Universidad Villanueva

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

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

Paula Fernández Ramallo. Abogada en Eric & Fernández Abogados de La Coruña

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

Susana García Couso. Letrada del Tribunal Constitucional y profesora de Derecho Constitucional. URJC

Íñigo del Guayo Castiella. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería

Ximena Lazo Vitoria. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

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

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

Eva María Menéndez Sebastián. Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

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

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

Vicente Moret Millás. Letrado de las Cortes Generales y Of counsel en Andersen Tax & Legal

José María Segovia Cañadas. Socio de Uría y Menéndez

Antonio Serrano Acitores. CEO de Spartanhack, abogado y doctor en Derecho

Camino Vidal Fueyo. Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Burgos y letrada del TC

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: 1699-129X

ISSN-e: 2531-2146

Imprime

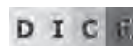
Artes Gráficas Coyve

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: 1699-129X
ISSN-e: 2531-2146

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

- Propuestas de cambios legislativos sobre los delitos de naturaleza contable 5-40
Proposals for legislative changes on crimes of an accounting nature
Miguel Ángel Villacorta Hernández
- Cláusula *rebus sic stantibus* y cláusulas MAC: remedios frente a la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato 41-80
Rebus sic stantibus clause and MAC clauses. Remedies on unforeseeable change of contract circumstances
Ignacio Bul Vera
- Responsabilidad extracontractual y prescripción de la acción (Comentario a la STS de 22 de febrero de 2021) 81-84
Casto Páramo de Santiago
- La responsabilidad civil de los notarios (Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2019) 85-90
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Constitucional-administrativo

- ¿Por qué las Administraciones siempre terminan pagando? El enriquecimiento injusto, la contratación pública y los límites del derecho europeo en España 91-118
Why does public administration always end up paying? Unjust enrichment, public procurement and the limits of European law in Spain
David Ordóñez Solís

Los algoritmos y la toma de decisiones administrativas. Especial referencia a la transparencia	119-160
<i>Algorithms and managerial decision-making. Special reference to transparency</i>	
Carla Baz Lomba	

Casos prácticos

Civil

Seguro de automóvil: vigencia tras la transmisión del vehículo	161-166
Adelaida Medrano Aranguren	
Admisibilidad del precario contra ignorados ocupantes	167-174
José Ignacio Atienza López	

Administrativo

Contrato administrativo y agencia estatal	175-190
Julio Galán Cáceres	

Normas de publicación	191-192
-----------------------	---------

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>



Propuestas de cambios legislativos sobre los delitos de naturaleza contable

Miguel Ángel Villacorta Hernández

Universidad Complutense de Madrid

mianvi@ucm.es | <https://orcid.org/0000-0003-2515-2126>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Icíar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Extracto

El artículo 31 bis del CP (apoyado en el art. 66 bis CP) incorpora la responsabilidad frente a algunos delitos para las personas jurídicas, ampliando la responsabilidad más allá de los administradores.

Por su repercusión sobre el sistema económico, destacan las consecuencias que este hecho tiene sobre el delito contable. La importancia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia contable se deriva de que en momentos de inestabilidad económica es fundamental avanzar en un efectivo control social en el ámbito contable, con influencia directa sobre la recaudación, e indirecta sobre la confianza en las empresas que conforman los mercados.

En este trabajo se analizan las consecuencias de la inclusión de la responsabilidad penal de las empresas sobre el delito contable.

Palabras clave: delito contable; responsabilidad penal de la empresa; fraude fiscal.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Villacorta Hernández, M. Á. (2021). Propuestas de cambios legislativos sobre los delitos de naturaleza contable. *Revista CEFLegal*, 243, 5-40.





Proposals for legislative changes on crimes of an accounting nature

Miguel Ángel Villacorta Hernández

Abstract

The article 31 bis CP (supported by art. 66 bis CP) incorporates liability for some crimes for legal persons, extending liability beyond administrators.

Due to its repercussion on the economic system, it highlights the consequences that this fact has on accounting crime. The importance of criminal liability of legal entities in accounting matters stems from the fact that in times of economic instability it is essential to advance in effective social control in the accounting field, with direct influence on collection, and indirectly on trust in companies that make up the markets.

In this work, the consequences of the inclusion of criminal liability of companies on accounting crime are analyzed.

Keywords: accounting crime; criminal liability of the company; tax fraud.

Citation: Villacorta Hernández, M. Á. (2021). Propuestas de cambios legislativos sobre los delitos de naturaleza contable. *Revista CEFLegal*, 243, 5-40.



Sumario

1. Introducción
 2. Inclusión de la responsabilidad penal de la empresa en el Código Penal
 3. Responsabilidad penal en delitos relacionados con la contabilidad
 4. Influencia de la responsabilidad penal de la empresa sobre el delito de incumplimiento de obligaciones contables con fraude fiscal (art. 310 bis CP)
 5. Denominación y características del delito
 6. Elemento objetivo
 7. Sujeto activo del delito
 - 7.1. Autoría directa
 - 7.2. Autoría mediata sin ser representante
 - 7.3. Autoría mediata como representante
 8. Modalidades típicas
 - 8.1. Falta absoluta de contabilidad en régimen de estimación directa
 - 8.2. Llevar doble o más contabilidades
 - 8.3. Artificios contables
 9. Sujeto pasivo
 10. Concurso
 - 10.1. Concurso con las normas administrativas
 - 10.2. Relación con el delito de defraudación tributaria
 11. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

La actividad de los profesionales contables está limitada por el cumplimiento de las normas civiles y mercantiles, pero también penales. Pero el cuidado por no sufrir las penas si no se produce el cumplimiento, no se limita únicamente a los profesionales individuales, sino que también afecta a las sociedades de contabilidad.

El Código Penal (CP) ha establecido varios delitos relacionados con la contabilidad, siendo el más importante el delito de incumplimiento de obligaciones contables con fraude fiscal, regulado en el artículo 310 del vigente CP.

El objetivo de esta investigación es observar la legislación española relativa a este delito para realizar propuestas que permitan definirlo adecuadamente en el entorno económico actual.

En el trabajo se analizan la denominación adecuada, las características y el elemento objetivo, para luego profundizar en la autoría, tanto mediata e inmediata, ya sea con o sin representante, la responsabilidad de los asesores fiscales, abogados y contables y la responsabilidad penal de las empresas de contabilidad sobre ese delito.

El trabajo culmina con la elaboración de una serie de propuestas para mejorar la regulación del delito contable, intentando adaptarlas a la realidad económica actual. La propuesta fundamental es la necesidad de establecer un delito contable que sea independiente del delito fiscal.

2. Inclusión de la responsabilidad penal de la empresa en el Código Penal

La Ley 5/2010 incluyó la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 31 bis del CP. Desde ese momento, la responsabilidad penal no solo la poseen las personas físicas, sino también la mayoría de las personas jurídicas y del resto de entidades.

Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas, el legislador optó por establecer una doble vía de imputación: en primer lugar, el delito cometido por el administrador o representante de la sociedad (delito cometido en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación); en segundo lugar, el delito

cometido por un empleado sometido al control del administrador (infracciones por ausencia de control sobre los empleados de la persona jurídica). De esta forma, se hace responsable a las personas jurídicas de hechos realizados por unas personas físicas (administradores o representantes) en dos situaciones distintas. En el primer supuesto (control primario), recogido en el primer párrafo del artículo 31.1 bis del CP, se regula el control de las personas jurídicas a los administradores. En el segundo supuesto (control secundario), regulado en el segundo párrafo del artículo 31.1 bis del CP, se regula el control de los administradores sobre los empleados de la sociedad, en el marco de sus deberes de diligente administración (art. 225 y ss. TRLSC); como los administradores no han controlado debidamente a sus subordinados, la sociedad será penalmente responsable por no haber designado unos administradores capaces de realizar eficientemente dicho control.

Pero, además, en las sociedades donde esté separada la propiedad y la gestión, se realiza una traslación de responsabilidad en ambas vías de imputación. En la imputación del control primario se traslada de la sociedad a los propietarios el reproche por no haber elegido (o controlado) un administrador adecuado. En la imputación del control secundario se traslada de la sociedad a los propietarios el reproche por no haber elegido (o controlado) un administrador con suficiente capacidad de control sobre sus subordinados. De esta forma, los titulares del capital ya no solo deben controlar a los administradores en sus labores de gestión, sino también asegurarse de que estos a su vez ejercerán de modo adecuado sus labores de control sobre los empleados.

Aunque el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una buena medida de disuasión, es posible realizar un análisis crítico de la materialización concreta establecida en la legislación española. La traslación de la responsabilidad penal de las personas físicas a las jurídicas formulada en España parte de una premisa al menos parcialmente falsa: los delitos se cometen por la falta de control de los titulares de la sociedad. Por un lado, es imposible establecer unos controles perfectos que impidan los delitos, por el otro, las motivaciones de los individuos para delinquir son tan diversas que es imposible que un controlador pueda preverlas todas *a priori*. Por ello, con la actual redacción del CP, la jurisprudencia no condenará (como hasta ahora ha ocurrido) la mayoría de las situaciones en la que se ha producido la falta de control.

3. Responsabilidad penal en delitos relacionados con la contabilidad

La responsabilidad penal de las personas jurídicas únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos expresamente previstos en el Código Penal. El legislador español lo ha establecido para tres delitos relacionados con la contabilidad: el delito de vulneración de la intimidad, en el que está incluido el delito de violación del secreto contable (art. 197 CP), el delito de falsedad del estado contable para alcanzar la situación concursal (art. 261 bis CP)

y el delito de incumplimiento de obligaciones contables con fraude fiscal (art. 310 bis CP). Por tanto, para estos tres delitos, penalmente se puede imputar a los profesionales contables como personas físicas, pero también a las sociedades en las que trabaja llevando la contabilidad, como personas jurídicas.

La responsabilidad penal de las sociedades no es alternativa, sino acumulativa, a la de los profesionales contables materialmente responsables de delito, incluso sin que haya podido ser individualizada la responsabilidad penal de la persona física. En aquellos casos en que no resulte posible identificar a los autores del delito, al menos puede sancionarse penalmente a la persona jurídica. Si se demuestra que se ha cometido el delito, aunque no se pueda averiguar quién es el autor, o no se le pueda condenar penalmente (al no poder dirigir el procedimiento penal contra él, por ejemplo, por fallecimiento del mismo), podrá ser la sociedad penalmente condenada. Aunque ambas responsabilidades son compatibles e independientes, en la práctica es posible que muchos procesos terminen únicamente con la condena de la sociedad, lo cual sería una situación muy poco deseable.

La inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas debe tener como finalidad hacer más efectiva la responsabilidad individual. No puede ocurrir que sustituya a la responsabilidad individual, porque esto supondría un error gravísimo al disminuir la eficacia del derecho penal.

Si se produjese, el gran beneficiado del modelo de responsabilidad de los entes sociales sería la persona física que cometa delitos relacionados con la contabilidad. El establecimiento de este modelo puede contribuir a relajar los esfuerzos por localizar al profesional contable autor del hecho delictivo e imputarle el delito. El establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ofrece la posibilidad de resolver el conflicto con una persona jurídica culpable y terminar, aunque sea parcialmente, con la sensación de frustración que produce un caso no resuelto, lo que puede ser un aliciente, incluso, para que se cometan más delitos relacionados con la contabilidad.

La introducción de la responsabilidad penal de las empresas ha añadido una cierta inseguridad jurídica al sistema, ya que las compañías tienen dudas sobre quiénes son los que deben realizar los controles para que no se produzcan los delitos relacionados con la contabilidad y qué mecanismos de control de prevención del delito tienen que adoptar. Para el supuesto específico del delito contable es fácil realizar el control sobre el supuesto de incumplimiento absoluto de llevar los registros contables, pero es más difícil para la llevanza de dos contabilidades, y mucho más difícil para los supuestos de artificios contables.

No parece adecuada la formulación legislativa en la que la sociedad responde por hechos ajenos, atribuyendo a la misma algo que hicieron unas personas físicas. No es objeto de delito una responsabilidad propia de la persona jurídica, sino una responsabilidad penal indirecta. A la persona jurídica se le imputa una acción de su administrador y se le reprocha un comportamiento activo u omisivo de uno, varios o todos sus administradores. Tanto el

posible defecto de organización, como las concretas acciones u omisiones de la persona jurídica son, en realidad, realizados por las personas físicas que la dirigen o gestionan, o por aquellos propietarios que tienen la teórica capacidad de controlar a los administradores, pero nunca por la persona jurídica. Esta situación no sería negativa si verdaderamente se produjera una acumulación de la imputación del delito a la persona física y a la jurídica. Sin embargo, existen grandes motivaciones para que únicamente se condene a la persona física.

4. Influencia de la responsabilidad penal de la empresa sobre el delito de incumplimiento de obligaciones contables con fraude fiscal (art. 310 bis CP)

Entre los supuestos en que el Código Penal expresamente ha previsto la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, destaca el delito de incumplimiento de obligaciones contables con fraude fiscal (art. 310 bis CP). A esta incorporación se une que la redacción que regula el delito se ha quedado desfasada en algunos aspectos. Por todo ello, en los próximos apartados se actualiza la redacción de los aspectos fundamentales de la regulación del delito.

La importancia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre el delito de incumplimiento de obligaciones contables con fraude fiscal se basa en que en momentos de crisis económica es fundamental avanzar en un efectivo control social en los ámbitos contables, con directa influencia sobre la recaudación.

5. Denominación y características del delito

Este delito es denominado de múltiples formas, situación producida porque el Código Penal no utiliza terminología alguna. Las denominaciones doctrinales y jurisprudenciales más frecuentes son: infracciones contables (Bajo Fernández, 1978), obstruccionismo fiscal (Muñoz Conde, 2007 y Bustos Ramírez, 1991), incumplimiento de las obligaciones contables y de registro (Bermejo Ramos, 1985 y Martínez Pérez, 1982 y 1986), llevanza ilícita de contabilidad mercantil o fiscal (Polaino Navarrete, 1985), delito contable-tributario (Palao Taboada, 1985, p. 251), fraudes tributarios de carácter contable (Pérez Royo, 1986), fraudes contables (Pérez Royo, 1986), infracciones contables (Bajo Fernández y Bacigalupo Sagge-se, 2010, p. 299), delito contable (Arroyo Zapatero, 1987; Ferré Olive, 1988; y Aparicio Pérez y Álvarez García, 2010), grave incumplimiento de determinadas obligaciones contables¹ o delito de fraudes contables (Aparicio Pérez y Álvarez García, 2010, p. 7).

¹ Vid. STS de 31 de octubre de 1992 y SAP de Madrid de 8 de julio de 1999.

Aunque la terminología más utilizada es delito contable, la más adecuada sería la de «delito de incumplimiento de obligaciones contables con la intención de defraudar al fisco», pues indica el doble carácter contable-fiscal y expresa que lo más representativo de esta actividad es que intenta producir fraude.

La definición de la naturaleza del delito de incumplimiento de obligaciones contables con la intención de defraudar al fisco encierra múltiples problemas, sin duda originados por su carácter interdisciplinario. Al definir el delito con doble carácter contable-fiscal, el legislador pretende crear una estructura administrativa-penal preventiva del fraude fiscal. La unión del Código Penal y de la Ley general tributaria genera un doble sistema de tutela de la Hacienda Pública frente al riesgo de lesión derivado de la falsedad en la contabilidad, por medio del sistema penal, y del derecho administrativo sancionador de aplicación subsidiaria. El mero incumplimiento de deberes contables se concibe como una infracción administrativa simple.

El artículo 310 del CP establece cuatro supuestos para definir al delito. Será castigado con la pena de prisión de cinco a siete meses el que estando obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales:

- a) Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.
- b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.
- c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.
- d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

La consideración como delito de los supuestos de hecho, a que se refieren los párrafos c) y d) anteriores, requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico.

Dos de sus supuestos son considerados como de peligro en abstracto, y los cuatro son considerados como un delito especial propio.

El delito es considerado jurisprudencialmente de peligro en abstracto, ya que no requiere que se haya producido un peligro real a la Hacienda Pública. Para la jurisprudencia, lo característico del delito es la falta de cooperación y lealtad por parte del contribuyente: «se adelanta la barrera protectora a la puesta en peligro del objeto jurídico» (SAP de Burgos de 29 de marzo de 1999: fundamento de derecho segundo); concretando más, «es una tipifi-

cación de riesgo y no de resultado, por cuanto el bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil» (SAP de Madrid de 8 de julio de 1999: fundamento de derecho tercero). A pesar de las anteriores consideraciones jurisprudenciales, lo correcto es diferenciar entre los cuatro apartados del artículo 310 del CP. Realmente, los supuestos (a) y (b) son delitos de peligro, pues ponen en riesgo la posibilidad de que se cumpla la obligación tributaria; la consumación de ambos supuestos solo requiere el incumplimiento del deber de contabilidad que surge de la LGT, «independientemente de la posible comisión de un posterior delito fiscal» (Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, 2010, p. 363). Las conductas de los apartados c) y d), a diferencia de los anteriores supuestos, presentan la naturaleza de delitos de peligro concreto, con lo que son formas especiales de la tentativa del delito fiscal.

El delito es un delito especial propio² porque su autoría se reserva a un sujeto activo con especial cualificación: «El que esté obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales» (art. 310, 1.º párr., CP). Además, en las diferentes modalidades típicas incluidas en los apartados a), b), c) y d) se infieren nuevas especificaciones en la cualidad del sujeto, lo que ha llevado a la doctrina a considerarlo como un delito «doblemente especial» (Ferré Olive, 1988, p. 85; Aparicio Pérez, 1997, p. 189; Sánchez-Ostiz Gutiérrez, 1995, p. 357; y Aparicio Pérez y Álvarez García, 2010, p. 14). Como se observará en el apartado siguiente, la especialidad es cuádruple.

6. Elemento objetivo

El cumplimiento del delito precisa un cuádruple requisito de carácter personal. El primer requisito es que la acción típica esté siempre referida a un sujeto obligado por la ley tributaria, emitida por el Ministerio de Hacienda, a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales. La ley no puede ser solo mercantil, sino que es necesario que sea tributaria. Así, queda exceptuada «la obligación general del Código de Comercio si no se remiten a leyes tributarias» (Ferré Olive, 1988, p. 121 y Rossy, 1989, p. 171). Para el artículo 310 del CP, la obligación de llevanza contable debe tener su origen en una ley tributaria, concepto normativo que engloba las leyes, decretos-leyes, decretos legislativos y leyes autonómicas. Quedan fuera de este artículo las obligaciones de llevar la contabilidad que nacen «de normas tributarias de rango inferior a la ley, tales como los reglamentos» (Ferré Olive, 1988, p. 121).

Por su parte, la SAP de Madrid de 27 de marzo de 1989 establece que el procesado incumple la llevanza de la contabilidad según la resolución de la Dirección General de Tributos de 27 de marzo, «disposición que no se encuentra entre aquellas que constituyen fuente de derecho tributario», por lo que «deviene imposible su comisión dado que, en modo alguno, puede admitirse que dichas resoluciones puedan integrar la norma penal». Sin embargo,

² SSTS de 25 de septiembre de 1990, 24 de febrero de 1993, 14 de enero de 1994, 2 de mayo de 1996, 28 de octubre de 1997, 21 de diciembre de 1999, 28 de marzo de 2001.

puede estar fundamentada en una ley tributaria, pero desarrollada en un reglamento, como sucede con el impuesto de la renta de las personas físicas (IRPF), porque si fuese necesario que la norma jurídica que disponga tal obligación ostente rango de ley, «tanto en sentido formal como material» (Martínez Pérez, 1986, p. 362), «el artículo resultaría prácticamente inaplicable» (Pérez Royo, 1986, p. 211 y Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, 2010, p. 361), dejando al precepto «prácticamente vacío de contenido y casi sin ámbito de aplicación» (Morales Prats, 2011). La ley tributaria crea la obligación de llevar la contabilidad, pero no determina la contabilidad mercantil que debe llevarse, por ser materia propia del derecho mercantil, ni fija los libros fiscales concretos que obligatoriamente deben ser empleados. Para ello se recurre a normas mercantiles y fiscales de distinta jerarquía, de forma que se determinen los límites concretos de la contabilidad mercantil o fiscal obligatoria.

El segundo requisito es que el hecho que se haya realizado con la intención de evadir tributos. «La actuación del sujeto activo viene determinado por la intención de evasión del tributo» (Pérez Royo, 1986, p. 255). Esto supone que cualquier alteración de los datos contables que no tenga la intención de defraudar impuestos, sino de ofrecer una imagen más favorable, puede producir un delito de falsedad documental pero nunca de delito contable.

El tercero consiste en que las actuaciones se produzcan con dolo, por no estar prevista la cláusula de cobertura para la incriminación de las conductas culposas (cfr. art. 12 CP). El delito tipificado en el artículo 310 del CP tiene carácter doloso «en todas sus modalidades» (Aparicio Pérez y Álvarez García, 2010, p. 17), porque «no regula la conducta culposa» (Bajo Fernández e Bacigalupo Saggese, 2010, p. 365). Lo anterior es admitido por la mayoría de la doctrina, salvo excepciones como Boix y Mira (Boix Reig y Mira Benavent, 2000, p. 1.127), para quienes el supuesto del artículo 310 a) del CP «no presenta la menor dificultad para aceptar la modalidad culposa». Sin embargo, esta modalidad culposa no está prevista, como puede observarse en la redacción de la norma, donde se elimina el castigo por imprudencia al describir el comportamiento con el verbo «simular», el adjetivo «ficticia», y al calificar el hecho de «falsedad». El soporte del delito de incumplimiento de obligaciones contables con la intención de defraudar al fisco lo constituyen actos formales que ofrecen la característica de poder servir de medios para la realización o «posibilitación maliciosa de los delitos contra la Hacienda Pública, es decir, es la única forma posible de comisión de estos delitos de defraudación, expresión que conlleva inseparablemente unida la idea de dolo» (SAP de Madrid de 28 de diciembre de 2000).

El último requisito es que cumpla una de las cuatro condiciones «de carácter personal» (Circ. de dic. 16/86 de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria) establecidas en el artículo 310 del CP:

- a) Incumpla absolutamente la obligación de llevanza de contabilidad en régimen de estimación directa de bases tributarias.
- b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.

- c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.
- d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

Así, la consideración como delito de los supuestos de hecho a que se refieren los párrafos c) y d) anteriores requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico³.

El artículo castiga su violación por medio de determinados comportamientos que pueden clasificarse en dos grupos distintos. Los dos primeros apartados son conductas constitutivas de delito, mientras que los segundos son supuestos en los que la irregularidad contable debe ir unida a una conducta posterior y alcanzar una determinada importancia cuantitativa.

Entonces, para que se cometa el delito del apartado a) es preciso que: 1. El sujeto activo tenga la obligación por ley tributaria de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales; 2. Exista incumplimiento absoluto y total de llevanza de contabilidad; 3. El incumplidor esté obligado por la ley tributaria a llevar contabilidad o libros y registros fiscales en régimen de estimación directa de las bases; 4. Esto lo haga con ánimo de engañar y defraudar al fisco.

Para que se cometa el delito del apartado b) es preciso que: 1. El sujeto activo tenga la obligación por ley tributaria de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales; 2. El sujeto lleve varias contabilidades; 3. Oculten o simulen la verdadera situación de la empresa; 4. Esto lo haga con ánimo de engañar y defraudar al fisco.

Para la existencia del delito previsto en el apartado c) es preciso que: 1. El sujeto activo tenga la obligación por ley tributaria de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales; 2. No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas, con el ánimo de alterar los datos con relevancia fiscal; 3. Se haya omitido la correspondiente declaración tributaria o que la presentada refleje esa falsa contabilidad; 4. La

³ «Se sanciona tanto la ausencia de contabilidad –incumplimiento absoluto– cuando los sujetos tributen en régimen de estimación directa para hallar el rendimiento de la actividad económica, como la llevanza de distintas contabilidades referidas a la misma actividad y ejercicio económico que oculten o simulen la verdadera situación de la empresa –en cuanto acto previo preparatorio del delito fiscal–; y la realización de anomalías contables tendentes a la ocultación de beneficios, siempre que vayan acompañados de la ausencia de declaraciones tributarias o de declaraciones confeccionadas con base en dichas anomalías, en tanto en cuanto la cuantía de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda de 240.000 euros» (STS de 4 de abril de 2011).

cuantía exceda de 240.000 euros por cada ejercicio económico; 5. Esto lo haga con ánimo de engañar y defraudar al fisco.

Finalmente, para la existencia del delito previsto en el apartado d) es preciso que: 1. El sujeto activo tenga la obligación por ley tributaria de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales; 2. Se hayan practicado en ellos anotaciones contables ficticias, con el ánimo de alterar los datos con relevancia fiscal; 3. Se haya omitido la correspondiente declaración tributaria o que la presentada refleje esa falsa contabilidad; 4. La cuantía exceda de 240.000 por cada ejercicio económico; 5. Esto lo haga con ánimo de engañar y defraudar al fisco.

7. Sujeto activo del delito

7.1. Autoría directa

La redacción del artículo 310 del CP configura el delito contable como un delito especial propio, el cual se caracteriza porque la autoría directa se reserva a «un sujeto activo con especial cualificación» (STS de 28 de marzo de 2001). Este delito solamente puede ser realizado por sujetos determinados: una persona física que, obligada por la ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales, realiza el tipo injusto requerido. Si el sujeto pasivo recae sobre una persona jurídica, será de aplicación el artículo 310 bis del CP, a cuyo tenor será considerado como autor quien actúe como administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica o en nombre o representación (legal o voluntaria) de la misma.

Para ser considerado sujeto activo del delito es necesario el cumplimiento de un doble requisito. En primer lugar, es preciso que sean sujetos pasivos de una relación jurídico-tributaria de carácter formal: que las leyes propias de cada tributo establezcan la sujeción al cumplimiento de deberes contables. En segundo lugar, es necesario que sean sujetos pasivos de una relación jurídico-tributaria de carácter material: que tengan la cualidad de deudor tributario. Esta doble especialidad se concreta de forma diferente en los cuatro supuestos del artículo 310; en los supuestos recogidos en los apartados a), c) y d) la especialidad se refiere a la superposición de una relación jurídico-tributaria material (sujetos pasivos, generalmente contribuyentes) con otra formal (obligados a la llevanza de libros); en el supuesto de la letra b) se requiere la cualidad de empresario sumada a la obligación de llevanza de libros (relación formal).

Por lo tanto, dos sujetos deben ser excluidos de la autoría. En primer lugar, los empresarios que están obligados a llevar la contabilidad en virtud exclusiva de la legislación mercantil. En segundo, los sujetos pasivos de los tributos que no estén obligados a la llevanza de la contabilidad, bien por ser sujetos pasivos de un tributo que no los obliga, o bien por no reunir las condiciones que la ley tributaria impone para tener que llevar la contabilidad.

Esta doble especialidad, sujeto pasivo generalmente contribuyente y empresario, por una parte, y obligado a llevar contabilidad, por otra, debe analizarse a la luz de la normativa reguladora de la materia tributaria.

Sí están comprendidos en el artículo 310 del CP los sujetos obligados en el impuesto de sociedades, IRPF e IVA, pues el Código Penal remite a la legislación tributaria para establecer los sujetos activos del delito.

A su vez, el artículo 104 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio dispone, bajo la rúbrica «obligaciones formales de los contribuyentes», que:

1. Los contribuyentes del IRPF estarán obligados a conservar los justificantes y documentos acreditativos de las operaciones, rentas, gastos, ingresos, reducciones y deducciones de cualquier tipo que deban constar en sus declaraciones.
2. Los contribuyentes que desarrollen actividades empresariales, cuyo rendimiento se determine por el método de estimación directa, estarán obligados a llevar contabilidad ajustada a lo dispuesto en el Código de Comercio. No obstante, reglamentariamente se podrá exceptuar de esta obligación a los contribuyentes cuya actividad empresarial no tenga carácter mercantil de acuerdo con el Código de Comercio, y a aquellos contribuyentes que determinen su rendimiento neto por la modalidad simplificada del método de estimación directa.
3. Los contribuyentes de este impuesto estarán obligados a llevar los libros o registros que reglamentariamente se establezcan.
4. Reglamentariamente podrán establecerse obligaciones específicas de información de carácter patrimonial, simultáneas a la presentación de la declaración del IRPF o del Impuesto sobre el Patrimonio, destinadas al control de las rentas o de la utilización de determinados bienes y derechos de los contribuyentes.

Por otra parte, el artículo 133.1 del Real Decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de Ley del impuesto sobre sociedades, que establece las obligaciones contables y facultades de la administración tributaria, declara (en su redacción de la Ley 16/2007) que

Los sujetos pasivos de este impuesto deberán llevar su contabilidad de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio o con lo establecido en las normas por las que se rigen. En todo caso, los sujetos pasivos [...] llevarán su contabilidad de tal forma que permita identificar los ingresos y gastos correspondientes a las rentas y explotaciones económicas no exentas.

El artículo 164.1.4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA establece, entre las obligaciones de los sujetos pasivos, la de llevar la contabilidad y los registros que se establezcan, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Comercio y demás normas contables.

Respecto a la jurisprudencia, se puede decir que esta se basa en la legislación fiscal para detallar los libros necesarios:

La legislación vigente en la fecha de los hechos recoge con claridad los libros que se debían llevar. Así, la LGT [...] establece en su artículo 35.2 que el sujeto pasivo está obligado a llevar y conservar los libros de contabilidad, registros y demás documentos que en cada caso se establezca [...]. Los libros de carácter mercantil, a los que se refieren los artículos 25 y siguientes del Código de Comercio [...], son el libro diario y el libro de inventarios y cuentas anuales. Los libros de carácter fiscal [...] eran los siguientes. La Ley del Impuesto sobre Sociedades imponía la obligación de llevar una contabilidad de conformidad con lo regulado en el Código de Comercio y demás disposiciones legales que fuesen de aplicación. El reglamento del impuesto sobre sociedades imponía [...] los libros registro auxiliares de compras, ventas, cobros y pagos, gastos. Con relación al IVA, la ley que regulaba este impuesto, exigían la obligación de llevar una contabilidad y registros y los libros que se establecieran en el reglamento; el reglamento del IVA exigía un libro de registro de facturas emitidas, otro de facturas recibidas y un registro de bienes de inversión (SAP de Madrid de 28 de diciembre de 2000).

7.2. Autoría mediata sin ser representante

Como el delito únicamente puede ser cometido por el sujeto obligado al cumplimiento de los deberes contables, la coautoría de los terceros está excluida. No obstante, sí es posible que el autor directo del delito coexista con diversos autores mediatos. La complejidad de las alternativas hace necesaria la división de las posibilidades en función de su naturaleza y función. Por un lado, es necesario identificar los diferentes sujetos: empleados contables, asesores contables, asesores fiscales y abogados. Por otro, es preciso diferenciar si el partícipe actúa o no como representante de la persona obligada por la ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales, porque este hecho marcará su tratamiento penal.

En este apartado se analizan los autores mediatos que no actúan como representantes, incidiendo en los empleados contables y asesores contables, que, a efectos de autoría, tienen las mismas características, salvo las especificaciones que se derivan de las obligaciones laborales (principalmente la influencia de la obediencia debida y el miedo insuperable).

Como el delito contable es un delito especial propio, únicamente puede ser realizado por sujetos determinados. Esta idea ha llevado a afirmar a la jurisprudencia que los asesores contables, al igual que los abogados y asesores fiscales, nunca pueden ser autores de este delito, como mucho partícipes. Los partícipes no deben quedar impunes porque, aunque no son los obligados tributarios, pueden ser responsabilizados cuando con su

aporte técnico han contribuido de manera decisiva a desfigurar la situación económica de la empresa⁴.

Ahora bien, la STS de 16 de febrero de 2001 analiza el régimen penal del asesor contable y fiscal para el supuesto de cooperación necesaria.

De la prueba practicada en el acto del juicio oral queda perfectamente acreditado: a) Que era el asesor contable y fiscal de los acusados y empresas a que se refieren las actuaciones. b) Que en el ejercicio de estas funciones, para reducir las cantidades que debían abonar como pago de impuestos, les suministró facturas falsas que no respondían a operaciones mercantiles reales. c) Que dichas facturas y las correspondientes operaciones ficticias fueron registradas en los libros contables de las empresas. d) Que las facturas falsas correspondían a empresas sin ninguna actividad comercial.

[...]

No puede ser considerado como autor del delito contable por carecer de la condición de sujeto pasivo de la obligación contable y tributaria, y no poderse apreciar ninguna otra forma de participación.

[...]

No es sujeto pasivo de ninguno de los tributos a los que afectan las anotaciones contables, ni está obligado a llevar los libros; no obtenía ventaja ni provecho de las anotaciones ficticias; la obtención de facturas falsas no es acto que integre el tipo del artículo 310 d).

[...]

Solo puede considerarse autor directo del delito el obligado por ley tributaria a llevar los libros y la demás contabilidad de la empresa.

[...]

La conducta se configura como un auténtico cooperador necesario al realizar una actividad imprescindible para la perpetración del ilícito penal sancionado.

⁴ «El asesor fiscal y contable está excluido de la autoría directa, dado que no reúne la condición de sujeto pasivo de la obligación contable tributaria, pues los obligados por las leyes tributarias a llevar la contabilidad de forma completa y veraz son el empresario, el gerente y el representante» (SAP de Burgos de 29 de marzo de 1999). Según esta sentencia, un asesor fiscal o un contable solo sería responsable del delito imputado «si se acreditase su actuación por vía de inducción (instigar, persuadir o captar la voluntad ajena para la comisión del delito) o de cooperación necesaria (cuando la ayuda por él prestada reúna las notas de principalidad, necesidad o imprescindibilidad para perpetración y consumación del ilícito penal en virtud del CP, art. 28)».

[...]

No hay duda de que nos encontramos con una cooperación eficaz con efectiva transcendencia en el resultado final de la operación planeada, que no puede ser encuadrada en el párrafo primero del art. 28 CP por no ser el acusado sujeto pasivo de ninguna obligación tributaria.

Aunque, como hemos visto, la jurisprudencia se ha limitado a afirmar que los asesores contables y los empleados contables no son autores mediatos, el análisis debe ser más profundo (tabla 1). El contable nunca cometerá delito cuando actúe sin actuación dolosa. Cuando un empleado contable o un asesor contable externo (o un abogado o un asesor fiscal) realiza los registros contables con base en datos ofrecidos por el obligado a llevar la contabilidad, siempre que actúe con desconocimiento de la situación, el empresario será autor mediato y el contable quedará impune.

Los problemas aparecen cuando el empresario induce al contable a realizar el comportamiento prohibido, teniendo este último un comportamiento doloso. Este supuesto se produce cuando el empresario induce al contable a realizar anomalías contables, conociendo este la situación que se deriva de ello. En un primer análisis, el contable no puede ser castigado por esos hechos, pues no comete la conducta típica, al no poseer la calidad necesaria para que le sea imputable, pero además, el empresario no puede ser considerado partícipe porque no existiría delito al que vincular su inducción. Esta situación no tiene sentido.

Para solventar esta impunidad, la doctrina germánica creó la «teoría del instrumento doloso no cualificado» (Hippel, 1932 y 1930, p 482; Baumann, 1963a, 1963c y 1963b; Baumann, Weber y Mitsch, 1995; Kienapfel, 1984; Maurach, 1962; Maurach, Gössel y Zipf, 1995). Según esta teoría, aplicable entre otros delitos al del artículo 310 del CP (Ferré Olive, 1988, p. 234 y Suárez Sánchez, 2001, p. 35), el empresario (inductor) es castigado como autor mediato, y el contable (inducido) es calificado como cómplice.

La aplicación de esta teoría sobre los contables supone que el obligado a la llevanza de la contabilidad (empresario comerciante) conviene con un empleado o asesor contable la realización, de forma dolosa, de las anomalías descritas en el artículo 310; en este caso, el empresario no es simplemente un inductor sino un autor mediato, aunque el contable autor del acto no sea un sujeto que pueda ser autor, al no concurrir las condiciones que exige el tipo objetivo; por su parte, el contable inducido responderá como cómplice por haber actuado como un instrumento doloso no cualificado. La jurisprudencia ha apoyado y aplicado la teoría doctrinal de que la ley no impide la punibilidad del *extraneus* como partícipe en el delito propio del *intraeus*⁵.

⁵ Vid. SSTS de 14 de enero de 1994, 26 de enero de 1994, 24 de junio de 1994, 20 de mayo de 1996, 10 de enero de 1997, 21 de diciembre de 1999 y 28 de marzo de 2001.

Para todos los casos en los que el contable actúe con dolo deben identificarse tres supuestos distintos: si actúa por propia iniciativa, si sigue instrucciones del deudor tributario o si actúa en connivencia con él.

Si el contable a quien se encomienda la realización de las actuaciones necesarias tendentes al cumplimiento de la obligación incumple dolosamente el mandato recibido por propia iniciativa sin inducción, sin previo acuerdo y sin conocimiento del deudor tributario, el contable no se verá inculcado por el artículo 310 del CP, aunque sí podrá ser autor mediato de otro delito, frecuentemente, el de falsedad documental, estipulado en el artículo 392 del CP. El deudor tributario tampoco estará castigado por el artículo 310 porque no intervino en la acción.

Conceder una penalidad distinta a quien actúe por propia iniciativa, de quien lo hace siguiendo instrucciones del sujeto pasivo y de quien a su vez lo realiza con la connivencia del obligado tributario, convierte en un concepto capital conocer la motivación de los implicados:

Se argumenta por la defensa que no era obligación del acusado controlar si se llevaba la contabilidad y los libros oficiales, pues para ello ya tenía contratado a profesionales, por lo que se viene a invocar la falta de concurrencia del elemento subjetivo, integrado por el dolo en la conducta del acusado. Este tribunal no discute si eso es o no cierto, pero lo que está acreditado es que no ha podido aportar los libros de contabilidad de las sociedades ni los demás libros exigidos por la legislación, a los que ya se ha hecho referencia, y que esta conducta se reiteró durante al menos cuatro años. Tampoco es lógico que durante cuatro años se esté pagando a varios contables sin que al menos anualmente se compruebe cuál ha sido el trabajo que han desarrollado, presentando estos al administrador de las sociedades las cuentas de las mismas. Y a lo expuesto debe añadirse que el acusado, según sus propias manifestaciones, llevaba el control absoluto de todas sus empresas, tomaba todas las decisiones, manejaba todos los fondos y estaba al tanto de todas las cuestiones que surgían en el tráfico cotidiano de las mismas. Por lo que no se explica que no controlara la existencia de una contabilidad y unos libros oficiales, no solamente ya por el hecho de que se trataba de una obligación legal, sino por el propio interés de conocer la marcha real de sus sociedades. Por lo tanto no puede decirse que en el actuar del acusado no concurra el dolo que exige esta figura delictiva (SAP de Madrid de 28 de diciembre de 2000).

Cuando el contable actúa siguiendo instrucciones del deudor tributario, entonces podrá deducirse responsabilidad por su contribución al hecho como partícipe (inductor, cooperador necesario o cómplice no necesario). En el caso de que el delito lo cometa el contable siguiendo órdenes del titular de la empresa en la que trabaja, hay que tener en cuenta la posibilidad de obediencia debida y la conexión con el miedo insuperable, «que sería necesario resolver caso por caso» (Aparicio Pérez y Álvarez García, 2010, p. 23).

El Diccionario de la Real Academia Española ofrece dos acepciones de connivencia: con-fabulación, acuerdo entre varios para cometer un delito o una acción ilícita, por un lado, y to-

lerancia del superior para con las faltas que cometen sus subordinados contra las normas o costumbres establecidas, por el otro. En cualquiera de las dos acepciones es posible observar una conducta distinta de la de recibir instrucciones del sujeto pasivo. Cuando el contable actúa en connivencia con el deudor tributario, entonces podrá deducirse responsabilidad por su contribución al hecho como partícipe (inductor, cooperador necesario o cómplice no necesario).

Tabla 1. Posibilidades del delito del profesional contable (asesor contable, abogado, asesor fiscal)

		Delito del contable	Delito del empresario
Contable		Por propia iniciativa. Sin conocimiento del deudor tributario	No delito
	Sin dolo	Siguiendo instrucciones del deudor tributario	No delito
		En connivencia con el deudor tributario	No delito
		Por propia iniciativa. Sin conocimiento del deudor tributario	Delito de falsedad documental. Autor mediato. Artículo 392 CP
	Con actuación dolosa y responsable	Siguiendo instrucciones del deudor tributario	Delito contable. Cómplice. Artículo 310 CP
		En connivencia con el deudor tributario	Delito contable. Cómplice. Artículo 310 CP
			No delito
			Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP
			Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP

Fuente: elaboración propia.

7.3. Autoría mediata como representante

En los supuestos en los que se encargue a otros (empleado contable, asesor contable, abogado o asesor fiscal) el cumplimiento de la obligación tributaria, sin ser obligados tributarios, será de aplicación el artículo 31 del CP, que trata de dar soluciones al problema de la autoría cuando la cualificación requerida en el tipo concurre en el representado y no en el representante:

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personal-

mente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Es necesario distinguir entre representante legal y voluntario (tabla 2). El representante legal sustituye a todos los efectos a su representado. Como se le pueden exigir directamente los deberes formales de carácter contable, puede ser autor del delito contable.

Por su parte, el representante voluntario no puede, por sí mismo, ser el autor del delito contable, aunque sí puede ser partícipe o cómplice.

Si el representante voluntario actúa sin dolo, queda impune, pues es un mero instrumento material del sujeto pasivo. Si el representante actúa por propia iniciativa, el representado tampoco cometerá delito.

Igualmente, si el representante voluntario actúa de forma dolosa y lo hace por propia iniciativa, no resultará incriminado por delito contable, aunque puede serlo por otro delito, principalmente el de falsedad en documento mercantil punible de acuerdo con el artículo 392 del CP.

Por su parte, el representante voluntario que actúa de forma dolosa y sigue las instrucciones del sujeto pasivo es cómplice del deudor tributario que debe ser calificado como inductor. Aplicando la «teoría del instrumento doloso no cualificado», el empresario (inductor) es calificado como autor mediato y el contable (inducido) como cómplice.

Por último, el representante voluntario que actúa de forma dolosa y que realiza su actuación en connivencia del representado es un cómplice del deudor tributario que debe ser calificado como inductor. Aplicando la «teoría del instrumento doloso no cualificado», el empresario es autor mediato y el contable cómplice.

Tabla 2. Posibilidades del delito del representante

			Delito del representante	Delito del representado
Representante	Legal		Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP	No delito
	Voluntario	Sin dolo	Por propia iniciativa. Sin conocimiento del representado	No delito



		Delito del representante	Delito del representado	
Representante Voluntario (cont.)		Siguiendo instrucciones del sujeto pasivo	No delito	Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP
		En connivencia con el representado	No delito	Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP
	Con actuación dolosa y responsable	Por propia iniciativa. Sin conocimiento del representado	Delito de falsedad documental. Autor mediato. Artículo 392 CP	No delito
		Siguiendo instrucciones del sujeto pasivo	Delito contable. Cómplice. Artículo 310 CP	Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP
	En connivencia con el representado	Delito contable. Cómplice. Artículo 310 CP	Delito contable. Autor mediato. Artículo 310 CP	

Fuente: elaboración propia.

8. Modalidades típicas

8.1. Falta absoluta de contabilidad en régimen de estimación directa

Para que se cumpla el delito, de peligro abstracto, establecido en el apartado a) del artículo 310 del CP se exigen dos requisitos: uno contable, el incumplimiento absoluto de la llevanza de contabilidad, y otro fiscal, que el sujeto activo esté sometido al régimen de estimación directa de bases tributarias, esto es, al sistema de determinación de la base del impuesto por medio de declaraciones, documentos y datos consignados en libros y registro.

Respecto al primer requisito, una interpretación literal del artículo sanciona la omisión plena de la contabilidad, por lo que en caso de anotación parcial de las operaciones en los libros registro, aunque no refleje la imagen fiel de la empresa, no es reconducible a este apartado.

Con esta interpretación literal, en cuanto exista un asiento contable (el asiento de apertura) ya no estamos ante este supuesto delictivo. Sin embargo, la interpretación debe ser

más flexible considerando que «el incumplimiento es absoluto cuando imposibilita totalmente la función que en materia de tributos están llamados a realizar los libros o registros fiscales» (SAP de Madrid de 28 de diciembre de 2000), ya que con la interpretación literal se estaría produciendo un «vaciamiento total de esta figura» (Aparicio Pérez y Álvarez García, 2010, p. 19).

Esta es la interpretación correcta, independiente de las normas utilizadas para registrarlas y del soporte en el que se materialice el registro contable. Para analizar el primer caso debe observarse la SAP de Valencia 26 de noviembre de 1998:

La alegación no puede prosperar pues no puede confundirse la llevanza de estos listados de ordenador o medios privados de contabilidad con la exigida en el tipo penal, pues la letra a) del referido precepto se refiere al incumplimiento absoluto de la obligación, no tanto de llevar la contabilidad como si se tratara de la administración de una casa, cuanto la contabilidad exigida en las disposiciones legales.

Para el segundo, la SAP de Madrid de 28 de diciembre de 2000:

Se alega por la Defensa que las sociedades tenían una contabilidad, aunque fuese por medio de listados de ordenador, por lo que no puede hablarse de un absoluto incumplimiento de llevar la contabilidad.

La redacción mejoraría si se especificara que este delito se comete con cualquiera de los tres siguientes actos: si no hay ni un asiento en los libros contables, si el contribuyente no pone los libros a disposición de la Administración tributaria o si el incumplimiento de los deberes contables fuera de tal naturaleza que hiciera imposible la función que en materia de tributos están llamados a realizar los libros o registros fiscales.

El segundo requisito es que solo será punible si el contribuyente se encuentra en régimen de estimación directa de bases tributarias y, además, el sujeto activo del delito impide determinar la base imponible de un impuesto que debe ser estimado por la administración sirviéndose de «datos consignados en libros y registros», como establece el artículo 48 de la LGT. Por tanto, el delito no se puede cometer en impuestos en los que la ley obligue al método de estimación objetiva singular de la base imponible.

El sometimiento al régimen de estimación directa de las bases tributarias del obligado tributario constituye un supuesto perfectamente determinable, limitando el ámbito de las posibles conductas delictivas a los siguientes sujetos: empresarios personas físicas y entes sin personalidad en régimen de estimación directa (normal o simplificada) de rendimientos empresariales, personas jurídicas sujetos pasivos del impuesto de sociedades y profesionales en régimen de estimación directa de rendimientos de su actividad. No cabe extender el tipo a los sujetos pasivos en régimen de estimación objetiva.

Con la redacción actual, el delito solo es punible para los supuestos de estimación directa de la base tributaria. No obstante, esta limitación es un error porque existe deber de registro en algunos supuestos de estimación objetiva (los que deduzcan amortizaciones y los que determinen su rendimiento neto en función del volumen de operaciones). La legislación debería modificarse para aumentar la punibilidad a los supuestos de estimación objetiva.

La renta derivada del ejercicio de una actividad económica se determina, como regla general, realizando determinados ajustes positivos o negativos sobre el resultado contable del ejercicio. Sin embargo, excepcionalmente, la normativa española contempla la posibilidad de determinar el rendimiento derivado del ejercicio de una actividad económica sin atender al resultado contable. El método de estimación objetiva permite la determinación de los rendimientos de la actividad económica de forma estimativa, mediante la aplicación de ciertos índices o módulos aprobados oficialmente. En estos casos, la renta sometida a gravamen no se determina por diferencia entre ingresos y gastos efectivos, sino a tanto alzado, en función de datos objetivos considerados como indicativos de la obtención de mayores o menores beneficios. Los sujetos pasivos que obtengan rendimientos derivados de actividades económicas, siempre que cumplan determinadas condiciones relativas al tipo de actividad y al volumen de ingresos y de compras, pueden optar por determinar tales rendimientos a través del método de estimación objetiva. El ámbito objetivo de aplicación del método de estimación objetiva a los sujetos pasivos del IRPF es muy amplio, por el contrario, son pocos los sujetos pasivos del IS que pueden optar por este método. Solamente determinarán la base imponible del IS, a través del método de estimación objetiva, los sujetos pasivos a los que resulte aplicable el régimen especial de entidades navieras en función del tonelaje.

Los contribuyentes que determinen su rendimiento neto mediante el régimen de estimación objetiva deberán conservar, numeradas por orden de fechas y agrupadas por trimestres, las facturas emitidas de acuerdo a lo previsto en el Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, y las facturas o justificantes documentales de otro tipo recibido. Igualmente deberán conservar los justificantes de los índices o módulos aplicados.

Los contribuyentes acogidos a este régimen que deduzcan amortizaciones estarán obligados a llevar un libro de registro de bienes de inversión (regulado en el art. 65 del Reglamento del IVA). Además, por las actividades cuyo rendimiento neto se determine en función del volumen de operaciones (así ocurre en las actividades agrícolas y ganaderas), habrán de llevar un libro registro de ventas o ingresos. Toda esta documentación también debería estar protegida por el delito que nos ocupa.

Por tanto, la redacción del artículo 310 a) del CP debería explicitar qué debe ser aplicable a los sujetos obligados a tributar, tanto por el método de estimación directa como por el método de estimación objetiva.

8.2. Llevar doble o más contabilidades

El apartado b) del artículo 310 del CP regula un delito de peligro abstracto, hecho preparatorio del delito fiscal, consistente en llevar contabilidades distintas, es decir, «dos o más contabilidades» (SAP de Pontevedra de 1 de febrero de 2007) (STS de 22 de mayo de 2009), referidas a una misma actividad y ejercicio económico.

El texto se refiere a contabilidades distintas, por lo que quedan fuera del delito los registros de carácter exclusivamente fiscal que deben llevar los profesionales o artistas no sujetos al régimen de contabilidad mercantil.

El requisito imprescindible es que existan dos o más contabilidades, siendo una de ellas un registro que persiga fines defraudatorios y se presente a la Hacienda Pública. Puede ser que exista otra para satisfacer las necesidades del resto de usuarios, o puede ser también que existan un número de contabilidades mayor, por ejemplo, que una recoja la situación patrimonial de la empresa utilizada a efectos internos, indispensable para una adecuada gestión social, y otra distinta muestre una información adecuada para sus relaciones con el resto de terceros, distintos a la Hacienda Pública.

Para que se perfeccione el delito es necesario que la doble contabilidad persiga fines defraudatorios tributarios. No es punible una segunda contabilidad que, aun ocultando o simulando la verdadera situación de la empresa, no persiga una finalidad defraudatoria, si no que persiga cualquier otra finalidad de modificación de la imagen económico-financiera de la entidad. Palao Taboada (1985, p. 253) pone como ejemplo una contabilidad ajustada a criterios fiscales y otra basada en principios contables distintos como coste de reposición. De la misma forma, la conducta es impune si la doble contabilidad, aun siendo creada para satisfacer los fines fraudulentos, no llega a utilizarse para ello, si no que se utiliza para otras finalidades como «para realizar la liquidación» (Serrano Gómez y Serrano Maillo, 2005, p. 575) o para solicitar recursos del mercado de capitales.

El delito requiere no solo que existan dos contabilidades, sino que una sea presentada a la Hacienda Pública y la otra a cualquier otro usuario de la contabilidad financiera. Si no se presenta a otro destinatario de la información financiera, nada más que a la Hacienda, no existirá tal delito. La obligación de llevar los libros contables se compone de cinco obligaciones: de registrar los hechos económicos en los libros contables (art. 25 CCom.), de presentar los libros contables para su legalización (art. 27 CCom.), de conservar los libros contables (art. 30 CCom.), de formular las cuentas anuales (art. 34 CCom.) y de firmar los libros contables (art. 37 CCom.). Esto supone que para que exista este delito es necesario hacer valer frente a terceros una contabilidad registrada, firmada, conservada y presentada distinta a la entregada a la Hacienda Pública.

La SAP de Pontevedra de 1 de febrero de 2007 establece tres hechos en los que no existe delito según el artículo 310 b) del CP. El primero es la existencia de tres cheques y

un recibo sin contabilizar; este caso «no constituye acreditación suficiente de la existencia de llevanza de contabilidades distintas». El segundo es que la contabilidad del acusado no había reflejado correctamente el IVA correspondiente a tres pisos. En este caso «no estaríamos en presencia de llevanza de una doble contabilidad sino de asientos contables inexactos, que por tanto no podrían integrar el supuesto de hecho del artículo 310-b) del CP sino el del artículo 310-c), que se refiere a la falta de anotación en los libros contables o las anotaciones con cifras distintas a las verdaderas». El tercero es la utilización indebida de la cuenta de caja, sin ajustarse al PGC; en este caso «podría suponer una infracción de tal Plan, pero no es un supuesto de doble contabilidad».

El apartado intenta evitar que una de las contabilidades sea utilizada por el obligado tributario para pagar menos impuestos, sin embargo, se limita a afirmar que «oculten o simulen la verdadera situación de la empresa» (art. 310.b CP). La jurisprudencia amplía la frase pero por el mismo camino: la «verdadera situación económica de la empresa» (SAP de La Coruña de 1 de julio de 1999) (SAP de Pontevedra de 1 de febrero de 2007). La redacción debería ser mejorada incidiendo en la finalidad del contribuyente para ahorrarse el pago de impuestos, más que incidir en el reflejo de una «verdadera» situación que ninguna normativa contable puede garantizar. Además, el artículo 310 b) del CP debería redactarse de forma que quede claro que, a través de la tipificación de este apartado, se pretende luchar contra el fenómeno representado por aquellas empresas o entidades que llevan dos o más contabilidades distintas, siendo una de ellas utilizada con fines de fraude a la Hacienda Pública, con la intención de ofrecer una información que permita eludir el correspondiente pago de los impuestos que gravan su actividad comercial sin que sea detectada la manipulación por la Inspección de Tributos.

8.3. Artificios contables

Los apartados c) y d) artículo 310 del CP incluyen una parte de los artificios contables, concepto integrado por las omisiones y por las falsedades contables. En concreto, solo tipifican los artificios contables que tengan la finalidad de entorpecer la determinación de la base imponible. La alteración de la contabilidad de una sociedad mercantil

produce una realidad aparente de su situación económica, que puede tener transcendencia sobre otras entidades que se relacionan con la que adopta una realidad contable ficticia, e incluso sobre posibles actuaciones de la Hacienda Pública al liquidar el impuesto sobre sociedades (STS de 25 de junio de 2010).

Los apartados c) y d) tipifican la utilización de artificios contables destinados a la desfiguración de la base imponible en beneficio del sujeto pasivo del impuesto, que solo son punibles cuando concurren dos condiciones. La primera es que se hayan omitido las declaraciones tributarias o las que se hayan presentado lo hayan sido estableciendo bases

inexactas por motivo de la manipulación. La segunda es que las cantidades manipuladas excedan de 240.000 euros.

Los apartados c) y d) pueden estudiarse de forma conjunta porque tienen muchas diferencias con los dos anteriores. Mientras que los dos primeros casos regulan irregularidades generales de la contabilidad, las segundas regulan manipulaciones puntuales en la contabilidad. Además, a diferencia de los dos primeros, los apartados c) y d) requieren que comience la ejecución del delito fiscal (así como que la cuantía de los cargos o abonos omitidos o falseados excedan de 240.000 euros en cada ejercicio económico).

Por supuesto, no hay que confundir la contabilidad creativa y el delito contable (Blasco Lang, 1998, p. 33 y Bernate Ochoa, 2007, p. 52). La frontera entre ambos conceptos es que el delito contable consiste en el incumplimiento de una ley, y la contabilidad creativa es la utilización de una ley contable, sin incumplirla, para aprovechar al máximo su potencialidad como instrumento para la obtención de las finalidades intrínsecas pretendidas por el contable.

Para ser consideradas como delito, las omisiones y alteraciones en la contabilidad deben tener como objetivo modificar los datos con relevancia fiscal, por lo que no serán constitutivas de delito las omisiones o alteraciones que no produzcan una variación en los ingresos y gastos, en el valor contable y fiscal de los activos y pasivos, o en las diferencias temporarias del ejercicio.

El legislador establece un requisito para que un hecho sea delito al establecer como necesario que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las que se hayan presentado lo hayan sido estableciendo bases inexactas por motivo de la manipulación. Esto supone que si el sujeto que ha cometido las infracciones contables presenta una declaración veraz, no estará cometiendo un delito. Eso sí, las irregularidades contables serán sancionadas como infracción tributaria.

Será válida la realización de asientos y anotaciones por cualquier procedimiento idóneo sobre hojas que después habrán de ser encuadernadas correlativamente para formar los libros obligatorios. Las anotaciones realizadas por procedimientos informáticos o por otros similares no pueden integrar la conducta tipificada en el artículo 310 d) del CP «mientras no sean encuadernados, que es cuando adquieren la condición de libros oficiales» (STS de 16 de febrero de 2001).

9. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el sujeto afectado por el incumplimiento. El perjudicado inmediato por el incumplimiento de las obligaciones contables es el acreedor tributario. Así, el sujeto pasivo es el ente público titular del derecho de crédito cuyo incumplimiento es uno de los requisitos necesarios para la existencia de delito.

El delito contable protege únicamente los intereses de la Hacienda Pública, y no a la totalidad de los sujetos que pueden verse afectados por los fraudes de la contabilidad. Solo cabe hablar de delito contable cuando se incumple una obligación contable que venga establecida por ley tributaria. Así, si la anomalía contable no vulnera ninguna exigencia tributaria pero lesiona intereses particulares, entonces no constituye delito contable, debiendo resolverse conforme a lo dispuesto en el Código Penal para las falsedades en documentos mercantiles.

La doctrina presenta consensuadamente que el delito contable tiene como bien jurídico protegido, con carácter general, al «Eriario Público» (Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, 2010, p. 361) o a la «Hacienda Pública, entendida como la persona jurídico-pública titular de ingresos fiscales destinados a cubrir las necesidades públicas» (Aparicio Pérez, 1997, p. 245). Sin embargo, estas afirmaciones no terminan de diferenciar completamente el sujeto pasivo, porque no especifican si se refieren exclusivamente a la Hacienda estatal, o también la autonómica o, incluso, la de otros organismos.

Como delito contra la Hacienda Pública, el bien jurídico protegido consiste primero en la función recaudatoria del Estado y demás organismos y entidades con capacidad impositiva, y los impuestos, como medio para el logro de determinada política económica (*vid.* art. 2.1 Ley 58/2003, general tributaria). Por su parte el artículo 31.1 de la Constitución establece la obligación contributiva para el sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente. Se trata de un deber de solidaridad cuyo incumplimiento encuentra la sanción penal.

Los principios que proclama el artículo 31 de la Constitución son, ciertamente, los que deben inspirar la política fiscal del Estado y los que vertebran el fundamento último de la obligación de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, «pero es el poder legislativo democráticamente legitimado el que desarrolla mediante la ley la política fiscal diseñada en la Norma fundamental y es el poder ejecutivo el encargado de establecer reglamentariamente los procedimientos por los que en cada caso se deben determinar las obligaciones tributarias» (STS de 3 de enero de 2003).

Es indudable, pues, que el bien jurídico protegido «no es exclusivamente el patrimonio estatal, afectado indirectamente, sino la perturbación ocasionada a la actividad recaudatoria del mismo, como presupuesto básico para cubrir patrimonialmente imperiosas necesidades públicas» (STS de 6 de noviembre de 2006).

La legislación debería definir que el sujeto pasivo es la Hacienda del Estado, la Hacienda foral, la Hacienda autonómica, la Hacienda local (cómo hace el art. 305.1 CP) y la Hacienda de los entes institucionales, entre ellos la Seguridad Social, siempre que se vean afectadas negativamente por el incumplimiento de las obligaciones contables.

Aunque la Hacienda del Estado es el principal sujeto pasivo, también lo serán el resto haciendas, como puede verse en la STS de 28 de marzo de 2001 referida al delito de defraudación. En esta sentencia aparece que la Hacienda pública de Navarra goza «en todo momento de la tutela del ordenamiento penal al mismo nivel que la Hacienda Pública del Estado».

De igual forma, también pueden ser sujetos pasivos el resto de entes institucionales. La doctrina es favorable a ello (Aparicio Pérez y Álvarez García, 2010, p. 17), basado, fundamentalmente en que el artículo 5.1 de la Ley 47/2003, de 27 de noviembre, general presupuestaria, establece que la Hacienda de los entes institucionales está dentro de la Hacienda del Estado. El ejemplo más claro es el de la Seguridad Social, porque el artículo 310 del CP se encuentra ubicado en el título denominado «De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social».

10. Concurso

10.1. Concurso con las normas administrativas

La vertiente material (existe otra vertiente procesal) del principio *non bis in idem* establece que nadie puede ser castigado –condenado o sancionado– dos veces por el mismo hecho. Este principio va «íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogido en el artículo 25 de la Constitución» (STS de 31 de octubre de 1992). Derivado de ello, es imprescindible determinar qué precepto es el que debe aplicarse en caso de coincidencia entre cualquier norma penal y administrativa. Si una misma conducta cae en los ámbitos del injusto penal y del ilícito administrativo, se investigará primero su adecuación en el precepto penal que, de comprobarse, excluirá la sanción administrativa. «Si no existió conducta penalmente relevante, continuará el procedimiento administrativo para determinar si hay responsabilidad administrativa» (Ferré Olive, 1988, p. 26).

Como se observa en la tabla 3, un mismo comportamiento cae en el ámbito penal y administrativo en un gran número de ocasiones, pues el legislador reguló superpuestas grandes zonas de punibilidad. Aunque no existe total coincidencia entre ambas regulaciones (pues la LGT tiene un ámbito mayor, permitiendo la sanción administrativa para un número mayor de conductas), es posible observar que ambas son disposiciones similares con un contenido material semejante y una misma estructura lógica.

Tabla 3. Naturaleza de las infracciones tributarias y sus sanciones

Ilícito administrativo (LGT)	Ilícito penal (CP)
Inexactitud u omisión de operaciones en la contabilidad o en los libros y registros exigidos por las normas tributarias.	No haber anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas (art. 310.c CP). Haber practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias (art. 310.d CP).



Ilícito administrativo (LGT)	Ilícito penal (CP)
▶ Incumplimiento de la obligación de llevar o conservar la contabilidad, los libros y registros establecidos por las normas tributarias, los programas y archivos informáticos que les sirvan de soporte y los sistemas de codificación utilizados.	Incumplimiento absoluto de la obligación de llevar contabilidad en régimen de estimación directa de bases tributarias (art. 310.a CP).
Llevanza de contabilidades distintas referidas a una misma actividad y ejercicio económico que dificulten el conocimiento de la verdadera situación del obligado tributario.	Llevanza de contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa (art. 310.b CP).

Fuente: elaboración propia.

Para precisar cuándo una conducta es subsumible en el precepto penal y cuándo en la norma administrativa, se realiza la siguiente distinción. En las letras a) y b) del artículo 310 del CP se cometerá el delito contable en el caso de incumplimiento absoluto y total de llevanza de contabilidad en régimen de estimación directa de las bases, y en el caso de llevar varias contabilidades, siempre y cuando esto se haga con ánimo de engañar. El resto de conductas posibles en relación con estos dos casos de incumplimiento total de llevanza de contabilidad y de llevar contabilidades diversas serán sancionables como meras infracciones administrativas. En las letras c) y d), la separación del delito contable de la infracción es más sencilla, ya que el criterio de separación es cuantitativo.

10.2. Relación con el delito de defraudación tributaria

El delito de incumplimiento de obligaciones contables con la intención de defraudar al fisco está relacionado, y es «compatible y acumulable» (Álvarez García, 1997, p. 33 y Ferro Veiga, 2007, p. 39) con el delito del artículo 305 del CP. Este último es denominado indistintamente por la doctrina defraudación tributaria (Ayala Gómez, 1988, p. 375) delito tributario (Rossy, 1989, p. 4) o delito fiscal (Ferro Veiga, 2007, p. 39)⁶.

Según el artículo 305.1 del CP, el que por acción u omisión defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obte-

⁶ Vid. STS de 27 de diciembre de 1990.

niendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía. Las penas señaladas se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: a) la utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario, y b) la especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o puede afectar a una pluralidad de obligados tributarios. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el periodo de tres a seis años.

Por tanto, si la defraudación es menor de 120.000 euros, el hecho es un delito contable, no de defraudación tributaria, por lo que no existirá concurso.

Cuando el sujeto pasivo haya cometido el delito del artículo 310 del CP con el fin de cometer defraudación tributaria, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia considera que esta produce un supuesto de concurso de leyes, que deberá resolverse con arreglo del principio de consunción (art. 8 CP regla 3) «a favor del art. 305 CP» (Martínez Pérez, 1982, 1986 y 1994; Ayala Gómez, 1988, p. 375; Ferré Olive, 1988, p. 236; Sánchez-Ostiz Gutiérrez, 1995, p. 616; Boix Reig, 1996; Boix Reig y Mira Benavent, 2000; Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, 2010, p. 365; Aparicio Pérez y Álvarez García, 2010, p. 29; y Morales Prats, 2011, p. 1.129).

La jurisprudencia observa la relación de consunción, en la que el delito contable queda consumido o absorbido por el artículo 305 del CP, «siendo la relación concursal de normas no de delitos»⁷. No es posible «castigar con independencia el acto preparatorio de un delito y el delito, después consumado, a que dicho acto se refiere, porque constituiría una vulneración del principio esencial *non bis in idem*» (STS de 27 de diciembre de 1990) (STS de 31 de octubre de 1992), por lo que «el delito contable queda consumido o absorbido» por el artículo 305 del CP (STS de 9 de marzo de 1993) y, por tanto, «con sanción exclusivamente por el delito de impago de impuestos» (STS de 28 de diciembre de 2000).

Solo son punibles los comportamientos del artículo 310 del CP en los supuestos de inaplicabilidad del artículo 305 del CP; esto se debe a que el delito contable es un delito

⁷ Cfr. SSTS de 14 de diciembre de 1990, 26 de noviembre de 1990, 27 de diciembre de 1990, 31 de octubre de 1992. SAP de La Coruña de 6 de mayo de 1993. SAP de Lérida de 15 de julio de 1993. SAP de Barcelona de 17 de noviembre de 1997. SAP de Valencia de 3 de diciembre de 1998. SAP de Madrid de 8 de julio de 1999. SAP de Burgos de 16 de diciembre de 2002. SAP Valencia de 9 de julio de 2004.

instrumental en la medida que sanciona «actos preparatorios» de una infracción tributaria (SAP de Madrid de 23 de junio de 2005). La configuración del delito contable como delito instrumental está ampliamente recogida en la jurisprudencia⁸. Producida la defraudación, esta absorbe y consume las precedentes irregularidades contables. «Los comportamientos del delito de incumplimiento de obligaciones contables con fraude fiscal solo resultan punibles en los supuestos de inaplicabilidad del delito de defraudación a la Hacienda estatal, autonómica o local, eludiendo el pago de tributos o disfrutando indebidamente de beneficios fiscales» (STS de 26 de noviembre de 1990) (STS de 10 de octubre de 2001). El delito contable es «un acto preparatorio, que por decisión legislativa adquiere la condición de figura penal propia pero que en sustancia no pasa de ser una modalidad del delito llamado fiscal o contra la Hacienda. Solo desde esta perspectiva puede ser contemplado» (SAP de Madrid de 28 de diciembre de 2000). «El delito contable es un delito instrumental en la medida que sanciona actos preparatorios de una infracción tributaria anticipando las barreras de protección penal, que solo queda elevado a categoría de delito autónomo cuando no se haya producido la defraudación a Hacienda constitutiva de delito» (STS de 28 de diciembre de 2000) (STS de 29 de junio de 2002).

Frente a esta corriente mayoritaria, parte de la doctrina sostiene que en este supuesto existe un concurso de delitos (Gracia Martín, 1990 y Lamarca Pérez, 1982, p. 756), que obligaría a sumar las penas de ambos preceptos. «Es clara la distinción entre el deber de declarar y otros deberes formales, especialmente el deber de llevanza de contabilidad y registro, pues cumplen funciones propias específicas y distintas en las diferentes fases del procedimiento de gestión» (Gracia Martín, 1990, p. 347), por ello, «el delito contable no puede ser entendido como un tipo dependiente de preparación de una defraudación tributaria» (Gracia Martín, 1990, p. 347). Incluso, la SAP de Valladolid de 20 de marzo de 1997 castigó aisladamente ambos delitos.

Esta última alternativa, aunque minoritaria, parece la correcta, porque no puede tener la misma pena una persona que defrauda, que otra que defrauda y además altera intencionalmente los registros contables. Además, debe tenerse en cuenta que los deberes de llevanza de la contabilidad tienen muchas motivaciones, y solo una de ellas es la tributaria, por lo que no puede considerarse que los primeros deberes siempre tienen un carácter instrumental sobre los segundos; en algunos casos, las infracciones contables son un instrumento para una infracción tributaria, pero otras veces la infracción contable tiene otras intenciones. En la actualidad este problema está resuelto con el concurso con otros dos delitos (de incumplimiento de obligaciones contables con la intención de defraudar al fisco y de falsedad del estado contable para alcanzar la situación concursal), pero sería deseable que el legislador hubiera definido un delito contable autónomo independiente de los otros dos delitos.

⁸ Vid. SSTS de 21 de octubre de 1992, 28 de diciembre de 2000, 28 de diciembre de 2001, 29 de junio de 2002 y 17 de abril de 2006.

11. Conclusiones

En la actualidad es posible plantearse la conveniencia, tanto de la criminalización de las infracciones contables como de que siga manteniéndose el carácter instrumental de los delitos contables frente a los delitos fiscales, pues ambas medidas son discutibles.

La primera alternativa es que el legislador elimine el delito contable, manteniendo únicamente el delito fiscal y las infracciones contables, de forma que se ahорren los procedimientos penales de tipo exclusivamente contable, siendo medidas disuasorias suficientes las establecidas por los procesos administrativos aplicados con todo rigor. En este contexto, la infracción contable debería ser únicamente sancionada administrativamente y ser tipificada penalmente solo cuando el hecho dé lugar a evasión tributaria, es decir, cuando suponga un perjuicio material para la Hacienda Pública. Siguiendo esta propuesta, solo existirán las infracciones administrativas de naturaleza mercantil y la alteración de la contabilidad nunca supondrá un delito, salvo que suponga una defraudación, lo que sería un delito fiscal.

La segunda alternativa se produciría si existiera una fuerte corriente de opinión que hiciera imposible eliminar el delito contable. En este entorno, la legislación debería configurar el delito contable, de forma que permitiera ser penado de forma independiente del delito de defraudación tributaria, para que ambas actuaciones pudieran ser consideradas simultáneamente como delito.

En el momento actual, con una crisis económica prolongada, y con una necesidad imperiosa de acumulación de recursos públicos, existen motivaciones de la opinión pública para conceder un papel fundamental a la persecución de hechos que podrían minorar los recursos públicos, priorizando el nivel de prevención que concede el Código Penal. De esta forma, la segunda alternativa será la más aceptada en el actual contexto económico y social. Así, es necesario un cambio legislativo para establecer una separación radical entre el delito contable y el de defraudación tributaria, configurando el primero para que sea compatible con el segundo y no quede, como sucede en la actualidad, en caso de concurrencia, subsumido por él. Un cambio legislativo en este sentido podría ser una buena medida para aumentar la disuasión, pero hasta que la legislación no sea modificada, esto no será posible y, en caso de existencia de delito de defraudación tributaria, nunca se podrá imputar delito contable.

La propuesta de separación radical entre el delito contable y el de defraudación tributaria es válida en estos momentos, no tanto para acumular las penas, sino para asegurarse la posibilidad de que adicionalmente se pueda imputar delito contable a las personas jurídicas. Si con la redacción actual una empresa altera la contabilidad para defraudar y el fraude se produce, se debe aplicar el delito de defraudación tributaria únicamente; en este escenario las actuales penas son lo suficientemente gravosas como para no reclamar una acumulación de penas con el otro delito, el contable. Esta no es la finalidad. Realmente se deberían

separar porque son dos hechos diferentes, y porque así es posible imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, cosa que no ocurriría en la actualidad, pues únicamente se penaría el delito fiscal. Así, las personas jurídicas serían condenadas por el delito contable (porque el delito fiscal no está entre los supuestos en los que se amplía la responsabilidad a las personas jurídicas), y las personas físicas por el delito contable y fiscal al mismo tiempo. La necesidad de imponer penas a las personas jurídicas es lo suficientemente importante como para recomendar esa modificación legislativa. Con esta medida se estaría luchando con aquellas figuras delictivas, establecidas en el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, donde la posible intervención de las personas jurídicas se hace más evidente.

El aspecto fundamental para considerar al delito contable como instrumental del delito fiscal (como actualmente lo hace la legislación española), es aceptar que la única motivación para alterar los registros contables es pagar menos tributos, lo cual no es cierto. La alteración de los registros puede tener múltiples finalidades, una de ellas, incluso, es el aumento de ingresos y activos de forma que, aunque se abone una cuota mayor de impuestos, ofrezca una imagen más favorable para solicitar recursos financieros al mercado. Si las motivaciones pueden ser muchas, no solo la de defraudar impuestos, es imprescindible considerar que ambos son delitos autónomos. El delito contable se produce cuando se alteran las cuentas por cualquier finalidad, y el delito fiscal se produce cuando por acción u omisión, se defrauda a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, ya sea por medio de una modificación de los registros contables o no.

Si admitimos la propuesta de esta investigación, la redacción del delito contable debe ser modificada de forma drástica, puesto que tiene que configurarse de forma que sea independiente, autónoma y, sobre todo, compatible con el de defraudación tributaria. El delito contable debe ser independiente del delito fiscal, lo que supone eliminar la actual consideración del delito contable como instrumento para adelantar la persecución penal del delito fiscal. La manifestación más importante de este nuevo diseño del delito es su conceptualización fuera de las nociones fiscales. El delito no puede depender de que la llevanza de la contabilidad esté establecida en una legislación fiscal, al contrario, la obligación contable debe partir de una legislación mercantil (o contable). Todo lo anterior debería quedar plasmado en la redacción de artículo 310 del CP. Esta nueva consideración del delito tiene repercusiones en todo su desarrollo:

1. El bien jurídico protegido ya no es el erario público, sino el conjunto de usuarios de la contabilidad.
2. El comportamiento típico es independiente de la motivación fiscal para defraudar, únicamente se requiere que: a) se incumpla de forma absoluta la obligación de llevar las cuentas según la legislación contable y mercantil; b) se lleven contabilidades distintas, independientemente de cuáles sean las motivaciones que tenga esta acción, y c) se hayan cometido omisiones y falsedades contables con la intención de defraudar o con cualquier otra intención.

3. El concurso queda totalmente modificado. Existirá un delito contable cuando se produzca el hecho injusto. Independientemente, existirá un delito fiscal cuando se produzca un fraude a la Hacienda. Por tanto, el delito contable no es instrumental al delito fiscal, y una persona puede cometer ambos.

Pero incluso sin realizar estas modificaciones tan drásticas, quedándonos en el paradigma actual, es necesario realizar una serie de modificaciones en el artículo 310 del CP para adaptarlo al entorno económico actual.

1. La redacción del artículo 310 a) del CP mejoraría si se especificara que este delito se comete con cualquiera de los tres siguientes actos: si no hay ni un asiento en los libros contables, si el contribuyente no pone los libros a disposición de la Administración tributaria o si el incumplimiento de los deberes contables fuera de tal naturaleza que hiciera imposible la función que en materia de tributos están llamados a realizar los libros o registros fiscales.
2. Con la redacción actual, del artículo 310 a) del CP, el delito solo es punible para los supuestos de estimación directa de la base tributaria. Esta limitación es un error porque existe deber de registro en algunos supuestos de estimación objetiva, en concreto en los que deduzcan amortizaciones y los que determinen su rendimiento neto en función del volumen de operaciones. El artículo debería modificarse para aumentar la punibilidad a los supuestos de estimación objetiva, explicitando que debe ser aplicable a todos los sujetos obligados a tributar, tanto por el método de estimación directa como por el método de estimación objetiva.
3. Respecto al artículo 310 b) del CP, el delito requiere no solo que existan dos contabilidades, sino que una sea presentada a la Hacienda Pública y la otra a cualquier otro usuario de la contabilidad financiera. Si no se presenta a otro destinatario de la información financiera, nada más que a la Hacienda, no existirá tal delito. La legislación debería especificar que la obligación de llevar los libros contables se compone a su vez de cuatro obligaciones: obligación de registrar los hechos económicos en los libros contables, obligación de firmar los libros contables, obligación de conservar los libros contables y obligación de presentar los libros contables. Esto supone que para que exista este delito es necesario hacer valer frente a terceros una contabilidad registrada, firmada, conservada y presentada distinta a la entregada a la Hacienda Pública.
4. Con la actual redacción, para que se perfeccione el delito del artículo 310 b) del CP es necesario que la doble contabilidad persiga fines defraudatorios tributarios. No será punible una segunda contabilidad que, aun ocultando o simulando la verdadera situación de la empresa, no persiga una finalidad defraudatoria, si no que persiga cualquier otra finalidad de modificación de la imagen económico-financiera de la entidad. De la misma forma, la conducta es impune si la doble contabilidad, aun siendo creada para satisfacer los fines fraudulentos, no llega

- a utilizarse para ello, sino que se utiliza para otras finalidades como para realizar la liquidación o para solicitar recursos al mercado de capitales. La redacción del delito contable de doble contabilidad debería basarse en alteraciones de los registros contables, no limitarse a la finalidad defraudatoria tributaria, porque en sí misma la duplicidad de registros debe ser una conducta delictiva.
5. El artículo 310 b) del CP intenta evitar que una de las contabilidades sea utilizada por el obligado tributario para pagar menos impuestos, sin embargo, el legislador y la jurisprudencia se limitan a afirmar que «oculten o simulen la verdadera situación de la empresa». La redacción debería ser mejorada incidiendo en la finalidad del contribuyente para ahorrarse el pago de impuestos, más que incidir en el reflejo de una «verdadera» situación que ninguna normativa contable puede garantizar.
 6. El legislador debería concretar cuál es el sujeto pasivo del delito porque no especifica si se refiere exclusivamente a la Hacienda estatal, o también la autonómica o, incluso, la de otros entes públicos. El legislador debería especificar que no es exclusivamente el patrimonio estatal, afectado indirectamente, sino la perturbación ocasionada a la actividad recaudatoria del mismo, como presupuesto básico para cubrir patrimonialmente las necesidades públicas, por lo que el sujeto pasivo es la Hacienda del Estado, la Hacienda foral, la Hacienda autonómica, la Hacienda local y la Hacienda de los entes institucionales, entre ellos la Seguridad Social, siempre que se vean afectadas negativamente por el incumplimiento de las obligaciones contables.

Referencias bibliográficas

- Álvarez García, S. (1997). El delito contable. *Auditoría Pública*, 9, 33-39.
- Álvarez García, S. (2010). El llamado delito contable. *Crónica Tributaria*, 136, 7-35.
- Ayala Gómez, I. (1988). *El delito de defraudación tributaria*. Civitas.
- Aparicio Pérez, A. (1997). *La regulación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en el nuevo Código Penal de 1995*. Lex Nova.
- Aparicio Pérez, A. y Álvarez García, S. (2010). El llamado delito contable. *Crónica Tributaria*, 136, 7-35.
- Arroyo Zapatero, L. (1987). *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*. Ministerio de Justicia.
- Bajo Fernández, M. (1978). *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Civitas.
- Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S. (2010). *Derecho penal económico*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- Baumann, J. (1963a). Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung. *NJW*, 561-565.
- Baumann, J. (1963b). Gedanken zum Eichmann-Urteil. *JZ*, 110-121.

- Baumann, J. (1963c). Täterschaft und Teilnahme. *JuS*, 56-59.
- Baumann, J., Weber, U. y Mitsch, W. (1995). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*. (10.^a ed.). Aufl. Gieseking, Bielefeld, § 29, Rn. 14.
- Bermejo Ramos, J. (1985). Tratamiento de los delitos contra la Hacienda Pública en la nueva regulación del Código Penal. *Gaceta Fiscal*, 24, 117-162.
- Bernate Ochoa, F. (2007). *Delitos de falsedad en estados financieros*. Editorial Universidad del Rosario.
- Blasco Lang, J. J. (1998). De la contabilidad creativa al delito contable. *Partida Doble*, 85, 33-39.
- Boix Reig, F. J. (1996). Aspectos de la nueva regulación del delito fiscal. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 20, 261-288.
- Boix Reig, F. J. y Mira Benavent, J. (2000). *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch.
- Bustos Ramírez, J. (1991). *Manual de derecho penal. Parte especial*. (2.^a ed.). Ariel.
- Ferré Olive, J. C. (1988). *El delito contable*. Praxis.
- Ferro Veiga, J. M. (2007). Perspectivas del «delito de cuello blanco» en la Administración Local como nexo entre el blanqueo de capital, el delito contable y el sector inmobiliario: Caso Marbella. *Lex Nova*, 50, 38-39.
- Gracia Martín, L. (1990). *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en el Derecho penal*. Trivium.
- Hippel, R. Von. (1930). Deutsches Strafrecht, II. En J. Bände, Springer.
- Hippel, R. Von. (1932). *Lehrbuch des Strafrechts*.
- Kienapfel, C. (1984). *Diethelm Kienapfel, Strafrecht Allgemeiner Teil. Mit Einführun- gen in programmierter Form*. (4.^a ed.). (pp. 553-555).
- Lamarca Pérez, C. (1985). Observaciones sobre los nuevos delitos contra la Hacienda Pública. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, 178, 743-756.
- Martínez Pérez, C. (1982). *El delito fiscal*. Montecorvo.
- Martínez Pérez, C. (1986). Incumplimiento de obligaciones contables. En *Comentarios a la Legislación Penal*, t. VII. Derecho Reunidas.
- Martínez Pérez, C. (1994). El delito societario de administración fraudulenta. *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 156-324.
- Maurach, R. (1962). *Tratado de Derecho penal* (traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda), (pp. 278-290). Ariel.
- Maurach, R., Gössel, K. H. y Zipf, H. (1995). *Derecho penal. Parte general. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Astrea.
- Morales Prats, F. (2011). Libro II, título XIII: cap. XIII. En G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal* (pp. 954-993). Thomson-Aranzadi.
- Muñoz Conde, F. (2007). *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. (16.^a ed.). Tirant lo Blanch.
- Palao Taboada, C. (1985). Notas sobre el nuevo delito contable-tributario. *Crónica Tributaria*, 136/2010, 251-256.
- Pérez Royo, F. (1986). *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Polaino Navarrete, M. (1985). El delito fiscal. Secuencias fallidas de una reforma penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, IX, 199-213.
- Rosy, J. M. (1989). *El delito fiscal*. Bosch.



Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (1995). *El delito contable tributario. Interpretación y análisis dogmático del artículo 350 bis del Código Penal*. Aranzadi.

Serrano Gómez, A. y Serrano Maillo, A. (2005). *Derecho penal. Parte especial*. (10.^a ed.). Dykinson.

Suárez Sánchez, A. (2001). El sujeto activo en los delitos contra la administración pública. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 68, 13-42.



Cláusula *rebus sic stantibus* y cláusulas MAC: remedios frente a la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato

Ignacio Buil Vera

Graduado en Derecho y ADE por la Universidad de Zaragoza
Cursando Máster en Acceso al Ejercicio de la Abogacía por la Universidad Carlos III de Madrid
builveraignacio@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-3999-3268>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Iciar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Extracto

Las consecuencias de una crisis económica también tienen incidencia en el ámbito jurídico, propiciando la revisión de ciertas figuras hasta entonces poco invocadas, así como la aparición de otras nuevas. Estas figuras permiten dar respuesta a cambios sobrevenidos en las relaciones de naturaleza patrimonial. Este trabajo tiene por objeto el estudio de la alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias básicas de una relación contractual. Se parte de la cláusula *rebus sic stantibus*, y se proponen soluciones alternativas en los casos en los que su influencia en la dinámica del contrato resulta insuficiente, dado que, en nuestro ordenamiento, la tutela del deudor frente a la imprevisible onerosidad de su prestación carece de regulación legal específica. En particular, se profundizará en los presupuestos que, según una consolidada jurisprudencia, deben concurrir para admitir la ineficacia del contrato, examinando, tanto la doctrina tradicional sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, como aquellos pronunciamientos jurisdiccionales más recientes. Realizado este examen, analizaremos la oportunidad de determinados acuerdos entre las partes que están dirigidos a asegurar la posibilidad de privar de eficacia un contrato cuando las circunstancias que se tuvieron en cuenta han cambiado de modo imprevisto, propiciando una situación desfavorable, desde la perspectiva económica, para una de las partes. Se trata de las cláusulas MAC (por sus siglas en inglés de *material adverse change*).

Palabras clave: cláusula *rebus sic stantibus*; cláusulas MAC; equilibrio económico contractual; cambio en las circunstancias contractuales.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Buil Vera, I. (2021). Cláusula *rebus sic stantibus* y cláusulas MAC: remedios frente a la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato. *Revista CEFLegal*, 243, 41-80.



***Rebus sic stantibus* clause and MAC clauses. Remedies on unforeseeable change of contract circumstances**

Ignacio Buil Vera

Abstract

The consequences of an economic crisis also have an impact on the legal sphere, leading to the revision of certain figures that had hitherto been rarely invoked, as well as the appearance of new ones. These figures make it possible to respond to changes that have occurred in property relations. The aim of this work is to study the supervening and extraordinary alteration of the basic circumstances of a contractual relationship. It starts from the *rebus sic stantibus* clause, in order to propose alternative solutions in those cases in which its influence on the dynamics of the contract is insufficient, given that, in our legal system, the protection of the debtor against the unforeseeable onerousness of his performance lacks specific legal regulation. In particular, we will examine the assumptions that, according to consolidated case law, must be met in order to admit the ineffectiveness of the contract, examining both the traditional doctrine on the *rebus sic stantibus* clause and the most recent jurisdictional pronouncements. Having carried out this examination, we will analyse the appropriateness of certain agreements between the parties that are aimed at ensuring the possibility of depriving a contract of its effectiveness when the circumstances that were taken into account have changed in an unforeseen manner, leading to an unfavourable situation, from an economic perspective, for one of the parties. These are the MAC clauses (material adverse change).

Keywords: *rebus sic stantibus* clause; MAC clauses; economic contractual equilibrium; change of contract circumstances.

Citation: Buil Vera, I. (2021). Cláusula *rebus sic stantibus* y cláusulas MAC: remedios frente a la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato. *Revista CEFLegal*, 243, 41-80.



Sumario

1. Introducción
 2. Consideraciones generales sobre la ineficacia de los contratos
 - 2.1. Rescisión
 - 2.2. Resolución por incumplimiento
 3. Cláusula *rebus sic stantibus*
 - 3.1. Introducción
 - 3.2. Evolución de la jurisprudencia en la configuración de la cláusula *rebus sic stantibus*
 - 3.2.1. Jurisprudencia tradicional
 - 3.2.2. SSTS de 17 y 18 de enero de 2013
 - 3.2.3. SSTS de 30 de junio de 2014 y 15 de octubre de 2014
 - 3.2.4. Jurisprudencia reciente (2015 a 2020)
 - 3.2.5. Situación sanitaria derivada de la covid-19
 - 3.3. Efectos de la cláusula *rebus sic stantibus*: adaptación o resolución del contrato
 4. Cláusulas MAC: configuración del cambio de circunstancias como riesgo pactado o previsto
 - 4.1. Introducción
 - 4.2. Origen y desarrollo en el derecho anglosajón
 - 4.3. Requisitos. Casos relevantes
 - 4.4. Las cláusulas MAC en España
 - 4.5. Las cláusulas MAC en el derecho español: efectos
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Generalmente las consecuencias de una crisis económica también inciden en el ámbito jurídico, propiciando la revisión de ciertas figuras hasta entonces poco invocadas, que permiten solucionar cambios sobrevenidos en las relaciones patrimoniales. Adquieren así protagonismo, entre otros, la resolución por incumplimiento, las ejecuciones hipotecarias o la cláusula *rebus sic stantibus*.

Precisamente este trabajo tiene por objeto el examen de la alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias básicas de una relación contractual, partiendo de la cláusula *rebus sic stantibus*, para proponer soluciones alternativas en los casos en que su influencia en la dinámica del contrato es insuficiente. En concreto se centrará la atención en el examen de los presupuestos que, según reiterada jurisprudencia, deben concurrir para admitir en los supuestos descritos la ineficacia del contrato. Partiendo de este examen, y no obstante la tendencia del Tribunal Supremo a su flexibilización, analizaremos aquellos acuerdos entre las partes que están dirigidos a asegurar la posibilidad de privar de eficacia un contrato cuando las circunstancias que se tuvieron en cuenta han cambiado de modo imprevisto propiciando una situación desfavorable, desde la perspectiva económica, para una de las partes. Son las denominadas cláusulas MAC (por sus siglas en inglés de *material adverse change*).

Desde el punto de vista metodológico, para un adecuado examen de los aspectos expuestos, partiremos de la distinción de la cláusula *rebus* de otras figuras que conforman la categoría general de la ineficacia del negocio jurídico, como son la rescisión, la resolución o la imposibilidad sobrevenida. Posteriormente, repasaremos cuál es el estado de la cuestión en el derecho europeo (UNIDROIT), en el derecho contractual europeo (DCFR), en el derecho comparado, y en la Propuesta del Código Civil (PCC) para, a continuación, analizar la evolución de la jurisprudencia relativa a la cláusula *rebus*, observando cómo la configuración de los requisitos exigidos para que sea de aplicación ha ido evolucionando conforme avanzaba la realidad social y económica, e incidiendo en aquellos pronunciamientos que han implicado un punto de inflexión en la doctrina del Tribunal Supremo. Concluiremos este análisis jurisprudencial con un estudio de aquellas sentencias más recientes sobre la cláusula *rebus*, con la finalidad de indicar cuál es el punto en el que nos encontramos actualmente en relación con esta figura, así como examinado cuáles son los efectos de su aplicación.

Con estos antecedentes, procederemos a un análisis de las cláusulas MAC, que han ido ganando popularidad en los últimos años, sobre todo en los contratos de compraventa de empresas, como alternativa al carácter excepcional del remedio de la resolución en los

supuestos de aplicación de la cláusula *rebus*, y reflexionaremos sobre cuál puede ser su encaje en el ordenamiento jurídico español.

2. Consideraciones generales sobre la ineficacia de los contratos

Normalmente un contrato produce todos sus efectos desde su celebración y perfección, pero, en ocasiones, no surte ninguno o no todos ellos, o no aquellos mismos que corresponden según lo declarado por las partes. Se dice entonces que el contrato es ineficaz. Aunque la categoría de la ineficacia no recibe tipificación en el Código civil, dando lugar a planteamientos doctrinales diversos, no ofrece duda que un contrato inválido, bien por ausencia de sus elementos esenciales o por ilicitud de su contenido, bien por vicios del consentimiento, no produce efectos. Se trata de los supuestos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad (Martínez de Aguirre Aldaz, 2018, pp. 475-479).

Pero cabe también que un contrato válido, en el sentido de reunir los requisitos esenciales, no produzca los efectos acordes con lo querido por las partes cuando concurren determinadas causas originarias o sobrevenidas. Es posible señalar, sin ánimo de exhaustividad, los casos siguientes: relaciones sujetas a condición, desistimiento unilateral, rescisión o resolución por incumplimiento (Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 15-22).

Pero la ineficacia de un contrato también puede derivar de su revisión a través de la cláusula *rebus sic stantibus*, institución jurídica de configuración jurisprudencial y doctrinal y aplicación excepcional, aunque tradicionalmente se ha considerado que la consecuencia propia de la alteración sobrevenida de las circunstancias comporta la modificación del contrato. Lo cierto es que la cláusula en cuestión está siendo objeto de una regulación progresiva, no solo en el ámbito internacional y europeo, sino también en ordenamientos de nuestro entorno y en las propuestas de modificación del Código Civil. Fruto de ello, no solo va perdiendo su carácter excepcional, sino que además de la adaptación del contrato permite a la parte perjudicada su resolución. Con todo, se suscitan a este respecto algunos interrogantes que conviene abordar.

Para ello, conviene de entrada señalar las diferencias entre esta cláusula y las figuras más próximas: rescisión y resolución por incumplimiento.

2.1. Rescisión

La rescisión está regulada en los artículos 1290 a 1299 del Código civil. Ya en el artículo 1290 del CC, se nos indica el primer rasgo definitorio de esta figura, dado que habla de contratos válidamente celebrados. Es decir, nos encontramos ante una acción que pretende la

impugnación de contratos que tienen los elementos esenciales que establece el artículo 1261 del CC (a saber, consentimiento, objeto y causa), y ninguno adolece vicio alguno. Además, los contratos objeto de esta acción también cumplen los requisitos especiales del tipo específico de contrato que se trate. En estos casos, lo que justifica que nuestro ordenamiento otorgue a una parte contratante la posibilidad de impugnación del contrato es el hecho de que los efectos que este produce son perjudiciales para esa parte, o incluso para terceros. Es decir, los presupuestos que se deben dar para que se pueda ejercitar la citada acción son tres: a) que exista un contrato; b) que el contrato haya sido celebrado válidamente; y c) que la parte del contrato que ejerce la acción esté sufriendo un daño «injusto», y que este daño sea además consecuencia de la eficacia del contrato y esté contemplado expresamente en la lista del Código Civil.

La más relevante, a efectos de este trabajo, de las causas que expresamente prevé el Código Civil es la acción de rescisión por lesión. Producida una lesión, entendida como una diferencia sustancial entre la prestación realizada y la contraprestación recibida, serán rescindibles «los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos» (ex art. 1291.1.º CC), así como «los celebrados en representación de los ausentes, siempre que estos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior» (ex art. 1291.2.º CC). Ambos supuestos han quedado reducidos, tildándose incluso de residuales y «casi fósiles» (Orduña Moreno, 2016)¹.

Otro de los supuestos contemplados es el de los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo recobrar lo que se les deba del artículo 1291.3.º del CC. Debemos considerar también el artículo 1111 del CC, que establece una doble vía de acción para conservar el patrimonio: la acción subrogatoria, y la acción revocatoria o pauliana. La segunda es una acción de naturaleza rescisoria (de ahí que se vuelva a recoger en el art. 1291.3.º CC y se le aplique la doctrina general de la rescisión), que busca proteger el crédito del acreedor frente a los actos fraudulentos del deudor (O'Callaghan Muñoz, 2004, pp. 1.082 a 1.087).

El tercero de los supuestos es la rescisión de los contratos que tengan por objeto cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente, supuesto recogido en el artículo 1291.4.º del CC.

Finalmente, la ley establece en el artículo 1291.5.º del CC que son rescindibles cualesquiera otros contratos que determine la ley. Es relevante este supuesto, dado que la doctrina entien-

¹ Tal y como indica Orduña Moreno (2016), son dos las razones que han llevado a que estos supuestos hayan quedado muy reducidos: la primera es que en pocos casos los tutores o representantes pueden realizar contrataciones en nombre del pupilo o ausente sin autorización judicial; y la segunda, aunque este contrato se formalizara, el perjuicio da lugar a la nulidad o anulabilidad, quedando por lo tanto esta acción reservada a actos de gestión y administración ordinaria.

de dos extremos. El primero, que no debemos interpretar este artículo restrictivamente, dado que la rescisión no se limita a los casos del artículo 1291 del CC, y es que, desde el principio, la jurisprudencia ha considerado que «los casos de rescisión de los contratos establecidos por el artículo 1291 del Código Civil no son limitativos y excluyentes de cualquier otro que pueda estimarse en fraude de acreedores»². El segundo, que muchas veces se menciona la palabra «rescisión» en el Código Civil en artículos distintos a los referidos a esta rescisión, y en todas se refiere a otras instituciones³ (Martínez de Aguirre Aldaz, 2018, pp. 493 y ss.).

Analizada la regulación de la acción de rescisión, su definición y los supuestos en los que está permitida, terminaré estas consideraciones sobre la rescisión haciendo referencia a la acción. Para comenzar, el artículo 1294 del CC indica que la acción es subsidiaria, por lo que el perjudicado solo podrá ejercitarla cuando no disponga de otro recurso legal para obtener la reparación de la lesión sufrida, y el tribunal denegará su ejercicio si hay otros bienes⁴. En definitiva, defiende la jurisprudencia que: «Se trata de subsidiariedad económica y jurídica, con independencia del alcance que en la perspectiva jurídica quepa atribuir del alcance al precepto del artículo 1294 CC»⁵. En segundo lugar, es una acción que caduca a los cuatro años *ex* artículo 1299 del CC. La moderna doctrina defiende que el plazo es de caducidad, no de prescripción, y lo justifica con argumentos interpretativos de índole tanto literal como conceptual y sistemática. Por otro lado, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que el plazo tiene carácter de caducidad. Además, la doctrina mayoritaria indica que el criterio general para fijar el momento de inicio del cómputo del plazo es la celebración del contrato, instante en el que la parte habrá tenido conocimiento del negocio jurídico celebrado, y de los efectos patrimoniales producidos por este (Orduña Moreno, 2016). En tercer lugar, tal y como indica Martínez de Aguirre Aldaz (2018, pp. 493 y ss.), la retrocesión y la restitución no son requisitos para que podamos ejercer la acción, sino las circunstancias que deben poder darse para que el ejercicio de esta conlleve sus efectos, ya que la imposibilidad de tales no será impedimento para que se declare la rescisión.

Por último, para determinar si existen efectos retroactivos debemos hacer una distinción entre acción restitutoria, por lesión, y acción revocatoria, por fraude de acreedores. Respecto de la primera, existe cierta línea jurisprudencial⁶ y doctrinal que aboga

² Tal y como recoge la jurisprudencia, por ejemplo, en la STS de 3 de octubre de 1995 [ECLI:ES:TS:1995:7915].

³ Por ejemplo, en los artículos 1469 (no entrega de la cosa vendida), 1483 (saneamiento por evicción), 1556 (incumplimiento de contrato de arrendamiento) y 1818 del CC (descubrimiento de nuevos documentos), etc.

⁴ Entre otras, la STS de 21 de noviembre de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:7032] indica: «El carácter subsidiario de aquella, por virtud del que no puede triunfar sino cuando el acreedor carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio».

⁵ Tal y como recoge la STS (Sala de lo Civil) de 30 de enero de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:471].

⁶ Entre otras, la STS de 23 de julio de 2001 [ECLI:ES:TS:2001:6503] indica: «La declaración de ineficacia del contrato que se rescinde se produce *ex tunc* con efectos retroactivos desde su perfección y

por la retroactividad de la restitución hasta la celebración del contrato, es decir, efecto *ex tunc*; pero lo cierto es que tanto la línea jurisprudencial⁷ como doctrinal mayoritaria (O'Callaghan Muñoz, 2004, pp. 1.082 a 1.087, y Paz-Ares Rodríguez *et al.*, 2015, pp. 17 y ss.) defienden que, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, en el sentido de que deriva de una ineficacia funcional y sobrevinida, respetando la validez del contrato, y dado el carácter excepcional de la misma, que ha de limitarse a lo estrictamente necesario para satisfacer el derecho del perjudicado, incluso si esto implica que la rescisión sea parcial y que subsista el contrato para el resto de los efectos, lo lógico es pensar que la restitución afecte a la reparación de la lesión sufrida, y solo desde que se ha reconocido, así su efecto es *ex nunc*⁸. Por el contrario, poca duda ofrece el efecto retroactivo, *ex tunc*, de la pauliana, tal como indica la doctrina del Tribunal Supremo⁹.

2.2. Resolución por incumplimiento

En este punto, es relevante a los efectos de este estudio realizar un análisis de la acción de resolución que recoge el artículo 1124 del CC. Nos encontramos en la regulación de las obligaciones sinalagmáticas, aquellas en las cuales cada parte es a la vez acreedor de una obligación bilateral respecto de la otra parte, y deudor de otra obligación bilateral respecto de la otra parte; y viceversa. Tal y como nos indica el Tribunal Supremo en su Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 15 de marzo de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:1158]:

Aunque el Código Civil no define la reciprocidad, la doctrina y la jurisprudencia, [...] cabe hablar de obligaciones recíprocas cuando, (1.º) con causa en un mismo negocio, (2.º) nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, que ocupan la doble posición de acreedora y deudora de la otra, siempre que (3.º) exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra.

produce la restitución de las prestaciones percibidas por cada contratante incrementadas con sus frutos e intereses».

⁷ Destacan la STS (Sala de lo Civil) de 23 de julio 1991 y la SAP de Málaga (Sección 6.ª) de 14 de noviembre de 2017 [ECLI:ES:APB:2017:11803], que defienden que «la estimación de la acción que nos ocupa conlleva la ineficacia del negocio jurídico, acto impugnado, ineficacia *ex nunc*, que opera desde la declaración, por lo que hasta entonces el negocio es válido».

⁸ Cfr. Paz-Ares Rodríguez, Bercovitz Rodríguez-Cano, Díez-Picazo Ponce de León y Salvador Coderch (2015, pp. 17 y ss.).

⁹ Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 25 enero de 2000 [ECLI:ES:TS:2000:389], que defiende que «la acción pauliana [...] acción rescisoria a la que se aplica la normativa general de la rescisión, artículos 1290 y siguientes, con su carácter de subsidiariedad y su efecto de ineficacia (tantas veces llamadas erróneamente «nulidad») con efecto retroactivo, *ex tunc*».

Establece la jurisprudencia que este tipo especial de obligación produce una serie de especiales efectos, en concreto: la resolución por incumplimiento del artículo 1124 del CC, la compensación en caso de mora del artículo 1100 *in fine* del CC, y el «exceptio non adimpleti contractus», o exigibilidad del cumplimiento simultáneo, recogido en los artículos 1100, 1124 y 1308 del CC¹⁰.

En cuanto al incumplimiento que habilita el ejercicio de la acción, nos indica la doctrina que debe ser básico, referente a la esencia de lo pactado y grave, no siendo necesario un «ánimo deliberado de causar el incumplimiento», sino bastando una «conducta voluntaria obstativa al cumplimiento en los términos que se pactó»¹¹; por ejemplo, un retraso, salvo que haya sido pactado como cláusula esencial, no sería considerado suficiente¹². Además, cierta línea jurisprudencial habla de un incumplimiento «que frustra el fin objetivo del contrato»¹³, «hecho obstaculizador al fin normal del contrato», «frustrante de legítimas expectativas de alcanzar el fin perseguido con el vínculo contractual»¹⁴. La STS de 16 noviembre de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:6760] recoge los presupuestos de la acción:

Son presupuestos para la aplicación, en relación con el artículo 1124 CC, los siguientes: a) la reciprocidad de las prestaciones convenidas; b) la exigibilidad de las mismas; c) la observancia por el reclamante de lo de su incumbencia; y d) la voluntad manifiesta de la parte adversa a no satisfacer su obligación.

Y en caso de incumplimiento de estas obligaciones, el artículo 1124 del CC no ofrece dos acciones a la parte que ha cumplido, o que está dispuesta a cumplir, con la obligación de la que era deudor: una acción de cumplimiento, y una acción de resolución. Ahora bien, estas dos acciones son incompatibles entre sí y no podrán solicitarse al mismo tiempo, aunque sí subsidiariamente, o incluso alternativamente¹⁵. Además, cuando se ejerce cualquiera de las dos acciones, también se tiene derecho al resarcimiento de los daños e intereses generados.

¹⁰ Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 17 febrero de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:1058].

¹¹ Tal y como indica la STS (Sala de lo Civil) de 4 diciembre de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:7273].

¹² Sobre el retraso como causa de la resolución, son interesantes la STS de 17 de diciembre de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:7033], desestimando: «El vendedor no ha alegado ninguna razón que permita entender que el plazo establecido era esencial en el contrato. [...] habiendo incumplimiento que se manifiesta en la entrega tardía de lo pactado, no puede ser considerado como esencial, por lo que no es aplicable la regla del Art. 1124. 2 CC, que se ha denunciado como infringida»; y la STS de 22 de diciembre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5379], estimando: «Quedado alterado sustancialmente el cumplimiento del contrato de compraventa, con efecto tan negativo para el comprador como es un retraso tan notable para la entrega, lo que sin duda ha de facultarle para pedir la restitución de la parte de precio satisfecha y renunciar definitivamente a la entrega del inmueble».

¹³ Tal y como indica la STS (Sala de lo Civil) de 29 abril de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:2719].

¹⁴ Tal y como indica la STS (Sala de lo Civil) de 8 noviembre de 1997 [ECLI:ES:TS:1997:6670].

¹⁵ La incompatibilidad de las acciones viene reiterada por la jurisprudencia, así la SSTS (Sala de lo Civil) de 31 diciembre de 1997 [ECLI:ES:TS:1997:8065] indica que «el Tribunal Supremo, en constante

Procedo a caracterizar esta acción mediante tres aspectos, que observaremos que son opuestos a los definidos en el caso de la acción rescisoria, realizando así un examen comparativo entre ambas.

En primer lugar, esta acción se trata de una acción principal y, a diferencia de la acción de rescisión, el legitimado no precisa que se hayan agotado todos los medios legales de los que dispone para poder ejercerla, sino que, siendo parte en un contrato sinalagmático, podrá acudir a ella. En segundo lugar, en lo relativo al plazo, prescribe a los 5 años, frente a la caducidad de 4 años de la acción de rescisión, y su cómputo comienza desde que se produce un incumplimiento¹⁶. Este plazo viene determinado por el artículo 1964 del CC. Y, finalmente, en relación con la retroactividad de esta acción, la regla general es que se produce *ex tunc*, es decir, la consecuencia del ejercicio de la acción es que el contrato no se va a haber producido nunca. Esta regla general cuenta con dos excepciones: no se puede perjudicar a terceros de buena fe, y no puede predicarse esta eficacia retroactiva respecto a obligaciones que, dado su carácter duradero, han podido ser consumadas ya, total o parcialmente (algunos ejemplos serían los contratos de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil); en estas los efectos liquidatorios solo se producirán desde la resolución¹⁷.

Por último, volviendo a la rescisión, el artículo 1293 del CC indica que «ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1.291». Este artículo es de gran relevancia, dado que su inclusión obedece a razones de carácter económico, el momento de la codificación se ubica en un momento histórico en el que se estaba implantando el sistema económico de libre cambio de bienes y servicios, y se estaba imponiendo el respeto del principio de *pacta sum servanda* como piedra angular de la contratación, estableciendo una libertad absoluta de precio entre las partes, pudiendo fijar el que estas consideraran adecuado, con independencia de que fuera justo. Así, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 16 septiembre de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:5145]:

y conocida Jurisprudencia, declara que son dos las acciones que recoge el artículo 1124, que ambas (resolución y cumplimiento) son incompatibles, pero que se pueden ejercitar subsidiariamente, esto es, cabe pedir la resolución y para caso de no prosperar, pedir el cumplimiento»; y la STS de 9 junio de 1997 [ECLI:ES:TS:1997:4064] que dice: «En esta línea jurisprudencial [...] que las dos soluciones entre las que puede optar el perjudicado, o sea, exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, son incompatibles, incompatibilidad que únicamente se produce cuando ambas se solicitan al mismo tiempo, pero no si la petición o ejercicio de ambas acciones se hace de forma alternativa, pues entonces no hay contradicción entre dichas peticiones».

¹⁶ Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 26 octubre 1987 [ECLI:ES:TS:1987:6711].

¹⁷ Tal y como desarrolla la STS (Sala de lo Civil) de 10 julio de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:4648]: «Por regla general, los efectos de la resolución contractual se producen *ex tunc* [...] sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe, esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas [...] en que la resolución del contrato opera *ex nunc*, produciéndose únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual».

No es baldío recordar que el Código Civil español, rompiendo con la tradición [...], no exige que el precio en la compraventa sea justo; el precio es el que han pactado las partes al amparo del principio de autonomía de la voluntad, [...] se ha declarado jurisprudencialmente en sentencias de 19 abril 1990, 16 mayo 1990, 20 julio 1993, 13 diciembre 1996, 5 marzo 1997 y muy explícitamente, la de 23 febrero 2007.

Encontramos que, cuando la doctrina hace alusión a la excepcionalidad de la acción de rescisión, no se refiere a su alcance, dado que es una figura más de ineficacia, sino a su limitación en relación con la lesión que tiene su causa en el precio pactado. Ahora bien, esta primacía del artículo 1293 del CC no implica que la jurisprudencia no tenga en cuenta otros principios opuestos, como son la justicia, la equidad y la reciprocidad, teniendo como idea última la conmutatividad del comercio jurídico y el principio de justo equilibrio entre las prestaciones, siendo así capaces las partes de conseguir sus legítimos intereses económicos (Orduña Moreno, 2016). De entre todas estas vías jurisprudenciales mencionadas, destaco tres: el principio de buena fe, establecido en el artículo 1258 del CC, que aplica tanto en la formación como en la aplicación de los contratos; el principio del justo equilibrio entre prestaciones, proclamado en el artículo 1289 del CC como criterio interpretativo; y me centraré en las líneas siguientes en la denominada cláusula *rebus sic stantibus*.

A la vista de lo expuesto, cabe concluir que la excesiva onerosidad propia de la cláusula *rebus* (como se verá con detalle más adelante) no puede predicarse con carácter general mientras no exista una regulación de precios justos y mientras la rescisión por lesión solo se admita en los casos expresados por la norma. Por su parte, la resolución del contrato por incumplimiento del artículo 1124 del CC obedece a la falta de ejecución por una de las partes de la prestación que le incumbe, de manera que la otra no puede obtener la finalidad pactada. Se trata de la frustración del contrato o desaparición de su base con la que no debe identificarse la cláusula *rebus*, en cuanto que lo que la alteración de las circunstancias propicia es una mayor onerosidad determinante del desequilibrio de las prestaciones.

En este contexto, no debe asimilarse con la imposibilidad sobrevenida determinante de la liberación del deudor conforme a los artículos 1156 y 1182 del CC. Y es que mientras esta supone la destrucción plena de la cosa debida por causas imprevisibles e inevitables, sin embargo es presupuesto de la cláusula *rebus* que la prestación no haya devenido imposible absolutamente, sino más onerosa.

3. Cláusula *rebus sic stantibus*

3.1. Introducción

La cláusula *rebus sic stantibus*, o de riesgo imprevisible, es una figura de configuración doctrinal y jurisprudencial que carece de regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico.

La doctrina considera que representa una excepción a los principios *pacta sum servanda* y de seguridad jurídica en el tráfico, ya que permite que una parte mate o se libere de las obligaciones contraídas en virtud de un contrato válido, atendiendo a razones de justicia o equidad (Cavallé Cruz, 2010, pp. 179-185).

Esta figura está muy presente en el derecho internacional: artículo 62 de la Convención de Viena («Cambio fundamental en las circunstancias»), artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT (*hardship* o «riesgo imprevisible»). También en el derecho comparado: artículo 1467 del Código Civil italiano («excesiva onerosidad sobrevenida»); § 313.1 del BGB («Pérdida de la base del negocio») (Ebers, 2003, p. 1.588). Asimismo, en el ámbito de las propuestas académicas, respecto del derecho de contratos europeo, el artículo III.1:110 DCFR regula la «modificación o resolución del contrato por el juez debido al cambio de circunstancias» y respecto de la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, la PCC se ocupa de la cuestión en el artículo 526-5, intitulado «Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato».

Típica y tradicionalmente, los presupuestos que se han venido exigiendo para aplicarla son los siguientes: a) alteración extraordinaria de las circunstancias; b) desproporción exorbitante (o excesiva onerosidad) de una prestación en comparación con la otra; y c) imprevisibilidad de las circunstancias sobrevenidas (Martínez de Aguirre Aldaz, 2018, pp. 461-466)¹⁸. Estos tres requisitos han experimentado una evolución en sede jurisprudencial que se expone a continuación.

3.2. Evolución de la jurisprudencia en la configuración de la cláusula *rebus sic stantibus*

3.2.1. Jurisprudencia tradicional

Analizando la evolución de esta figura en la jurisprudencia española, observamos como la regla general ha sido su aplicación de manera muy excepcional, ya que los tribunales la calificaban como «peligrosa». A modo ilustrativo, resulta interesante las declaraciones que vierte la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 12 noviembre de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:7324]:

¹⁸ La jurisprudencia clásica de la cláusula *rebus sic stantibus* la encontramos en las SSTs de 14 de diciembre de 1940 [RJ 1940\1135], 17 de mayo de 1941 [RJ 1941\632], 5 de junio de 1945 [RJ 1945\698] y 17 de mayo de 1957 [RJ 1957\2164], con ocasión del análisis sobre si la Guerra Civil española (1936-1939) podía considerarse como una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias. Una buena recopilación de esta jurisprudencia clásica es la realizada por la STS (Sala de lo Civil) de 25 enero de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:168].

- A) Que la cláusula «rebus sic stantibus» no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente.

Y añade, sobre los requisitos que la antigua jurisprudencia exigía para reconocer la cláusula y que fueron objeto de amplio análisis en las SSTs de 14 de diciembre de 1940 [RJ 1940\1135], 17 de mayo de 1941 [RJ 1941\632], 5 de junio de 1945 [RJ 1945\698] y 17 de mayo de 1957 [RJ 1957\2164], reiteradas por toda la jurisprudencia más actual que hace referencia a esta figura, y que reiteran que:

- D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias imprevisibles.

La realidad es que esta forma de entender la cláusula, dada la rígida interpretación de sus requisitos, y su fundamentación en un criterio subjetivo de la equidad, llevaba a que los tribunales rechazaran su aplicación y, en caso de que se admitiera, se hacía expresando el incumplimiento de los requisitos exigidos para la cláusula *rebus*, y se acudía a la doctrina de la equivalencia real de las prestaciones (Raventós Soler, 2014, p. 3; Parra Lucán, 2015, p. 9).

Por otro lado, debemos distinguir esta cláusula de la doctrina de la frustración del fin del contrato o de la desaparición del fin del negocio, que establece la resolución del contrato cuando la prestación de una de las partes no es que sea desequilibrada en relación con la otra, sino que se ha hecho imposible, y el contrato se debe resolver ex artículo del 1124 CC para que no se produzca un enriquecimiento injusto. Así lo ha argumentado y defendido la doctrina jurisprudencial¹⁹.

¹⁹ Entre otras, la STS de 20 de abril de 1994 [ECLI:ES:TS:1994:2665] indica que «ejercitable la facultad de resolución cuando existe un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento, y cuando la prestación pactada no responde a la finalidad para cuya consecución se concertó el contrato, frustrándose la misma. Por eso es extravagante el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus*, si hay una frustración total del fin del contrato»; y la STS de 5 noviembre de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:5370] que define frustración como sigue: «Origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 (2.b)), cuando se "priva sustancialmente" al contratante [...] "de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato"».

3.2.2. SSTS de 17 y 18 de enero de 2013

La excepcionalidad en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* comienza a subvertirse a raíz de dos sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:1013] y 18 de enero de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:679]. Estas resoluciones se dictan en un supuesto muy concreto, como es la existencia de dificultades a la hora de acudir al crédito y a la financiación con la finalidad de satisfacer las obligaciones nacidas de la compraventa de inmuebles. Antes de analizarlas, hemos de recordar que estos casos de compraventa de bienes inmuebles son contratos de tracto único. Nos indican ambas que la jurisprudencia anterior había rechazado la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en este tipo de supuestos en los que el comprador de vivienda no es capaz de acceder al crédito (por ejemplo, las SSTS de 1 octubre de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:6030] y 10 de diciembre de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:8161]), y en general, en todos los supuestos de dificultad de financiación del deudor de una prestación dineraria, con independencia de cuál fuera la contraprestación (por ejemplo, STS de 23 de junio de 1997 [RJ 1997\5201]). Ahora bien, reconocen estas SSTS de 2013 que esta línea del Tribunal Supremo «no significa que la regla *rebus sic stantibus* haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles», dado que la crisis económica en la que en ese momento se hallaba nuestra economía podía calificarse de «alteración extraordinaria de las circunstancias capaz de originar [...] una desproporción exorbitante». Al final, en ambas el tribunal acaba desestimando la aplicación de la cláusula porque entiende que no se cumplen los requisitos exigidos para su aplicación, dado que la compraventa se realizó iniciada la crisis económica, por lo que el cambio de circunstancias no era imprevisible.

En conclusión, son relevantes estas sentencias porque, a pesar de que no se invoca la cláusula, se admite la posibilidad de que se aplique, bajo ciertos presupuestos, a contratos a los que la anterior jurisprudencia no admitía su aplicación, por tratarse de relaciones de tracto único. Además, recogen en sus pronunciamientos referencias expresas al avance de la regulación de la cláusula en textos como los principios UNIDROIT, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) o la Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, reconociendo así la creciente importancia y vigencia que está experimentando la figura y justificando su normalización.

3.2.3. SSTS de 30 de junio de 2014 y 15 de octubre de 2014

Con las SSTS de 30 de junio de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:2823] y de 15 de octubre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5090] se consuma el cambio jurisprudencial, y se procede a una «configuración plenamente normalizada» de la cláusula *rebus sic stantibus*, huyendo de la «peligrosidad» y la «admisión cautelosa» con la que, como hemos indicado, se la caracterizaba.

La STS de 30 de junio 2014 [ECLI:ES:TS:2014:2823]²⁰ es la más relevante de la reciente jurisprudencia por el gran cambio interpretativo de la *rebus sic stantibus* que supuso, superando la antigua fundamentación subjetiva de la figura basada en la equidad y justicia, y por su análisis sobre si la crisis económica originada en el 2008 era motivo que justificara la aplicación de la cláusula. Así, define un fundamento técnico de la figura a través de dos extremos: la regla de la conmutatividad y el principio de buena fe. En cuanto a lo primero, defiende el alto tribunal que el artículo 1289 del CC impone un «equilibrio básico» entre las prestaciones de las partes en todo contrato oneroso que se celebre, y que cualquier alteración profunda del mismo lleva a la desaparición de la base del negocio que motivó el contrato. En cuanto al principio de buena fe, declara el Tribunal Supremo que, si de forma sobrevenida, sin existir culpa de las partes, y de manera no contemplada en el contrato, se modifican las circunstancias que motivaron la base del negocio, entonces resulta lógico admitir que, conforme al artículo 1258 del CC, las pretensiones de las partes sean revisadas conforme al cambio producido.

Expuestos estos dos ejes, procede la sala a definir dos criterios conforme a los cuales se va a determinar si el cambio de circunstancias ha modificado la causa del negocio jurídico, estos son: la doctrina de la «base del negocio» y el criterio del «riesgo normal del contrato». En cuanto a la primera, distingue entre la base objetiva, que desaparece cuando la finalidad económica principal del negocio que, de forma expresa o tácita se ha previsto, «se frustra o se torna inalcanzable», volviendo a recordar la regla de la conmutatividad; y la base subjetiva, que desaparece cuando la finalidad económica del contrato para una parte, conocida por la otra para y no rechazada por ella, «se frustra o deviene inalcanzable» como consecuencia de un cambio en las circunstancias. En cuanto al segundo, el criterio del «riesgo normal del contrato», establece el tribunal que se trata de comparar entre los riesgos inherentes al cumplimiento del contrato, que pueden derivar de su naturaleza o de lo acordado entre las partes, y el cambio de circunstancias que se ha producido, y así ver si el segundo puede incluirse dentro del primero o, por el contrario, queda excluido. En conclusión, estos criterios, base del negocio y riesgo normal, tratan de determinar si el cambio producido en las circunstancias es de una importancia suficiente, y si tiene consecuencias para las partes (Parra Lucán, 2015, pp. 12-14).

²⁰ Como esta sentencia es de las más relevantes, expongo los hechos que dan lugar al pronunciamiento: La Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S.A.U. y la sociedad Promedios y Exclusivas de Publicidad, S.L. celebraron en 2006 un contrato de explotación de publicidad. La publicista se comprometía a pagar un canon mínimo mensual y anual. El contrato fue cumplido hasta que en febrero de 2009 se produjo el primer impago, solicitando la publicista que se redujera el canon temporalmente en un 70 % como consecuencia de la «imprevisible crisis en el mercado de inversiones publicitarias y descenso de la facturación que hacían imposible mantenerlo». La empresa de transportes se opuso a tal reducción y comunicó a la publicista que resolvía el contrato. La publicista interpuso demanda contra la municipal de transportes.

Procedo a analizar cuáles son los requisitos que establece la jurisprudencia para que se aplique la cláusula, en su versión más actualizada por la STS de 30 de junio de 2014, a la que acabo de referirme.

- a) Respecto de la alteración extraordinaria de las circunstancias, entendió esta sentencia que se veía cumplida por «el hecho notorio de la actual crisis económica» y por la entidad de la incidencia que esta había tenido en el sector en el que las partes contratantes ejercían su actividad.
- b) La nota de imprevisibilidad quedó demostrada porque las partes habían previsto cláusulas de reajuste en caso de que los ingresos aumentaran, pero no se indicaba qué sucedía en caso de que los ingresos disminuyeran. Este argumento ha sido criticado por la doctrina (Raventós Soler, 2015, p. 10), ya que, si se previeron las consecuencias de un aumento de ingresos, la no previsión implica que los asume la parte perjudicada. Entiende Parra Lucán (2015, p. 20) que, para cumplir con la imprevisibilidad, es necesario que las partes, al celebrar el contrato, no fueran capaces de considerar el cambio o su alcance, por no ser razonablemente tenido en cuenta en ese momento, pero también, que la parte perjudicada no lo asumiera ni sea razonable que se le exija. En este caso, el tribunal consideró que la crisis era una circunstancia imprevisible, aunque ciertos autores (Luna Yerga, 2015, p. 7) se oponen, ya que la consideran un riesgo normal del contrato, dado que los ciclos de la economía y sus consecuencias son inherentes a la actividad profesional.
- c) Por último, en cuanto a la excesiva onerosidad, no es suficiente que para una parte la onerosidad sea mayor, sino que se va a requerir que sea «excesiva» o «extraordinaria», esta puede proceder de, bien de un aumento en costes, bien de una disminución de los ingresos. Lo que otros legisladores han considerado al regular este requisito es que la obligación quede configurada para una de las partes en una forma que, de haber sido conocida o prevista por esta, no la hubiera asumido ni consentido. Algunos ejemplos de lo que puede servir de baremo los encontramos en el arrendamiento rústico, donde el artículo 1575 del CC otorga al arrendatario el derecho a la revisión de la renta si los rendimientos de la cosa arrendada se reducen en un 50 %; o en los comentarios a los Principios Internacionales de Contratos Comerciales (PICC), donde se recoge, a modo de ejemplo, un aumento del precio de 10 veces, o una deflación monetaria del 80 %. En la sentencia que comentamos se tuvieron en cuenta diversos índices económicos y contables de la empresa considerada, así como el riesgo a la viabilidad de otras líneas de negocio. Asimismo, en relación con la frustración del fin del contrato, como presupuesto que conlleva a la desaparición de la base del negocio, hace la sentencia referencia a la finalidad económica principal de una de las partes, conocida por la otra parte y no rechazada por ella, que «se frustra o deviene inalcanzable» como consecuencia del cambio de circunstancias, es

decir, no es imprescindible haberlo expresado, pero sí lo es que supere la condición de motivo individual, pasando a ser de conocimiento común (Carrasco Perera, 2010, p. 282).

En cuanto a la STS de 15 de octubre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5090]²¹, el tribunal reitera este cambio doctrinal de una aplicación restrictiva y una caracterización de «peligrosa» a la necesidad de que las instituciones jurídicas se adapten a la realidad, entendiendo que la aplicación cautelosa de la *rebus* debe derivar de su índole casuística y de su concreta fundamentación técnica, basándose en la desaparición de la base del negocio, y no en la concepción subjetiva de equidad y justicia. Sobre el caso se indica que, teniendo en cuenta la situación de expansión y crecimiento económico, así como el desarrollo urbanístico experimentado en la zona en la época en la que se formalizó el contrato de arrendamiento (1999-2004), y de acuerdo con la práctica contractual del sector, no parece razonable que solo el arrendatario deba asumir la falta de previsión. Más aún si tenemos en cuenta que el rendimiento del sector en el año para el que se pide la revisión contractual se ha visto reducido en un 42,3 %, y la tasa de ocupación hotelera ha caído en picado. Para justificar la existencia de una excesiva onerosidad que lleva al quebranto del principio de conmutatividad del contrato, indica la sentencia que el arrendatario acarrea resultados de pérdidas, y que su margen de beneficio ha desaparecido (citando la STS 30 de junio de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:2823]). Así, el arrendatario obtiene una reducción del 29 % de la renta, en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero esta rebaja será temporal, y solo abarcará el periodo de tiempo desde que se interpuso la demanda hasta 2015, al ser este el más afectado, y acotándose así temporalmente los efectos que resultan de aplicar de la cláusula.

3.2.4. Jurisprudencia reciente (2015 a 2020)

Por último, procedo a analizar las sentencias en los que, desde 2015 a la actualidad, la jurisprudencia ha estudiado la aplicación de la *rebus*, y que han ido configurando la nueva doctrina jurisprudencial.

El Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias cuyo supuesto de hecho es el de un arrendatario que desiste unilateralmente del contrato de arrendamiento celebrado, alegando la cláusula *rebus sic stantibus* con base en un descenso en el volumen de negocio provo-

²¹ Como esta sentencia es de las más relevantes, expongo los hechos que dan lugar al pronunciamiento: En el presente caso nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de edificio destinado a explotación hotelera de 25 años de duración celebrado en 1999. La entidad mercantil Accor Hoteles España, S.A., en su posición de arrendataria, demanda a la entidad mercantil Residencial Ademuz, S.L., solicitando, entre otros, la modificación del contrato de arrendamiento para restablecer el equilibrio de las recíprocas prestaciones como consecuencia de que el negocio hotelero que se lleva a cabo en el inmueble arrendado presente unas pérdidas acumuladas de 3 millones de euros, frente al balance positivo de la arrendadora.

cado por la crisis de 2008, que pone en riesgo la viabilidad de la empresa. El alto tribunal, en algunas de esas sentencias, considera que siendo el socio mayoritario de la sociedad arrendataria una empresa de capital riesgo, la operación se califica como especulativa y, por lo tanto, queda excluida de la cláusula *rebus*, dado que el perjuicio entra dentro de los riesgos intrínsecos a la naturaleza de estas operaciones (no solo en contratos de arrendamiento, también en compraventas), puesto que si buscamos ganar un elevado beneficio de manera rápida, también debemos asumir la posibilidad de una gran pérdida²². En otras ocasiones, ante el mismo supuesto de hecho, excluye el tribunal la aplicación de la cláusula, dado que la crisis y su alcance eran ya previsibles en el momento en que se celebró el contrato y, por lo tanto, no se da la nota de imprevisibilidad y, además, añade el tribunal que siendo el perjudicado un profesional del sector, se le exige un deber aún mayor de diligencia²³. O en el más reciente pronunciamiento del Supremo, en el que se descarta la aplicación de la cláusula por haberse prorrogado el contrato de cesión en 2008, cuando la crisis no era imprevisible²⁴. En otra sentencia en la que el contrato de arrendamiento es hotelero, y donde el arrendatario y explotador de la instalación busca la rescisión del contrato, el Tribunal Supremo excluye la aplicación de la cláusula *rebus*, dado que los resultados negativos del arrendatario, según los informes periciales, no se deben solamente a la situación económica, sino también a otras razones de mala gestión y organización. Es más, indica el tribunal en esta sentencia que una posible ocupación deficitaria del hotel es un riesgo inherente al sector, por lo que debe ser claramente asumido por la empresa explotadora²⁵. Tampoco procede la cláusula *rebus* cuando lo que solicita no es el ejercicio de una cláusula penal, sino las rentas adeudadas y no pagadas²⁶.

Otro grupo importante de sentencias del Tribunal Supremo aborda si los cambios normativos que causan grandes perjuicios en una de las partes pueden dar lugar a la aplicación de la cláusula. Por ejemplo, la Ley 42/2010, de 30 de diciembre, que restringe el consumo de tabaco en establecimientos, ¿hasta qué punto puede considerarse como un evento imprevisible? Defiende la STS de 13 de marzo de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1067] que, aunque

²² Me refiero a las SSTS (Sala de lo Civil) 3 de octubre de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:3375], 19 de julio de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:7502A] y 30 de abril de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1923].

²³ En la STS (Sala de lo Civil) de 11 de enero de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:81A].

²⁴ Me refiero a la STS 6 de marzo de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:791], que indica que: «Cuando se inició el año 2008, ambas partes estuvieron de acuerdo en prorrogar el contrato por un año, pues de hecho lo hicieron [...]. Cuando ZGM, libremente, asume la prórroga del contrato de gestión publicitaria sabe que [...] conllevaba el riesgo de no llegar a conseguir y facturar ese mínimo de publicidad, y tener que compensar por ello a TVG. La bajada de demanda de publicidad en TV, al venir referida a un corto periodo de tiempo, un año, no dejaba de ser un riesgo cubierto por el contrato, además de que no fue algo tan drástico e imprevisible: el descenso de la inversión publicitaria en general fue de 25,9 millones de euros en 2007 a 24,1 millones de euros en el 2008».

²⁵ Como las SSTS (Sala de lo Civil) de 21 de marzo de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:2911A] y de 10 de abril de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1775].

²⁶ Tal y como se indica en la STS (Sala de lo Civil) de 16 de mayo de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:1891].

el contrato objeto del litigio contemplaba la modificación normativa atribuyendo el riesgo a una parte, dado el alcance de la citada ley, no puede entenderse que tenga el demandado incumplidor que asumir íntegramente los efectos de esta reforma, que han generado una auténtica desproporción entre partes, y reduce el importe de la cláusula penal por incumplimiento que establecía el contrato por aplicación de la *rebus*. Otro cambio normativo relevante fue la derogación del Real Decreto 661/2007, legislación muy favorable a la producción de energía solar mediante instalaciones fotovoltaicas, y que se ha sustituido por el Real Decreto-Ley 9/2013 y el Real Decreto 413/2014, mucho menos favorables²⁷. La jurisprudencia más actual analiza la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a estos contratos. Uno de los supuestos es el de una empresa arrendataria de unos terrenos rústicos destinados a una instalación fotovoltaica; la SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 30 de mayo de 2019 [ECLI:ES:APMU:2019:1200] concluye que, al estar en un mercado regulado, para un «operador diligente» no será un hecho imprevisible un cambio legislativo, por muy perjudicial que este cambio le resulte al arrendatario (en este caso, había sufrido una reducción de los ingresos del 27,3 %). Otro supuesto juzgado es el de una demanda en la que los demandantes, accionistas de una sociedad que desarrolla proyectos fotovoltaicos, habían otorgado una fianza en favor de la sociedad, para que la entidad bancaria demandada otorgase aval en garantía de una subvención. Al igual que el supuesto anterior, el contrato se firma antes de la modificación legislativa operada en 2013 y 2014, posteriormente la empresa quiebra ante la disminución de la rentabilidad y el banco, al no recobrar lo prestado, acude contra los accionistas fiadores, quienes alegan la cláusula *rebus sic stantibus*. Decide la STS de 18 de julio de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:2556] que el riesgo del cambio normativo debe recaer sobre los fiadores, dado que la causa del contrato de fianza es aumentar la seguridad del acreedor de que recuperará su crédito, y son precisamente los fiadores los que asumen el riesgo de que el deudor principal, la empresa, no pueda asumir sus obligaciones. Vuelve a recordar el tribunal que para un «operador económico prudente» no es imprevisible este cambio normativo. Y por todo ello, determina la no aplicación de la cláusula en estos dos casos.

Otro grupo de sentencias reitera la doctrina jurisprudencial que se venía considerando antes de las SSTs de 17 y 18 de enero de 2013, indicando que la dificultad de la parte compradora para obtener financiación y poder cumplir con un contrato es un riesgo exclusivo del deudor, inadmitiendo la aplicación de la *rebus* en estos supuestos. Aunque deja la puerta abierta a aplicar la cláusula por imposibilidad de financiación, matiza que debe ser absolutamente imprevisible en el momento de celebrar el contrato (no bastando «las dificultades subjetivas de financiación»), y que la crisis, por si sola, no permite al comprador desistir²⁸.

²⁷ El nuevo régimen de retribución del sector eléctrico establecido por el Real Decreto-Ley 9/2013 y el Real Decreto 413/2014 suprimía el régimen retributivo específico para las energías renovables creado por el Real Decreto 661/2007, produciendo un notable recorte (casi 1.700 millones de euros) en las energías renovables.

²⁸ Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 13 de julio de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:2848].

Finalmente, recuerda el tribunal que las crisis financieras ocurren con cierta recurrencia, y que no es una circunstancia que los profesionales puedan ignorar²⁹.

Otros supuestos se refieren a la compraventa de fincas donde el comprador alega que la base negocial del contrato era la expectativa del desarrollo urbanístico, truncada por la crisis de 2008. El tribunal no admite la cláusula y reitera que una fluctuación del valor de mercado es un riesgo claro que debe asumir el comprador³⁰.

Cabe mencionar igualmente el supuesto en el que los herederos pactan con la viuda del causante la sustitución de la cuota usufructuaria viudal de esta, correspondiendo la mayoría de los bienes a una empresa de construcción, por una renta vitalicia de 3.000 euros. El Supremo rechaza la aplicación de la cláusula ante una disminución de la facturación de la sociedad por dos motivos: el primero es que los herederos han asumido el riesgo ya que, si hubieran querido que la otra parte también lo hiciera, hubieran establecido una renta porcentual en función de los beneficios de la empresa; y, en segundo lugar, si la situación fuera la inversa y los ingresos hubieran aumentado enormemente, la viuda no tendría derecho a ver aumentada su cuota³¹. Y, por último, un ejemplo en materia de propiedad industrial donde la parte incumplidora del contrato de licencia de marca la invoca para reducir las obligaciones que tenía frente a la parte titular de la marca. En este caso, se desestima su aplicación por entender que en el contrato se encuentra recogido el supuesto de una disminución en las ventas, y su pretensión no ha podido ser atendida porque ha incumplido su deber de satisfacer el canon³².

Toda esta jurisprudencia nos lleva a concluir que, a pesar del intento «normalizador» que expresaban las SSTs de 30 de junio de 2014 y 15 de octubre de 2014, esta figura ha seguido siendo aplicada excepcionalmente por los tribunales, especialmente el Tribunal Supremo, en los años posteriores. Así, entre 2012 y marzo de 2020, el Supremo solo ha admitido la aplicación de la cláusula en tres sentencias, y si consideramos las sentencias de audiencias provinciales, entre enero de 2014 y diciembre de 2016, se ha estimado su aplicación en 7 de 50 casos (Milá Rafael, 2017, pp. 2.972 y 2.973).

3.2.5. Situación sanitaria derivada de la covid-19

De forma general, la cláusula *rebus sic stantibus* se sigue aplicando de manera restrictiva, tal y como se ha podido ver en el apartado anterior. Sin embargo, un supuesto comienza a

²⁹ Aunque esta sentencia es un poco anterior, para analizar la posición más reciente del TS resulta de obligada referencia la STS (Sala de lo Civil) de 11 de diciembre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5210].

³⁰ Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 24 de febrero de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1698].

³¹ Este supuesto lo recoge la STS (Sala de lo Civil) de 5 de abril de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:1148].

³² Como indica la SAP de Barcelona (Secc. 17.ª) de 15 de noviembre de 2018 [ECLI:ES:APB:2018:11881].

destacar en nuestra jurisprudencia más reciente: la alteración sobrevenida de las circunstancias que ha ocasionado la pandemia de la enfermedad covid-19.

Para comprender cuál es el estado de la cuestión en relación con la cláusula *rebus sic stantibus*, es necesario hacer referencia a los recientes pronunciamientos que, en relación con la situación sanitaria provocada por la covid-19, están realizando nuestros tribunales. El supuesto de hecho común a todos ellos es el siguiente: en un contrato de arrendamiento en el sector hostelero, comercial o turístico, el arrendatario demanda a su arrendador para reducir la renta pactada y debida, amparándose en la alteración sobrevenida de las circunstancias que la covid-19 y el estado de alarma han provocado.

Los primeros signos de cambio se han dejado ver en numerosos autos de juzgados de primera instancia en los que se admite, como medida cautelar, la suspensión del pago de la renta, o la prohibición de ejecutar el aval bancario entregado como garantía de cumplimiento de aquella. Ejemplos de ello son el AJPI de Navacarnero (núm. 4) de 25 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPII:2020:28A], el AJPI de Barakaldo (núm. 3) de 1 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:27A], el AJPI de San Sebastián (núm. 1) de 6 de octubre de 2020 y el AAP de Valencia (Sección 8.^a) de 10 de febrero de 2021 [ES:APV:2021:66A], entre otros. Además, en dos sentencias recientes se ha estimado la pretensión del arrendatario, y el tribunal ha procedido a la revisión del contrato. Son la SJPI de Cáceres (núm. 2) de 11 de agosto de 2020 [ECLI: ES:JPII:2020:315] y la SJPI de Barcelona (núm. 20) de 8 de enero de 2021 [ECLI: ES:JPI:2021:1]. En concreto, se ha determinado que la reducción de la renta es procedente.

Por un lado, respecto a los autos de medidas cautelares. Cuando estos autos analizan los tres requisitos que deben concurrir para que se estime la medida cautelar, en concreto el presupuesto del *fumus boni iuri*³³, se llega a una serie de conclusiones en relación con la *rebus sic stantibus* que son interesantes. Aunque en este análisis no se entre a prejuzgar el fondo del asunto. En primer lugar, se determina que la epidemia, y las restricciones que el gobierno ha adoptado para hacerle frente (sobre todo, el estado de alarma)³⁴ cumplen con la imprevisibilidad y la extraordinariedad exigidas por la doctrina jurisprudencial de la *rebus sic stantibus*³⁵. Incluso llegan a indicar que tal extremo es un hecho notorio y que, por lo tanto, no requiere de prueba por la parte que lo alega³⁶. Los jueces añaden que «la imprevisibilidad de la actual pandemia es "mucho menos discutible" que la de otro hecho com-

³³ El artículo 728 de la LEC establece tres requisitos que deben cumplirse para que se pueda adoptar una medida cautelar: a) Peligro por la mora procesal (*periculum in mora*); b) Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); y c) El otorgamiento de caución por el solicitante.

³⁴ Recordemos que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, proclamó el estado de alarma en nuestro país, y esta situación de excepción se prolongó hasta el 20 de junio de 2020.

³⁵ Así lo indican el AAP de Valencia (Sección 8.^a) de 10 de febrero de 2021 [ES:APV:2021:66A] y el AJPI de San Sebastián (núm. 1) de 6 de octubre de 2020.

³⁶ Como el AJPI de Navacarnero (núm. 4) de 25 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPII:2020:28A].

parable como es la recesión del 2008»³⁷. Crisis que, recordemos, fue considerada como alteración extraordinaria y sobrevenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁸. Así, los juzgados concluyen que sería razonable pensar que la pretensión de la demandante (la arrendataria) pudiera llegar a prosperar y se procediera, en consecuencia, a la revisión del contrato impugnado y a una reducción de la renta³⁹.

En segundo lugar, se establece en estos autos que la pandemia ha afectado extraordinariamente a la actividad comercial que se ejercía en los locales en cuestión, alterándose el núcleo contractual, de tal manera que se ha roto el equilibrio en él establecido⁴⁰. Así, una de las partes ha pasado a estar en una situación de desproporción exorbitante y a soportar una excesiva onerosidad, como es tener que hacer frente a la integridad de la renta pactada aun cuando el negocio está cerrado por imperativo legal⁴¹. Ahora bien, la apreciación de la pandemia como circunstancia imprevisible y de entidad suficiente capaz de generar una alteración extraordinaria de las circunstancias no conlleva automáticamente a la apreciación de una mayor onerosidad. Por el contrario, debe probarse tanto la mayor onerosidad producida, como la causalidad entre la pandemia y su generación⁴².

Además, destaca que la revisión contractual que nuestros tribunales están realizando es de carácter provisional, y no permanente. La modificación considerada por los jueces se limita al periodo en el que estuvo declarado el estado de alarma y se mantuvo en vigor el cierre de los comercios⁴³. Asimismo, en estos autos se le da mucha importancia a que la actora (la arrendataria) haya intentado una reducción negociada de la renta. Solamente en el supuesto de que no obtenga una respuesta por parte del arrendador, o esta sea negativa, no le quedará otro remedio que acudir a la jurisdicción⁴⁴.

Por último, recuerdan los tribunales que, en caso de que en el contrato se haya previsto el riesgo de pandemia, o si se hubiese asignado tal riesgo a una de las partes, no cabría la

³⁷ Así lo recoge el AJPI de Barakaldo (núm. 3) de 1 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:27A].

³⁸ Las SSTS de 30 de junio de 2014 [ECLI: ES:TS:2014:2823] y de 15 de octubre de 2014 [ECLI: ES:TS:2014:5090].

³⁹ Como en el AJPI de El Prat de Llobregat (núm. 2) de 15 de julio de 2020.

⁴⁰ Así lo indica el AJPI de Madrid (núm. 74) de 13 de agosto de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:19A].

⁴¹ Son insistentes los tribunales a la hora de reiterar que lo realmente importante no es la pandemia de covid-19 en sí misma considerada, sino que el foco debe ponerse en el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo. Este instrumento normativo es el que obligó al cierre del comercio y a la paralización de la actividad económica y comercial, siendo el auténtico causante de la disminución en los ingresos de los distintos arrendatarios. Entre otros, AJPI de Barakaldo (núm. 3) de 1 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:27A].

⁴² Como en el AJPI de Barakaldo (núm. 3) de 1 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:27A].

⁴³ Así lo recogen el AJPI de Benidorm (núm. 2) de 7 de julio de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:20A] y el AJPI de Barakaldo (núm. 3) de 1 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:27A].

⁴⁴ Tal y como indica el AJPI de Barakaldo (núm. 3) de 1 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:27A].

aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*⁴⁵. Aunque matizan que esta circunstancia parece poco probable⁴⁶.

Por otro lado, respecto a las sentencias, son ya dos los juzgados de primera instancia que han estimado la procedencia de la revisión del contrato en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

En primer lugar, la SJPI de Cáceres (núm. 2) de 11 de agosto de 2020 [ECLI: ES:JPII:2020:315]⁴⁷, que estimó la pretensión de la parte arrendataria, y declaró dos reducciones de un 25 % y un 40 % de la renta que debía pagar a la arrendadora en los periodos de 14 de marzo de 2020 a 11 de mayo de 2020, y de 11 de mayo hasta la finalización del estado de alarma (20 de junio de 2020), respectivamente.

Y, en segundo lugar, la SJPI de Barcelona (núm. 20) de 8 de enero de 2021 [ECLI: ES:JPI:2021:1]⁴⁸, que concede una reducción del 50 % de la renta desde el 1 de abril de 2020 al 31 de marzo de 2021.

Ambas sentencias defienden la concurrencia de los tres requisitos exigidos por la doctrina de la *rebus sic stantibus*:

- a) Ambos jueces consideran que la pandemia de la covid-19 es una alteración extraordinaria de las circunstancias. Se indica que la dimensión de los efectos económicos, sanitarios y sociales originados por la pandemia lleva inequívocamente a su calificación como tal.
- b) Además, la imprevisibilidad queda demostrada por el hecho de que estamos ante un suceso que no había sucedido con anterioridad. El juez de Barcelona llega a decir que «pudiéndose remontar, como situación análoga a la denominada gripe española de los principios del S. XX».

⁴⁵ En el AJPI de Barcelona (núm. 31) de 21 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:22A].

⁴⁶ En el AJPI de Barakaldo (núm. 3) de 1 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:JPI:2020:27A].

⁴⁷ En el presente supuesto, la mercantil Raquel Jeca, SL alquiló un local a la mercantil Baisa Out, SLU, mediante un contrato celebrado el 19 de noviembre de 2019. La arrendataria deja de pagar a la demandada las facturas de marzo a junio de 2020, y la parte demandante ejercita una acción de desahucio por incumplimiento del contrato y de reclamación de la cantidad adeudada. La parte demandada opone la cláusula *rebus sic stantibus* como consecuencia de la covid-19.

⁴⁸ Los antecedentes de hecho son los siguientes: La actora es arrendataria de 26 viviendas y 1 local en un contrato de arrendamiento de industria que destina al arrendamiento turístico. El demandado y arrendador es un gran tenedor de viviendas. Como consecuencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la actora ve reducida su facturación en un 82,7 %, y deja de pagar la renta. En la demanda solicita que el tribunal determine la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y que, como consecuencia, rebaje la renta que debe pagar.

- c) Por último, en cuanto a la excesiva onerosidad, dicen los dos juzgados que la declaración del estado de alarma por parte del Gobierno ha frustrado la finalidad económica primordial del contrato. Los ingresos se reducen en tal magnitud que no era posible la obtención de beneficios. Lo cual, unido a la ruptura del equilibrio entre las prestaciones, ha provocado que la conmutatividad contractual haya quebrado. Todo ello ha llevado a que se produzca una excesiva onerosidad para la parte arrendataria, con independencia de que el arrendador no haya realizado ninguna actuación culpable que haya podido producir tal onerosidad.

Según estos dos juzgados, es determinante que la parte que pretende una revisión jurisdiccional del contrato haya intentado previamente llegar a una negociación con su contraparte. En el supuesto de hecho de ambas sentencias, la arrendataria intentó previamente una negociación, y se encontró con la negativa de su arrendador. El juez de Barcelona incluso hace referencia a este intento de negociación como un cuarto requisito para que se pueda estimar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Aunque el tribunal matiza que, a pesar de que el local arrendado ya no cumpliera con la finalidad económica esencial del contrato (no se podía realizar la actividad económica), la posesión del mismo sí que le reportó al arrendatario alguna ventaja (pudo depositar mercancías, realizar trabajo de oficina, etc.). E indica el juez que esta utilidad debe ser remunerada. Por ello, no sería adecuado eximir al arrendatario del pago de la totalidad de la renta, sino que el restablecimiento del equilibrio solo se consigue con su reducción.

En definitiva, lo que pretenden estos dos jueces con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en la situación de pandemia es que las pérdidas de la modificación se distribuyan de manera equitativa y justa entre las partes. Siempre teniendo presente el objetivo último de mantener la viabilidad de las empresas.

3.3. Efectos de la cláusula *rebus sic stantibus*: adaptación o resolución del contrato

No existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia españolas sobre cuál de los remedios –adaptación del contrato o resolución– procede a través de la cláusula *rebus sic stantibus*.

- a) Parte de la doctrina (Díez-Picazo, 2008, pp. 1.080-1.081 y Orduña Moreno, 2017, pp. 22-23) defiende la resolución frente al remedio modificativo como regla general. La parte perjudicada dispone de la facultad de optar entre cumplir el contrato en sus propios términos o demandar su resolución por haber desaparecido la base de negocio, y haber perdido todo interés en recibir la prestación. Tampoco parece razonable, en opinión de esta doctrina, que se obligue a una parte a permanecer en un contrato que ha sido modificado por el juez, sin contar con su

participación en la reformulación de su contenido. En cualquier caso, cabe objetar a la resolución por frustración del contrato que tal remedio puede conseguirse sobre la base del principio de reciprocidad (art. 1289 CC) o de la existencia de una condición resolutoria implícita (Parra Lucán, 2015, p. 34).

- b) Otro sector de la doctrina (Lacruz Berdejo, 1999, p. 518 y Amunátegui Rodríguez, 2003, pp. 285 y ss.) considera, sin embargo, que la consecuencia jurídica debe ser la modificación o adaptación de los términos del contrato a la nueva situación. Invoca este sector el principio de conservación de los actos y los negocios jurídicos, o *favor contractus* (art. 1284 CC), elevado por la jurisprudencia a principio general del derecho⁴⁹, según el cual se debe tratar de «dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica»⁵⁰. También apoya la solución modificativa el principio de la buena fe del artículo 1258 CC, que nos lleva a pensar que uno de los contenidos del contrato es el deber de negociación cuando se ha producido la frustración del fin común de este, y no pueda atribuirse el riesgo a una de las partes (Parra Lucán, 2015, p. 31). Ahora bien, es muy difícil establecer cuál es el contenido de este deber de negociación, así como las consecuencias en caso de que falte acuerdo entre las partes.

No ofrece duda que en caso de frustración de la base del negocio cabe la resolución. La dificultad reside en los casos de excesiva onerosidad determinante de un desequilibrio de las prestaciones: ¿adaptación o resolución?

En derecho comparado, en los sistemas próximos al nuestro que regulan expresamente la *rebus sic stantibus*, observamos como en Italia, según el artículo 1467 del Codice Civile, la parte perjudicada puede exigir la resolución, pero la otra parte puede evitarla ofreciendo una modificación equitativa. Corresponde al juez, en todo caso, dictar la resolución, no la adaptación. En Alemania, solo cuando la adaptación del contrato no es posible entre las partes, procede la resolución. En Francia, la doctrina prioriza, conforme al principio de buena fe, el deber de renegociación frente a la extinción del contrato, y solamente si las partes no llegan a un acuerdo, cabe extinguir (Parra Lucán, 2015, p. 35).

⁴⁹ Como así contemplan las SSTS (Sala de lo Civil) de 15 de enero de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:1153] o de 28 junio de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:5765] que, además, consideran que este es también un principio fundamental del Derecho Contractual Europeo, de la Convención de Viena, de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, de la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.

⁵⁰ Así lo indica la STS (Sala de lo Civil) de 15 de enero de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:1153].

Se separan del planteamiento del derecho continental los sistemas anglosajones que sobre la base de la «frustration» defienden la liberación de las partes de sus deberes legales, de tal modo que la adaptación del contrato solo será posible si así lo tuvieran pactado en él (Speidel, 1982, pp. 801 y ss.).

En el derecho contractual europeo, plasmado tras una tarea de armonización a través del DCFR, se regula esta cláusula *rebus* en su artículo III.-1:110, que lleva como rúbrica «modificación o extinción por el juez a causa de un cambio en las circunstancias». En el mismo se nos establece que el tribunal puede modificar el contrato para que resulte más razonable y equitativo en las nuevas circunstancias. Además, también puede poner fin a la relación, indicando la fecha y condiciones en que se produce. Pero esta segunda solución judicial procede únicamente cuando se cumplen una serie de requisitos, destacando que el deudor haya intentado la renegociación del contrato y esta no se haya alcanzado.

En la PCC, vemos que la cláusula *rebus* se encuentra contemplada en el artículo 526-5, indicando que, primero, el contratante perjudicado debe intentar una renegociación dirigida a la revisión razonable del contrato. Solo cuando no sea posible, o no resulte razonable, imponerla a la otra parte, podrá el juez determinar la resolución, indicando los términos de la misma.

La jurisprudencia española, por su parte, establece que es de aplicación preferente la «modificación» de las cláusulas contractuales, aunque no especifica en qué debe consistir la modificación, más allá de procurar el equilibrio de las prestaciones, lo que en la práctica plantea también dificultades relevantes. Llegando incluso la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 12 noviembre de 2004 [ECLI: ES:TS:2004:7324] a indicar que: «En cuanto a sus efectos le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones»⁵¹. Asimismo, reitera la ya citada STS de 15 de octubre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5090] que debe aplicarse de forma preferente la solución modificativa, que sigue el principio de conservación de los actos y los negocios jurídicos, o *favor contractus*, reconociendo que esta solución es la que mejor se adecua a la naturaleza y características del contrato del litigio.

Ahora bien, parece claro igualmente que la modificación del contrato, como remedio preferente al de resolución, corresponde a las partes. Es decir, no se atribuye al juez la facultad de adaptar el contrato e imponerlo a las partes, por lo que, si la renegociación entre estas no es posible, el juez únicamente puede decidir la resolución (el único texto que permite a los tribunales la adaptación es el DCFR). Y aún con todo, en caso de que el juez determi-

⁵¹ También las SSTS (Sala de lo Civil) de 29 de mayo de 1996 [ECLI:ES:TS:1996:3285], 10 de febrero de 1997 [ECLI:ES:TS:1997:855], 15 de noviembre de 2000 [ECLI:ES:TS:2000:8311], 27 de mayo de 2002 [ECLI:ES:TS:2002:3799], 21 de marzo de 2003 [ECLI:ES:TS:2003:1967] y 22 de abril de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:2638].

nara la resolución del contrato, su labor no acabaría ahí, sino que le correspondería determinar las consecuencias derivadas de su decisión resolutoria como, a modo de ejemplo, la fijación de la fecha en que comienza a producir efectos la resolución, resolviendo sobre la existencia, o no, de retroactividad; el establecimiento de a quién le corresponde el pago de los gastos derivados de esta; la fijación, en su caso, de intereses, etc. Siempre teniendo presente que, en esta materia, prima la voluntad de las partes frente a la intervención del juez, que debe ser mínima.

4. Cláusulas MAC: configuración del cambio de circunstancias como riesgo pactado o previsto

4.1. Introducción

Hemos visto como la cláusula *rebus sic stantibus* sigue siendo aplicada por los tribunales de forma excepcional y, por lo tanto, nos planteamos cómo pueden aquellas empresas inversoras cubrirse de los riesgos derivados de modificaciones de las circunstancias imprevisibles y extraordinarias cuando firman contratos de compraventa de empresas. En otras palabras, la ausencia de una regla general que regula la *rebus sic stantibus* supone un incentivo para el desarrollo convencional de cláusulas en las que las partes prevean las consecuencias de ciertas circunstancias imprevisibles que pueden sobrevenir y perjudicar sus intereses. En este tipo de contratos es normal que se separe el momento de la firma⁵² y el momento de la producción de efectos y transmisión de la propiedad de la empresa objeto de adquisición (en adelante, empresa objetivo)⁵³. Este periodo intermedio es lo que se denomina «periodo interino». La duración de este dependerá del plazo que se pacte para verificar que se han cumplido las condiciones suspensivas del contrato, cabiendo todo tipo de previsiones, siendo las más comunes las relativas a reestructuraciones societarias, autorizaciones de carácter regulatorio, obtención de documentación financiera, contratos accesorios, etc. Cuanto más largo sea este periodo interino, aumentan las posibilidades de que se produzcan circunstancias sobrevenidas e imprevisibles (ya sea sobre la empresa objetivo, o sobre el comprador o el vendedor), o, al menos, poco previsibles para las partes, que aumenten extraordinariamente la onerosidad de alguna de las prestaciones, y que modifiquen las condiciones que motivaron la formación de la voluntad de las partes. Producidas estas, el comprador querrá modificar los términos, o incluso abandonar la operación. Para reducir este riesgo, las partes establecen cláusulas que regulan expresamente las consecuencias ante el acontecer de estos cambios: son las cláusulas de cambios materiales adversos o efectos materiales adversos, del inglés *material adverse change* o *material adverse*

⁵² El término usado en inglés para definir este hito es *signing*.

⁵³ El término usado en inglés para definir este hito es *closing*.

effect, o MAC (El Derecho Lefebvre, 2019). Debemos observar que los presupuestos de ejecución de tales cláusulas son casi idénticos a los que hemos usado para definir la cláusula *rebus sic stantibus*: «modificación sobrevvenida de las circunstancias», «imprevisibilidad», «extraordinaria onerosidad de las prestaciones» o «frustración del fin contractual». Y las consecuencias, asimismo, son las mismas, la renegociación del contrato o su extinción por el desistimiento de la parte perjudicada.

En cuanto al contenido de estas cláusulas, es importante definir detalladamente los supuestos que se incluyen, así como cuáles son sus efectos, en aras de una mayor seguridad jurídica y de una menor discrecionalidad de los jueces. Por ello, y teniendo presente la libertad de las partes conforme al artículo 1255 del CC, lo habitual es incluir una definición de «cambio material adverso» en las definiciones del contrato, y luego incluir la cláusula MAC en la parte de manifestaciones y garantías, indicando que, desde la fecha de firma, no se ha producido ningún cambio adverso relevante, e indicando criterios de relevancia y límites temporales o cuantitativos. La definición de MAC, según Glover, Becker y Alterbaum (2019), suele hacerse en los siguientes términos:

Cualquier evento, cambio, circunstancia, ocurrencia, efecto, resultado o estado de los hechos que, individualmente o en conjunto es, o razonablemente podría ser, materialmente adverso para el negocio, sus activos, pasivos, condiciones financieras, o el resultado de las operaciones de la empresa objeto de compra y sus filiales, y que, consideradas individual o conjuntamente, perjudican la capacidad del vendedor para consumir o impiden o retrasan materialmente cualquiera de las transacciones contempladas en el acuerdo final de compra⁵⁴ (p. 1).

Normalmente estos hechos se identifican de forma expresa, en función de las circunstancias, y los más destacables son de tres tipos: los externos a la empresa objetivo (como cambios en los mercados de valores, en el tipo de interés o en la normativa), los que afectan a la empresa objetivo (como la rescisión de contratos que sobrepasen un porcentaje de la facturación, o el descenso de la facturación por una cuantía previamente establecida) y los que afectan a la situación del comprador (como la imposibilidad de obtener financiación) (El Derecho Lefebvre, 2019).

En cualquier caso, Gili Saldaña (2013, p. 12) indica que el vendedor dispone de una serie de mecanismos para que estas cláusulas no sean demasiado onerosas para su posición. El

⁵⁴ Del inglés: «Any event, change, circumstance, occurrence, effect, result or state of facts that, individually or in the aggregate is, or would reasonably be expected to be, materially adverse to the business, assets, liabilities, condition (financial or otherwise) or results of operations of the target and its subsidiaries, taken as a whole, or that, individually or in the aggregate, materially impairs the ability of the seller to consummate or prevents or materially delays, any of the transactions contemplated by the definitive purchase agreement».

primero es definir claramente cuáles son los estándares de relevancia, es decir, establecer cómo debe ser el cambio, tanto cualitativa como cuantitativamente, para que se considere material (o relevante), aunque la realidad en la práctica es que se defina de forma general y abstracta, y será el juez quien lo determine. La segunda opción es incluir una serie de excepciones⁵⁵ bajo las que, en caso de darse un MAC, no sería responsable el vendedor. Y es que una cláusula MAC no deja de ser un mecanismo para distribuir el riesgo entre comprador y vendedor. La doctrina (Miller, 2009, p. 2.049 y ss.) divide los riesgos que pueden afectar a estas operaciones en cuatro tipos: el primero engloba los que afectan a la empresa objetivo, son los *firm-specific MACs*; el segundo tipo son los *systematic risks*, aquellos sobre los que las empresas no tienen control; en tercer lugar, los *indicator risks*, que comprenden la posibilidad de que no se cumpla con las expectativas financieras o económicas de la empresa; y por último, los *agreement risks*, que son aquellos riesgos que derivan de la celebración del propio contrato⁵⁶.

En derecho anglosajón, si nada se dice, el vendedor asume el primer tipo de riesgo, y el comprador asume los otros tres (Glover *et al.*, 2019, p. 3) y, partiendo de esto, se negociará quién pasa a asumir qué riesgos, dependiendo del caso concreto, y, por ejemplo, los compradores tratarán de incluir que un efecto sobre las «perspectivas» futuras de la empresa objetivo constituyan un MAE. Las largas negociaciones de la cláusula MAC, y de sus excepciones, son la regla general, y observaremos una dinámica en la que el comprador tratará de protegerse de los riesgos externos e internos, mientras que el vendedor buscará que esta cláusula no quede configurada como un auténtico derecho de desistimiento para el comprador (García Medina, 2010, pp. 5 y ss.).

También debemos mencionar que las funciones que la doctrina (Gili Saldaña, 2013, p. 13-16) otorga a estas cláusulas son tres: la primera es corregir posibles problemas de información asimétrica, el vendedor dispone de información a la que el comprador no tiene acceso. Como consecuencia, y ante la falta de información, el segundo querrá desarrollar una cláusula MAC amplia que le dé derecho a rescindir el contrato en una variedad extensa de supuestos, y así contrarrestar la incertidumbre, sin la que no comprará. Frente a esto, la única opción que tiene el vendedor es desvelar la información que posee y así reducir la incertidumbre. La segunda función es que incentiva al vendedor a invertir en la empresa objetivo en el periodo interino, eliminando así el riesgo moral que puede darse. Podemos pensar que si el propietario ha vendido la empresa, ya no tiene una motivación para mantener el nivel de inversión en la misma, y ante la falta de inversión se producirá una disminución del valor de esta, lo cual habilita para ejercitar la

⁵⁵ En inglés se denominan *carve-outs*.

⁵⁶ Otra clasificación de los riesgos de Macias (2011, pp. 8-9) distingue entre los cambios que afectan a todo el mercado (*market-wide MACs*) y aquellos que solo afectan a la compañía (*firm-specific MACs*), que se dividen, a su vez, en exógenos, cuando no guardan relación con los problemas de información asimétrica, y endógenos, cuando se derivan de problemas de selección adversa o de riesgo moral.

cláusula MAC. Por último, la tercera función es la asignación de riesgos entre comprador y vendedor, tal y como ya hemos indicado en líneas anteriores.

4.2. Origen y desarrollo en el derecho anglosajón

Las cláusulas MAC tienen su origen en los Estados Unidos de América (EUA) en la década de 1940, siendo en un primer momento disposiciones muy breves, y es a partir de la década de 1990 cuando comienzan a volverse más complejas y detalladas, implicando un proceso negociador enrevesado. Algunas de las razones que motivaron esta transformación fueron las crisis financieras y bancarias, la burbuja inmobiliaria, desastres naturales como el huracán Katrina, los escándalos financieros como Enron, o incluso los distintos ataques terroristas. Es notable, además, que desde 1990 ha habido un incremento exponencial de operaciones de fusiones y adquisiciones (Gili Sandaña, 2013, p. 6).

Ante la ausencia de pronunciamientos por parte de la jurisprudencia española, puede resultar interesante comentar alguno de los casos de los EUA y el Reino Unido (RU) que han configurado la figura en el derecho anglosajón. Así, el más importante es el caso *IBP, Inc. v. Tyson Foods, Inc.*⁵⁷, en la jurisdicción estadounidense, y el caso *Levinson Co v. Farin*⁵⁸, ante los tribunales ingleses, que comentaremos en líneas posteriores. También es destacable la decisión del Takeover Panel inglés en el caso *WPP Group PLC v. Tempus Group PLC*⁵⁹.

Es importante distinguir las cláusulas MAC de la doctrina de la frustración del contrato del derecho anglosajón. Esta última presupone imposibilidad del cumplimiento, sin culpa de las partes, como consecuencia de que las circunstancias tenidas en cuenta en su celebración han cambiado y exigen una prestación radicalmente distinta. En cambio,

⁵⁷ *In re IBP, Inc. Shareholders Litigation* [798 A. 2d 14 (Del. Ch. (2001))]: Tyson Foods, Inc. firma un contrato de fusión con IBT que incluía una cláusula MAC. Durante el primer semestre, tras la firma, IBT disminuye su beneficio de 1,93 \$/acción a 0,19 \$/acción, lo que representa una disminución de un 64 %. Tyson Foods, Inc. solicitó que se aplicara la cláusula MAC, pero el tribunal lo rechazó.

⁵⁸ *Levinson v. Farin* ([1978] 2 All E.R. 1149): Farin firma un contrato de adquisición de la firma Levinson Co. Levinson había comunicado a Farin que el diseñador de la primera estaba gravemente enfermo y que la compañía atravesaba por un duro momento económico, afirmando que no había ningún otro cambio adverso. Al tomar Farin el control de la empresa descubre que su valor neto era un 20 % inferior a lo manifestado. El tribunal consideró que ante la falta de una definición de lo que era «relevante», este supuesto tenía cabida y procedía aplicar la cláusula MAC.

⁵⁹ *WPP Group PLC v. Tempus Group PLC* (Statement 2001/15, Nov. 6, 2011): WPP realiza una oferta de adquisición de Tempus, firman contrato con cláusula MAC, pero tras los ataques del 11-S de 2001 desiste de la adquisición. El Takeover Panel indicó que solo se podían invocar las MAC frente a cambios adversos relevantes que afectaran a la finalidad principal de la operación y que fueran asimismo determinantes de la frustración del contrato, inadmitiendo la aplicación de la cláusula.

los requisitos para aplicar la cláusula MAC no son, o no deberían ser, tan estrictos en cuanto en que no exigen imposibilidad. Manzanares Secades (2016, p. 28) nos ofrece un ejemplo, para ver tal distinción, en la adquisición de Merrill Lynch por Bank of America, que se produjo durante la caída de Lehman Brothers. Merrill Lynch sufrió pérdidas de 15.000 millones de dólares durante el periodo interino de la operación, por lo que habría cabido la aplicación de la cláusula MAC, pero no la doctrina de frustración del contrato, ya que Merrill Lynch, a pesar de estas pérdidas, seguía teniendo valor por su marca, lo cual quedó aún más probado cuando el Gobierno de los EUA concedió beneficios fiscales (20 millones de dólares) a Bank of America para que no desistiera de la operación.

4.3. Requisitos. Casos relevantes

Para que la cláusula MAC sea de aplicación deben darse tres requisitos: a) que se produzca un cambio; b) que el cambio sea «material» o relevante; y c) que el cambio sea adverso.

1. En cuanto al primero de los requisitos, el cambio, se caracteriza por tres notas. La primera es que se haya producido una modificación de alguna de las circunstancias que estaban previstas en la cláusula en el momento de la firma del contrato, tal y como se indica en la definición acordada por las partes. La segunda es que la existencia del cambio sea ignorada por el comprador en el momento de la firma. Por ejemplo, en el caso *Levinson Co v. Farin* se admitió la aplicación de la cláusula porque Levinson, aunque conocía la mala situación de la firma, desconocía el alcance de esta, ya que de haber sabido que alcanzaba una caída del 20 % en el valor del activo, no la hubiera comprado. Y la tercera es el carácter largoplacista de este cambio, que debe ser valorado en años, no en meses. Por ejemplo, en el caso *IBP, Inc. v. Tyson Foods, Inc.*, se indica que una disminución del 64 % de los beneficios, comparados con el mismo trimestre del año anterior, no es suficiente, ya que para poder apreciar un MAC debe mirarse el largo plazo, y no el corto⁶⁰.
2. El cambio debe ser «material» o relevante en sentido cuantitativo, y esta determinación es el elemento más discutido. Para su análisis debemos fijarnos en el marco contractual, las circunstancias del caso y la redacción de la cláusula en concreto. Tal y como nos indica el caso *Greenwood Place v. Huntington National Bank*⁶¹, una reducción del patrimonio del 60 % significa un cambio «material», ya

⁶⁰ Este mismo razonamiento es seguido en el *Caso Hexion Speciality Chemicals, Inc. v. Huntsman Corp.* [C.A. No. 3841-VCL, 2008 WL 4457544 (Del. Ch. Sept. 29, 2008)].

⁶¹ *Caso Greenwood Place v. Huntington National Bank* [No. 1:2009cv01110 (S.D. Ind. 2011)]: En un contrato de financiación, el garante empeora considerablemente su situación económica tras la firma del contrato, pasando las cuentas de 7 millones de dólares a 0, produciéndose una reducción de su patrimonio del

que, en este caso, su patrimonio había pasado de 120 a 48 millones de dólares, caída suficiente para ser considerada relevante. Concluye el tribunal que el término «materialidad» es un «concepto inherentemente amorfo», en el sentido de que es relativo y debe analizarse a la luz del caso concreto. Es en el análisis de este requisito de materialidad donde debemos diferenciar con la doctrina de la frustración, tal y como indicábamos anteriormente.

3. En tercer lugar, el cambio además de material debe ser «adverso». Este es, de nuevo, un término relativo en el sentido de que, partiendo de una situación de idénticas o similares circunstancias, lo que es adverso para un sujeto podría no serlo para otro. Debe interpretarse en relación con el término «material», dado que todo cambio adverso implica que ha sido material, pero puede darse esa materialidad y que, sin embargo, el cambio no sea adverso. Así, por ejemplo, si acudimos de nuevo al *caso Greenwood Place v. Huntington National Bank*, ya hemos visto que la disminución del patrimonio era considerada un cambio material, pero, ahora bien, el patrimonio restante (48 millones de dólares) era suficiente para satisfacer el préstamo del que era garante, por lo que no se podía considerar relevante para el acreedor y, por lo tanto, no podía admitirse la cláusula MAC (Manzanares Secades, 2016, p. 36).

Por último, mencionar el *caso Akorn, Inc. v. Fresenius Kabi AG*⁶², que es el primer caso ante los tribunales de Delaware en el que un comprador ha desistido válidamente de la compraventa de una empresa mediante el ejercicio de una MAC. Fresenius se obliga a cerrar la compra bajo la condición de que las declaraciones de Akorn fueran ciertas y correctas tanto en la firma como en el cierre, excepto en aquellos casos en los que no se esperara, razonablemente, que la falta de veracidad y corrección tuviera un efecto material adverso. Pero en este caso se admite la ejecución de la MAC, dado que las declaraciones hechas por Akron en relación con el cumplimiento de la normativa no eran ciertas, y la desviación con la realidad era susceptible de causar un MAE de duración prolongada en el tiempo, es decir, se daba un cambio material y adverso, se daba un MAC (Glover *et al.*, 2019, p. 3).

4.4. Las cláusulas MAC en España

Como comentábamos en líneas anteriores, ha quedado claro que la cláusula *rebus sic stantibus* sigue siendo aplicada por los tribunales con prevención y excepcionalmente. En

60 % y teniendo unas contingencias litigiosas de 17 millones de dólares. El *borrower* busca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia de que se haya producido una MAC.

⁶² *Caso Akorn, Inc. v. Fresenius Kabi AG* [No. 535, 2018 (Del. Dec. 7, 2018)]: Fresenius es una empresa farmacéutica alemana que firma la compra de Akorn, farmacéutica americana con base en Illinois, especializada en la producción de fármacos genéricos.

la búsqueda de otras alternativas que protejan a los inversores de aquellos riesgos que se acaben materializando, y dada la influencia que la práctica anglosajona ejerce en la contratación mercantil, es innegable que cada vez llegan más figuras de los EUA y del RU que los grandes despachos de abogados españoles recomiendan a sus clientes a la hora de cerrar operaciones tan complejas como son las adquisiciones de empresas. Un claro ejemplo son las cláusulas MAC. Aun así, mientras que en los EUA un 89 % de los contratos de compraventa de empresas celebrados (y que exceden los 100 millones de dólares) incluyen cláusulas MAC (Nixon Peabody LLP, 2019, p. 4)⁶³, en España esta cifra es de un 40 % (De Cendra y Balañá, 2019, pp. 14-15).

Cuando en un contrato sometido a derecho español se incluye una cláusula MAC, el comprador busca protegerse del riesgo en una doble vertiente, tanto respecto de las circunstancias internas a la empresa objetivo, prestándose atención a su patrimonio, cubriéndose de que no se produzca ningún cambio adverso en sus negocios o en sus cuentas anuales, como respecto de los riesgos ajenos a la empresa adquirida que disminuyan su solvencia o valor. Se pretende poder modificar la eficacia del contrato ante cambios sustanciales que afecten negativamente al propio objeto (la empresa adquirida), y al mercado en el que esta opera, ambos cambios susceptibles de disminuir el valor de la empresa. Si realizamos un ejercicio de subsunción de esta figura anglosajona en el ordenamiento español, vemos como, frente al primer riesgo interno, cierta doctrina considera que se le puede aplicar la regulación de las obligaciones condicionales (arts. 1.113 y ss. CC), mientras que, frente al riesgo externo, esta cláusula entra dentro de los presupuestos y desarrollo jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* (García Medina, 2010, p. 5 y ss.).

García-Nieto Nubiola (2012, p. 1 y ss.) expone como un contrato importante sometido a legislación española en el que se incluyó una cláusula MAC fue la venta por parte de Centrica PLC de su negocio en España a la sociedad Villar Mir Energía, S. L. Destaca que en esta operación había dos condiciones suspensivas relevantes (aprobación de la CNMC y sustitución de las garantías otorgadas por la matriz británica), lo que hacía que el periodo interino fuera a tener una duración considerable. Es por ello por lo que la vendedora se planteó si permitir la inclusión de una cláusula MAC, concluyendo que se debía admitir, puesto que, si no se hacía, se comprometía la calidad de los compradores que se iban a atraer. La causa era que dado el escenario de recesión en el que se encontraba la economía, con los mercados de deuda y de capitales contraídos, la inclusión de estas cláusulas era lo normal, puesto que los compradores buscaban proteger

⁶³ Sobre la incidencia de las MAC en el mercado estadounidense, es muy interesante el informe de la firma legal Nixon Peabody PPL (2019), que indica que «de los 200 contratos analizados, 196 (el 98 %) contenían una cláusula MAC. Lo que significa un incremento respecto del 89 % del último informe. Y de los contratos de adquisición, en ninguno de los 200 analizados este año faltaba una cláusula MAC en las condiciones de cierre, comparado con el 7 % de 2017. Estas tendencias demuestran la aceptación universal de las cláusulas MAC en M&A» (p. 4).

su posición de los riesgos inherentes a la coyuntura económica. Más aún en el sector de la empresa objetivo, el energético, en el que los continuos cambios regulatorios aumentan la incertidumbre.

Es interesante el caso resuelto por el Laudo de 10 de enero de 2012 dictado por la Corte Española de Arbitraje. El contratante del servicio resuelve un contrato de transporte por ferrocarril de carbón de importación celebrado el 2 de mayo de 2010, como consecuencia del cambio normativo que restringía la importación de carbón, en aplicación de una cláusula contractual que regulaba las consecuencias de que se produjera la desaparición de la base del negocio⁶⁴. Esta cláusula estaba redactada en una forma muy vaga, usando conceptos amplios e indeterminados, tales como «inviabilidad económica del contrato» o «imposibilidad de utilizar carbón de importación en la cuantía necesaria». El árbitro recuerda el principio *contra preferentem vel contra stipulatorem* (art. 1288 CC), que prohíbe que aquella parte que ha causado la oscuridad en un contrato se vea favorecida por este hecho. Asimismo, indica que la *rebus sic stantibus* no cabe, dado que no se cumple la imprevisibilidad exigida, puesto que los decretos aprobados se basan en una competencia de desarrollo otorgada al Gobierno por la Ley del sector eléctrico. En cualquier caso, añade que si las partes concibieron la cláusula de esta manera, y no de otra, no procede considerar requisitos adicionales exigidos en la jurisprudencia, y concluye que en este caso estamos *de facto* ante una cláusula MAC, ya que las partes prevén los efectos (resolver el contrato) ante un cambio material adverso para una de las partes, como es la aprobación de una normativa, y por el principio *pacta sum servanda* debe respetarse lo acordado (Mendieta Grande y Serna Cabrera, 2013, pp. 1-11)⁶⁵.

Por último, indicar que aunque la jurisprudencia no se ha manifestado en relación con este tipo de cláusulas en contratos de compraventa de empresas, sí que lo ha hecho en algunos casos de préstamos sindicados que incluían una cláusula MAC, donde ha interpretado que estos pactos caben dentro de la figura del vencimiento anticipado, en virtud de la autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 CC, y caracterizándolos como una facultad del acreedor que ejercerá si concurre justa causa, estos es, una dejación de las obligaciones esenciales, no sirviendo los incumplimientos accesorios⁶⁶.

⁶⁴ La aprobación del Real Decreto 134/2010, de 12 de febrero, en desarrollo de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico afectó negativamente al carbón de importación, ya que establece que la demanda de carbón nacional debe ser satisfecha por carbón «autóctono» en un mínimo porcentual de hasta el 15 %.

⁶⁵ En este caso, al final, concluye el árbitro que no podría ejecutarse la cláusula MAC, porque la parte resolvió antes de que la ley entrara en vigor, por lo que el cambio no se había materializado.

⁶⁶ Entre otras, las SSTS (Sala de lo Civil) de 17 de febrero de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:515], 16 de diciembre de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:8466], 4 de junio de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:2599] y 12 de diciembre de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:6748]. Este grupo de sentencias defienden que la validez de las cláusulas MAC en los préstamos sindicados radica en su habitualidad en los usos del comercio bancario y en el principio de autonomía de la libertad del artículo 1255 del CC, y podrán ejecutarse «cuando concorra justa causa para

4.5. Las cláusulas MAC en el derecho español: efectos

La influencia de la práctica anglosajona es innegable en la contratación mercantil, y, por ello, debemos estudiar cómo encajan en nuestro derecho las figuras que se van normalizando en la práctica española. Como punto de partida debo destacar dos cuestiones: primero, que estos riesgos del periodo interino, si no se han previsto en el contrato, deberían ser asumidos por el adquirente de acuerdo con Código Civil. En segundo lugar, estamos en contratación entre partes iguales, debidamente asesoradas y que ejercen su libertad contractual, por lo que no entra en juego la especial protección prevista para la contratación con condiciones generales o con consumidores y usuarios, sino el principio de libertad contractual del artículo 1255 CC, que indica que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público» (Manzanares Secades, 2016, p. 40). De hecho, la doctrina que se ha ocupado de esta materia sostiene, mayoritariamente, que la figura en derecho español más afín a las MAC es la cláusula *rebus sic stantibus*. Pero también se defiende que nos encontramos ante condiciones suspensivas o resolutorias. O que la calificación de estas cláusulas depende de su redacción concreta y la finalidad con la que se la ha incluido en el contrato (Gili Saldaña, 2013, p. 5).

Aunque es cierto que, tal y como coincide la doctrina, la cláusula la MAC encuentra su mayor parecido en el ordenamiento jurídico español en la cláusula *rebus sic stantibus*, debemos indicar, tal como indican ciertos autores (Gimeno Beviá, 2016, pp. 229-236), que existen algunos matices que las diferencian. Procedo a analizar los tres más importantes. En primer lugar, podemos observar que mientras la aplicación de las MAC es voluntaria, la segunda depende de los tribunales, aunque eso sí, siempre que una de las partes ejercite la correspondiente demanda. Pero frente a este argumento podríamos indicar que, en relación con las cláusulas MAC, aunque se reconoce a una de las partes (normalmente el comprador) la posibilidad de rescindir el contrato, lo normal es que la contraparte se vaya a oponer a la interpretación que la primera hace de la cláusula, y el asunto acabe en los tribunales, siendo estos los que decidan si se aplica o no, al igual que en la *rebus*.

En segundo lugar, los requisitos ineludibles de imprevisibilidad y carácter extraordinario que se exige para la *rebus* resultan más flexibles en las MAC, dado que en estas la distribución de riesgos dependerá del poder negociador de los contratantes, y se realizará en términos de posibilidad. Un ejemplo de actualidad: si se produjera la independencia de la parte del territorio en la que se encuentre la sociedad adquirida, sería causa de ejecución de cláusula MAC en caso de que acarrearra consecuencias a nivel aduanero o de divisas. Sin embargo, no daría lugar a la aplicación de la *rebus*, dado que, si ha habido referéndums

ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas».

previos, y ha sido un tema presente durante años, todo empresario diligente lo preverá al contratar⁶⁷. Lo mismo pasa con el requisito de excesiva onerosidad de la prestación que se exige para la *rebus*; en las MAC será menos estricto, puesto que depende de la negociación de las partes: el vendedor buscará equiparar el requisito a lo establecido para la *rebus*, mientras que el comprador tratará de redactarla en los términos más generales posibles, buscando configurarla de forma amplia. He de discrepar de este razonamiento puesto que, aunque en un plano teórico las cláusulas MAC parecen menos rígidas en cuanto a sus requisitos, lo cierto es que podemos observar como en la jurisprudencia anglosajona, tal como se ha analizado en el presente trabajo, solamente en casos muy concretos los tribunales las han admitido⁶⁸, mientras que en la mayoría de los casos planteados los tribunales han exigido los requisitos de la doctrina de la frustración del contrato anglosajona, y al no darse estos, las han rechazado, tal y como ocurre en la *rebus*.

En cuanto a sus efectos, defiende la mayoría de los autores que las cláusulas MAC permiten tanto la modificación del contrato como su extinción; son las partes las que determinarán cómo configurar estos en función de las circunstancias que se den. Los tribunales se inclinan, cuando han aplicado la *rebus*, por modificar el contrato, ya que cuando la situación era tan insostenible que han tenido que extinguir el contrato, han acudido a otras figuras como la doctrina de la desaparición de la base del negocio. Respecto a este último argumento podría decirse que, tal y como se ha comentado en líneas anteriores en este trabajo, cierta doctrina española considera que la *rebus* no necesariamente lleva a la modificación del contrato, sino que defiende el remedio resolutivo.

Para finalizar, en mi opinión, la diferencia fundamental existente entre las cláusulas MAC y la cláusula *rebus sic stantibus* se observa en la incompatibilidad de la apreciación de ambas. Precisamente, si pretendemos aplicar la cláusula MAC, significa que previmos el riesgo y este se ha materializado, por lo tanto, ya no cabe la imprevisibilidad que exige la *rebus*. Por el contrario, si se da la imprevisibilidad, que es presupuesto de la *rebus*, la cláusula MAC no cabrá, dado que dicha modificación no estará contemplada, y al no estarlo, no podremos aplicarle los efectos que recoge la cláusula. Debemos recordar que la *rebus* se configura como una cláusula implícita entre las partes que expresa su voluntad de repartir el riesgo equitativamente, mientras que en la MAC ese riesgo se asigna mediante pacto. En conclusión, si se dan las circunstancias que justifican la aplicación de la cláusula MAC, debemos aplicar las consecuencias previstas en el con-

⁶⁷ Ejemplo similar al del informe del despacho Slaugther and May en relación con el referéndum de independencia de Escocia en 2014. «Referendum on Scottish Independence. Some practical considerations». Disponible en <<https://www.slaughterandmay.com/media/2308098/referendum-on-scottish-independence.pdf>>.

⁶⁸ Como hemos visto en los casos analizados: *In re IBP, Inc. Shareholders Litigation* [798 A. 2d 14 (Del. Ch. (2001))]; *WPP Group PLC v. Tempus Group PLC (Statement 2001/15, Nov. 6, 2011)*; *Hexion Speciality Chemicals, Inc. v. Huntsman Corp* (2008); *Caso Greenwood Place v. Huntington National Bank*, etc.

trato, dado que la distribución de riesgos ha sido acordada. En cambio, si no se dan, no podremos aplicar estas consecuencias, pero si estamos ante un cambio extraordinario e imprevisible, con efectos materiales, adversos, y excesivamente onerosos sobre una de las partes, rompiendo el equilibrio prestacional, podremos solicitar la cláusula *rebus sic stantibus* (Gimeno Beviá, 2016, pp. 229-236).

5. Conclusiones

1. La excesiva onerosidad sobrevenida es el sacrificio económico sobre alguna de las prestaciones contraídas producido por acontecimientos que transcurren entre su celebración y su ejecución. La tutela del deudor frente al imprevisible endurecimiento de su prestación carece de regulación en el ordenamiento jurídico español, por lo que se hace preciso acudir a una figura de configuración jurisprudencial y doctrinal: la cláusula *rebus sic stantibus*.
2. La cláusula *rebus sic stantibus* se ha configurado tradicionalmente como un remedio frente a la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato, siendo tres los requisitos que deben concurrir para su aplicación: a) alteración extraordinaria de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar; b) desproporción exorbitante (excesiva onerosidad) de una prestación en comparación con la otra; c) imprevisibilidad del cambio sobrevenido.
3. El Tribunal Supremo, tradicionalmente, ha venido interpretando estos requisitos de manera muy rígida, propugnando una aplicación «cautelosa» de la cláusula, puesto que en el mejor de los casos comporta una modificación de los términos del contrato, otorgando un mayor peso al principio *pacta sum servanda*. Aunque dos sentencias dictadas en 2014 parecían inclinarse hacia la flexibilización de los presupuestos indicados, lo cierto es que en los pronunciamientos más recientes del Alto Tribunal se ha vuelto a una interpretación restrictiva. En cualquier caso, tanto la situación sanitaria provocada por la covid-19 como la declaración del estado de alarma como medida para hacerle frente, son supuestos que están siendo analizados por nuestros tribunales para determinar si pueden considerarse como situación de cambio de las circunstancias que cumpla con los requisitos de la doctrina *rebus sic stantibus*. De hecho, ya son varios los juzgados que se han pronunciado en sentido afirmativo, y han procedido a la modificación del contrato que era objeto de litigio.
4. Otras de las cuestiones controvertidas es la relativa a los efectos de la cláusula *rebus*, dado que no hay consenso en la doctrina española sobre el remedio procedente ante una excesiva onerosidad determinante del desequilibrio de las prestaciones, centrándose el debate en torno a la procedencia de la adaptación del contrato o su resolución. Tanto en los ordenamientos de nuestro entorno (Italia,

- Alemania y Francia), como en el DCFR y la PCC, la cuestión se encuentra regulada expresamente, decantándose todos ellos en favor de la solución modificativa y, solamente en defecto de esta, se admite la resolución del contrato. La jurisprudencia española también sigue esta línea, y establece el carácter preferente de la modificación, sobre cuyos términos deberán estar de acuerdo los contratantes.
5. Es la aplicación excepcional de la cláusula *rebus* y la preferencia por el modificativo del contrato lo que está llevando en la práctica, señaladamente en las relaciones comerciales, al pacto que prevé soluciones alternativas frente a una excesiva onerosidad sobrevenida de una de las prestaciones. Se trata de las cláusulas MAC (*material adverse change*), procedentes del derecho anglosajón, que revisten una importancia crucial, principalmente en los contratos complejos –como adquisiciones de empresa– o de larga duración. Por medio de ellas se crea un mecanismo de distribución del riesgo entre los contratantes, cuando concurren tres presupuestos fundamentales –cambio de las circunstancias iniciales, alteración «material» o relevante de las mismas en sentido cuantitativo y mayor onerosidad de una de prestaciones–, que son delimitados perfectamente por los contratantes, de mutuo acuerdo, al tiempo de su celebración.
 6. Cabría sostener en principio que las cláusulas MAC se asimilan a la *rebus sic stantibus* pero, aunque es cierto que hay una considerable semejanza entre los elementos básicos de ambas, existen diferencias sustanciales entre unas y otra: las primeras presuponen no solo la previsión del riesgo y de la alteración cuantitativa, sino la determinación anticipada de las consecuencias; sin embargo, tratándose de la *rebus* es necesario que el cambio de las circunstancias sea imprevisible y que el juez aprecie una excesiva onerosidad, en cuyo caso y solo excepcionalmente procederá la aplicación de esta doctrina y la consecuente modificación del contrato.
 7. En ausencia de una norma que disponga otra cosa, es razonable, a la vista de los cambios sociales y económicos del mercado, que sus agentes estén optando por incorporar las cláusulas MAC. Y es que en este contexto, la búsqueda de una solución a las alteraciones sobrevenidas deviene ardua para los tribunales, a quienes no corresponde enunciar una regla con pretensión de aplicación a todos los contratos.

Referencias bibliográficas

- Amunátegui Rodríguez, C. de (2003). *La cláusula rebus sic stantibus*. Tirant lo Blanch.
- Carrasco Perera, A. (2010). *Derecho de contratos*. Aranzadi.
- Cavallé Cruz, A. (2010). Obligaciones y contratos. Vol. 2.º. En J. F. Delgado de Miguel (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. III (pp. 461-466). Aranzadi Thomson Civitas.
- Cendra, J. de y Balañá, J. M.ª. (2016). *Los contratos de M&A en España*. Hogan Lovells, LLP e Instituto de Empresa (IE). www.hoganlovells.com
- Delgado Echeverría, J. y Parra Lucán, M.ª A. (2005). *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*. Dykinson.
- Díez-Picazo, L. (2008). Las relaciones obligatorias. En L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II. (6.ª ed.). (pp. 1080 y ss.). Thomson Civitas.
- Ebers, M. (2003). La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002. *Anuario de Derecho Civil del BOE*, 1.588-1.560.
- García Medina, J. (2010). Otras pretendidas formas de garantía atípica, derivadas del comercio exterior, los convenios internacionales y el derecho comparado. *Diario La Ley*, 8975, 5-7.
- García-Nieto Nubiola, P. (2012). Venta por Centrica Plc de su negocio en España mediante un proceso de subasta: algunas consideraciones desde el punto de vista jurídico y práctico. *Diario La Ley*, 7600.
- Gili Saldaña, M. (2013). Las cláusulas de cambios adversos relevantes en las adquisiciones de empresas. *InDret*, 1/2013, 5-12.
- Gimeno Beviá, V. (2016). *Condición en los contratos de compraventa de empresa*. E. Gallego Sánchez (Dir.).
- Glover, S., Becker, B. L. y Alterbaum, D. S. (2019). Evolution of the Material Adverse Effect' Cause. *vLex*, 791766313.
- Lacruz Berdejo, J. L. (1999). *Derecho de Obligaciones*, edición revisada por J. Rivero Hernández. Dykinson.
- Luna Yerga, A. (2015). Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás? *InDret*, 7-10. <https://indret.com/es>
- Macias, A. J. (2011). *Risk Allocation in Acquisitions: The Uses and Value of MAE-Exclusions*. <https://papers.ssrn.com>
- Manzanares Secades, A. (2016). *Una aproximación a las cláusulas MAC (Material Adverse Change) en los contratos de financiación sindicada a la luz de la jurisprudencia anglo-americana*. Aranzadi.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2018). Ineficacia e invalidez de los contratos. En AA. VV., *Curso de Derecho Civil (II)*, vol. 1.º (*Teoría general de la obligación y el contrato*). (pp. 475-479 y 493 y ss.). Edisofer.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2018). Modificación del contrato. En AA. VV., *Curso de Derecho Civil (II)*, vol. 1.º (*Teoría general de la obligación y el contrato*). (pp. 461-466). Edisofer.
- Mendieta Grande, R. y Serna Cabrera, S. (2013). Impacto de un cambio normativo sobre un contrato de transporte por ferrocarril. Las cláusulas resolutorias por alteración esencial de las circunstancias. *La Ley*, 2936, 1-11.
- Milá Rafael, R. (2017). Contingencias de mercado, riesgo contractual y doctrina *rebus sic stantibus*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 764, 2.972-2.973.
- Miller, R. T. (2009). The Economics of Deal Risk: Allocating Risk Through MAC Clauses in Business Combination Agree-

- ments. *William & Mary Law Review*, 50, 2.049 y ss.
- Nixon Peabody PPL (2019). MAC Survey. www.nixonpeabody.com
- O'Callaghan Muñoz, X. (2004). *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*. (4.ª ed.). La Ley.
- Orduña Moreno, J. (2016). Comentario de los artículos 1290 a 1299. En A. Cañizares Laso *et al.* (Coord.), *Código Civil comentado, Volumen III, Libro IV. Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)*. (2.ª ed.). Civitas.
- Orduña Moreno, J. (2017). Capítulo VI. La nueva doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*. Fundamentos de aplicación y concreción técnica. En J. Orduña Moreno, *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus» (Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y Derecho Comparado)*. (2.ª ed.). (pp. 22 y ss.). Civitas.
- Parra Lucán, M.ª A. (2015). Riesgo imprevisible y modificación de los contratos. *Revista InDret*, 4/2015, 9-35. <https://www.dialnet.unirioja.es>
- Paz-Ares Rodríguez, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Díez-Picazo Ponce de León, L. y Salvador Coderch, P. (2015). De la rescisión de los contratos. En AA. VV., *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia.
- Raventós Soler, A. (2015). Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3/2015, 3-12.
- Sánchez García, J. y Pérez Daudí, V. (2021). La cláusula *rebus sic stantibus*. *Vlex*.
- Serrano Acitores, A. (2010). El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad. *Noticias Jurídicas*.
- Speidel, R. E. (1982). Restatement Second: Omitted Terms and Contract Method. 67 *Cornell L. Rev.*, 785, 801 y ss.

Responsabilidad extracontractual y prescripción de la acción

Comentario a la [STS de 22 de febrero de 2021](#)

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

El día inicial para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual es aquel en que puede ejercitarse; la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir. El plazo de un año de prescripción extintiva de la acción aquiliana cuando existe un proceso penal no se inicia hasta que este ha terminado, puesto que mientras esté subsistente, cualesquiera que sean las personas implicadas, el perjudicado no puede formular la demanda civil, ni contra ellas, ni contra otras distintas. Las actuaciones penales que se hubieren dirigido contra personas indeterminadas e incluso distintas de aquella contra quien se esgrime la *actio civile* no pueden ser obstáculo al efecto interruptivo de la prescripción.

Palabras clave: responsabilidad extracontractual; proceso penal previo; prescripción civil: inicio; interrupción.

Fecha de entrada: 13-03-2021 / Fecha de aceptación: 29-03-2021

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de marzo de 2021).

La cuestión que se debate en la sentencia seleccionada para comentar, y que es frecuente en los tribunales civiles, tiene que ver con las acciones realizadas por daños producidos por culpa extracontractual respecto de los que existe una acción penal previa, que por otro lado es habitual en el ámbito del ejercicio de la jurisdicción, ya sea por tribunales civiles o por tribunales penales.

En la sentencia que se comenta la cuestión que se plantea es la siguiente: Como consecuencia de una colisión entre un vehículo automóvil con un autobús o tranvía de una línea de transporte de viajeros, una pasajera sufre lesiones, y formula denuncia que da lugar a la incoación de un juicio de faltas. El accidente de tráfico tiene lugar el 15 de junio de 2014, formulando la persona lesionada denuncia el 28 de septiembre de ese año. Posteriormente el procedimiento penal es archivado por Auto de 3 de junio de 2016, por la renuncia a la acción penal, con reserva de acciones civiles por la denunciante por escrito de 28 de mayo de 2015. La perjudicada dirige una reclamación judicial a la entidad aseguradora demandada en diciembre de 2015 de reclamación de cantidad a la aseguradora por las lesiones causadas. Dicha demanda fue desestimada por el juzgado de primera instancia por medio de sentencia, al considerar que no se acreditó por la actora que resultara lesionada como consecuencia del siniestro, acogiendo la excepción de falta de legitimación activa que alegó la entidad aseguradora. Recurrída en apelación la sentencia por la demandante, la audiencia, si bien reconoció que efectivamente resultó lesionada por el accidente de tráfico, acogió la excepción opuesta por la compañía de seguros, por entender que había transcurrido el plazo de un año que establece el artículo 1968 del Código Civil, por entender que al dirigirse contra cualquier responsable, además de los demandados el procedimiento penal no interrumpe el plazo de prescripción cuando no existe vínculo de solidaridad con la demandada.

Ante cualquier situación como la que se recoge en la sentencia que se comenta, se pueden iniciar acciones civiles o penales, y según la vía empleada el comienzo del plazo de prescripción varía.

Las acciones civiles deberán articularse teniendo en consideración la regulación del Código Civil. Así, deben recordarse los artículos 1968, 1969 y 1973 del Código Civil. El artículo 1968.2 dispone que «prescriben por el transcurso de un año: [...] La acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado». Por otra parte, el artículo 1969 establece que «el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse». Además, el artículo 1973 dice que «la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor» y por el artículo 1974 se expone que «la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores».

Por tanto, deberían partirse directamente de esa regulación, y de acuerdo con la prescripción de las acciones derivadas de la responsabilidad extracontractual, el plazo deberá

contarse desde la producción del hecho que dio lugar al daño cuya indemnización se interesa, sin perjuicio de las posibles causas de interrupción, pues como se sabe la prescripción es posible que se interrumpa, lo que no sucede con la caducidad que actúa *ipso iure* y que puede ser objeto de paralización o interrupción.

Sin embargo, si se ejercitan acciones penales, la situación varía, porque en ese caso debe tenerse en consideración la regulación de la ley procesal penal. Así, el artículo 114 de Ley de enjuiciamiento criminal establece que «promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndolo si lo hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal». Además, el artículo 111 de dicha regulación procesal establece que «mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme, salvo lo dispuesto en los arts. 4.º, 5.º y 6.º de este Código».

En estos casos solo podrá ejercitarse la acción civil cuando el procedimiento penal inicial quede archivado, y posteriormente, transcurrido más de un año, y una vez finalizado el proceso penal, se dirige acción contra los demandados.

Teniendo en cuenta estos aspectos, la determinación del día inicial del plazo del ejercicio de las acciones por culpa extracontractual cuando se trata de daños corporales, según el Tribunal Supremo (STS de 535/2012, de 13 de septiembre (NCJ057494); 480/2013, de 19 de julio, y 896/2011, de 12 de diciembre), es concebido, según el artículo 1969 del CC, con carácter objetivo, sin embargo el artículo 1968.2 del CC, tratándose de las acciones derivadas de la responsabilidad extracontractual, introduce un matiz subjetivo bajo la expresión normativa «desde que lo supo el agraviado». Por consiguiente, para que la prescripción extintiva despliegue sus efectos es preciso que concurren los requisitos siguientes: ser titular de un derecho, que sea apto para ser ejercitado; concurrir el abandono o la inacción de su titular durante los plazos fijados en las leyes; y que no existan actos, debidamente exteriorizados de conservación del derecho, que conformen legítimas causas de interrupción prescriptiva. En cualquier caso, la apreciación de la prescripción, tratándose de daños causantes de lesiones corporales, ha recibido un tratamiento específico desde una doble perspectiva: primero, con carácter general, bajo la premisa de que no es posible determinar el alcance exacto del daño en el momento en que fue causado; y, en segundo término, en congruencia con el anterior, que el cómputo del plazo para el ejercicio de las acciones resarcitorias no se inicia hasta el conocimiento definitivo de las consecuencias lesivas sufridas, lo que implica la estabilización de las secuelas, toda vez que, en ese momento, es cuando realmente se puede cuantificar el daño causado para ser judicialmente reclamado.

Por otro lado, tiene declarado el Tribunal Supremo que en los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 del Código Civil, precepto que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 de la LECrim. y 24.1 de la CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento

o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil, con arreglo al mencionado artículo 114 de la LECrim. Por tanto, un pleito penal por los mismos hechos subsiste, como impedimento u obstáculo legal para el ejercicio de la acción civil en el orden correspondiente, hasta que no alcance firmeza la sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento libre o provisional y, por tanto, archivo, una vez notificada al perjudicado, esté o no personado en las actuaciones.

La jurisprudencia más reciente sigue por la misma línea, así la STS 339/2020, 23 de junio (rec. núm. 3744/2017) establece que

es jurisprudencia constante de esta Sala que la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio, y de ahí que constituya también constante doctrina de esta Sala que, en los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse el día en que pudieron ejercitarse, y a tenor de lo establecido de acuerdo con los artículos arriba mencionados, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil.

Por tanto, seguido un pleito penal sobre los mismos hechos, este subsiste, como impedimento u obstáculo legal para el ejercicio de la acción civil en el orden correspondiente, hasta que no alcance firmeza la sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento libre o provisional y, por tanto, archivo, una vez notificada al perjudicado, este o no personado en las actuaciones.

Pues bien, reiterando la doctrina expresada indica, es preciso añadir que no se justifica un tratamiento distinto según el caso y en atención a los avatares del proceso penal. La seguridad jurídica impone una solución uniforme, estando facultadas las partes para instar del órgano judicial la declaración de firmeza, a fin de que pueda quedar objetivado, mediante la correspondiente notificación, el arranque del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones civiles subsiguientes.

Es evidente que ante hechos tan habituales como el que establece la sentencia que se comenta, la solución pasa, de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, por estimar el recurso presentado, por no haber transcurrido a la vista de las fechas expuestas al inicio del comentario, el plazo de un año mencionado, ante la existencia de un procedimiento penal, motivo por el que se admitió el recurso de casación y se devolvieron las actuaciones a la audiencia provincial para que resolviera el recurso de apelación, al existir legitimación activa, una vez descartada la prescripción de la acción.

La responsabilidad civil de los notarios

Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2019

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Normas generales de la responsabilidad contractual y extracontractual e imputación jurídica del daño en el juicio notarial de identidad de los comparecientes y la fe pública notarial.

El notario, cuando extiende y rubrica la venta fraudulenta del inmueble tras la suplantación de la identidad, el documento público que genera está investido de la fe pública y vincula a terceros y tiene acceso al Registro de la Propiedad. A través del ejercicio de la fe pública, el notario aporta al sistema la necesaria seguridad jurídica, garantizando la autenticidad de los actos autorizados, desempeñando una importante función de naturaleza preventiva. Comprende, como es natural, la identificación de los comparecientes. El oficial de la notaría no es el depositario de la fe pública, de lo cual se deduce que no se le puede exigir a él la diligencia, o utilizarle para exonerarle de responsabilidad por el hecho de la recepción original del primer documento de identidad falso a nombre del verdadero propietario y, en su caso, la preparación de la documentación, porque es el momento del otorgamiento el determinante.

Esta ausencia de un régimen específico, que regule la responsabilidad de los notarios, determina que sean de aplicación las reglas generales de la responsabilidad contractual y extracontractual.

La responsabilidad del notario deriva, no solo de la responsabilidad objetiva, sino del reproche de culpabilidad que merece su actuación al incumplir el artículo 146 del Reglamento notarial, que le impone una diligencia razonable, atendidas sus especiales funciones y su alta cualificación profesional, por incumplimiento de su obligación de identificación.

Palabras clave: obligaciones y contratos; responsabilidad contractual; notarios; responsabilidad civil de los notarios; resarcimiento del daño; daño moral.

Fecha de entrada: 09-03-2021 / Fecha de aceptación: 29-03-2021

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de marzo de 2021).

Esta STS es interesante, en la medida en que interpreta la legislación especial notarial para concluir en la responsabilidad objetiva de un notario por infracción de doctrina y de la norma general del Código Civil del artículo 1902. Es decir, ante la inexistencia de una norma especial de los notarios que regule su responsabilidad por daños causados en el ejercicio de sus funciones, el Supremo aplica a su comportamiento los principios propios de esa responsabilidad por falta de diligencia, acción y reproche culpabilístico. De manera que se reafirma la vulneración de una doctrina asentada sobre el riesgo objetivo matizado por la culpa.

Se trata de un recurso de casación contra la sentencia de una audiencia provincial que revoca otra del juzgado de primera instancia. Este juzgado consideró responsable objetivo del daño causado al notario autorizante de una escritura de venta de un inmueble. La audiencia, sin embargo, revoca la resolución. El Tribunal Supremo le da la razón al recurrente y, por ende, al juzgado de instancia.

Veamos: Una persona se hace pasar por propietario vendedor de un inmueble en una notaría, aporta un DNI falso, que se escanea; aporta igualmente la documentación de la finca. El día de la venta, comparece con una denuncia por sustracción del DNI en la notaría, de manera que el Sr. notario, cuando identifica a las partes contractuales, admite la identificación del vendedor, haciéndose constar en la escritura que se ha procedido a dicha identificación conforme dispone el artículo 23, apartado c) de la Ley del notariado de 28 de mayo de 1862, según el cual, «los notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos. Serán medios supletorios de identificación, en defecto del conocimiento personal del Notario, los siguientes: La referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas». Es decir, que, a falta del conocimiento personal del notario, la identificación se constata documentalmente por la fotocopia del documento nacional, pero sin olvidar que previamente se había entregado en la oficina de la notaría el documento con apariencia de autenticidad a nombre del vendedor, verdadero propietario. Esto es importante porque la casación se dirige contra la sentencia de la audiencia provincial por considerar que no había responsabilidad civil de la notaría, ya que antes se había exhibido uno aparentemente original, sin que pueda decirse que la fotocopia fue el único documento útil para la autorización de la venta, y en el bien entendido supuesto de que se habría producido el error igualmente.

El asunto es singular y analiza la responsabilidad civil extracontractual, tras el estudio de las distintas normas específicas del notariado y las generales del Código Civil, especialmente los artículos 1902 y 1903, al no contar –dice la sentencia– «en nuestro derecho con unas concretas disposiciones legales que regulen la responsabilidad civil de los notarios como profesionales del derecho y titulares de funciones públicas».

Evidentemente, el recurso de casación se fundamenta, en esencia, en la vulneración de la doctrina del Supremo sobre esta materia y en la infracción del artículo 1902 del Código Civil.

Resulta evidente que los criterios para analizar la posible responsabilidad del notario se fundamentan en los mismos que se aplican a toda responsabilidad civil extracontractual; a saber: la acción u omisión en la conducta del notario y el nexo causal entre la acción u omisión y el resultado.

Si acudimos a la doctrina sobre esta materia, por conducta negligente hemos de entender –con cita de la STS de 8 de febrero de 1991–:

Tomando como base el texto del art. 1902 del CC y el de la jurisprudencia que lo interpreta y desarrolla, los requisitos que vienen exigiéndose para la existencia, de una responsabilidad por culpa extracontractual, son una acción u omisión voluntaria no maliciosa pero culposa o negligente, resultado dañoso y relación de causa a efecto entre ambos, pudiendo afirmarse, con apoyo en el art. 1104 del Código, que la mentada culpa no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, y, concretamente, en el actuar sin cuidado y atención necesaria para evitar perjuicio de bienes ajenos, jurídicamente protegidos, como así ha sido declarado por la Sala en reiteradas sentencias, lo que, en definitiva, sitúa la diligencia exigible en la que correspondería al buen padre de familia, como puntualiza el inciso final del precitado artículo, y de aquí, que la persona a quien se atribuye la autoría de los daños está obligado a justificar, para exonerarse de la obligación de repararlos, que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia diligencia precisa para evitarlos, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de este se presume *iuris tantum* y hasta tanto no se demuestre que el autor de los daños obró en el ejercicio de actos lícitos con prudencia y diligencia, y tal objetivación moderada de la responsabilidad extracontractual ha sido reconocida por reiterada jurisprudencia de la Sala, pudiendo citarse, entre otras, las Sentencias de 29 de marzo y 25 de abril de 1983, 9 de marzo de 1984, 21 de junio y 1 de octubre de 1985, 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986 y 19 de febrero y 24 de octubre de 1987, así pues, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico, acepta soluciones cuasi objetivas, y en la misma línea está la sentencia reseñada en el fundamento 3.º de la recurrida, la de 16 de mayo de 1986.

Traemos a colación esta sentencia porque la que estamos comentando dice que la posible responsabilidad del notario no deriva del hecho dañoso en sí, sino de la inobservancia de la diligencia debida, atendiendo a la naturaleza y función que tiene. Y si nos fijamos en la doctrina general que se considera vulnerada en la casación, hemos significado más arriba que el actuar negligente se sitúa en la órbita de la «diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, y, concretamente, en el actuar sin cuidado y atención necesaria para evitar perjuicio de bienes ajenos».

Por consiguiente, la interpretación de la conducta del notario y de la normativa específica son determinantes de su responsabilidad, no el hecho del daño producido. El daño es la consecuencia de la negligencia, pues se hizo constar la observancia de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley notarial. La culpa o no deriva de la interpretación de la normativa y de la valoración del comportamiento del notario a la hora de autorizar la escritura de compraventa con la fotocopia del DNI. Y, por otro lado, también el Supremo tiene en cuenta que la posible responsabilidad del notario, no por cumplir con los requisitos legales –bien entendido que no existe una normativa específica en el sector notarial sobre su responsabilidad objetiva–, sino por la adopción o no de las precauciones (SSTS de 6 de diciembre de 1985 y 15 de mayo de 1986, entre otras muchas). Se comprende así que la inclusión del artículo 23 de la Ley notarial en la escritura de venta puede ser un error subsanable de haber comprobado la identidad con más diligencia, haya hecho constar o no el cumplimiento de la legalidad ordinaria.

Avanzando más en el comentario, se observa que el Tribunal Supremo se centra en la fe pública notarial como «una de las principales responsabilidades», deducida del artículo 1 de la Ley notarial; porque basta con la invocación de los artículos 319.1 y 1218 de la LEC para darnos cuenta de la importancia probatoria de los documentos públicos. El notario, cuando extiende y rubrica la venta fraudulenta del inmueble tras la suplantación de la identidad, el documento público que genera está investido de la fe pública del notario, vinculando a terceros, con acceso al Registro de la Propiedad. Eso es equivalente a la idea de certeza y trascendencia jurídica del acto de la venta; eso es generador de un daño inequívoco para el tercero, bien el comprador, bien el auténtico titular. Se quiebra, en definitiva, la seguridad jurídica. Los intervinientes quedan perfectamente identificados en el tráfico jurídico a perpetuidad. No solo el artículo 23 citado, los artículos 145, 161, 187... del Reglamento notarial hacen referencia a esta importante labor de identificación, por la trascendencia de sus consecuencias, definiendo los medios y modos de actuación notarial. Reseña asimismo las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, remarcando la labor en este sentido de los notarios. Se menciona la diferencia –y esto es importante– entre la diligencia de identificar y la certeza absoluta del hecho, pues se debe admitir que no es lo mismo actuar a prevención con la realidad incontrovertida del contenido de la escritura pública. Y así se va objetivando la responsabilidad por la conducta y su culpabilidad, afirmándose que «el juicio notarial de identidad de la *comparatio* de los datos personales, fotografía y firma estampados en el DNI exhibido, con las del compareciente [...] deviene pues fundamental». El notario, por consiguiente, fue negligente, no hizo la comparación, sin olvidar que el DNI es documento por sí mismo bastante para acreditar a la persona titular (Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre).

Al entrar a analizar la diligencia debida, el Supremo hace tres afirmaciones contundentes: los notarios son los depositarios de la confianza de los ciudadanos; los notarios pueden ser destinatarios del fraude por suplantación de identidad –precisamente porque el defraudador quiere vulnerar ese conspicuo control–; los notarios son conscientes del daño que pueden causar si se produce «la introducción de un documento falso en el tráfico jurídico». Esas tres consideraciones son determinantes en el análisis de la diligencia exigible a su condición.

El oficial de la notaría no es el depositario de la fe pública, de lo cual se deduce que no se le puede exigir a él la diligencia, o utilizarle para exonerarle de responsabilidad por el hecho de la recepción original del primer documento de identidad falso a nombre del verdadero propietario y, en su caso, la preparación de la documentación, porque es el momento del otorgamiento el determinante, cuando el fraude se produce al presentar una fotocopia del DNI y la denuncia de sustracción. La STS 1172/1998, de 2 de diciembre –que se invoca– se refiere a la no necesidad de invocar el sistema supletorio de identidad del artículo 23 de la Ley notarial, porque días antes ya había identificado a la persona con el DNI. Pero «conocer», según el sentido lógico de la legislación notarial es interpretado, se refiere a algo más que el dato del DNI precedente, a la «habitualidad» que no ofrezca dudas al notario. No utilizar la interpretación subjetiva de que ya se conocía suficientemente a la persona porque le presentara el DNI con anterioridad, sino que el conocimiento que elude la aplicación del artículo 23 supone una razonable certeza que supera un dato de una presencia aislada con exhibición del DNI. Es, en definitiva, no dejarse llevar por el «automatismo o la rutina» diaria de un trabajo de identificación, que se convierte así en superficial y falto de garantías, habida cuenta de la importancia para la seguridad del tráfico jurídico de la fe notarial.

Lo que sentencia –vamos a decirlo así– es la negligencia del notario, que viene especificado en el contenido del artículo 8 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica. Para prevenir suplantación de identidades, para prevenir la utilización de un documento de identidad falso, se pudo solicitar una impresión de las huellas dactilares del presunto suplantador; probablemente no accedería a ello, quedando al descubierto su intención fraudulenta. Dice literalmente, al respecto, este precepto: «El extravío, sustracción, destrucción o deterioro del Documento Nacional de Identidad conllevará la obligación de su titular de proveerse inmediatamente de un duplicado». Cuestión distinta es la posible responsabilidad penal por su actuación, que no trata la sentencia que comentamos, pero que sí conviene reseñar, mencionando la STS de 5 de febrero de 2000. Una cosa es que haya sido inducido a error por la persona que suplantó la personalidad del titular, creyendo que estaba perfectamente identificado, y otra que se actúe con dolo (cosa evidente no imputable), pues «inducido a error sobre la personalidad de los otorgantes por su actuación maliciosa propia o de otros, lo que no incurre es en responsabilidad criminal, ya que solo se le exigirá cuando hubiera actuado con dolo, pero no está exento de la civil correspondiente (artículo 146 del Reglamento Notarial)».

Casada la sentencia de la audiencia provincial, se reafirma la responsabilidad del notario por aplicación del artículo 146 del Real Decreto de 2 de junio de 1944:

El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá este obligado a indemnizar sino los demás.

Se entiende vulnerada la doctrina del Supremo, e infringido el artículo 1902 del CC. En el fondo se objetiva la responsabilidad del notario por la culpa, entendida esta como «el principio de responsabilidad por culpa», contemplado en el artículo 1902 del Código Civil, pues se reconoce unánimemente por la jurisprudencia, y como dice la sentencia de 4 de febrero de 1997 «si bien es cierto que la jurisprudencia ha ido evolucionando, a partir del 10 de julio de 1943, en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que ese desarrollo se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba, o manteniendo al deudor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso». O más recientemente, para que se comprenda la evolución de esta doctrina del artículo 1902, la STS de 5 de abril de 2010 nos recuerda el principio indicado y la moderación de su interpretación con el tiempo.

El reproche culpabilístico de la conducta del notario se produce porque se acentúa el rigor en la ausencia de diligencia generadora del daño y se minora el valor de lo psicológico o moral de la conducta del agente. Cuando decíamos al principio del comentario que eran fundamentos de la responsabilidad: la acción u omisión, la concurrencia del dolo, la culpa o la ignorancia, el daño, y el nexo causal entre la acción u omisión y el daño provocado por el notario autorizante de la escritura de venta, nos estábamos refiriendo precisamente a esto; es decir, que su responsabilidad deriva no solo de la objetivación del daño, sino de la culpa también por la «génesis del daño»; la imputación culpabilística del daño al notario. Más gráficamente lo dice la STS de 5 de abril de 2010:

Así pues, la doctrina del riesgo no puede erigirse en fundamento único de la obligación de resarcir y por tanto no exime de acreditar el nexo causal referido no solo a una causalidad puramente física sino a una acción u omisión determinante del daño (STS 16.10.01 y 1.11.01). De manera que tanto el elemento de culpa como el nexo causal alcanzan importancia, sin que sea posible acoger la tesis del riesgo como fuente indiscriminada y única de la responsabilidad civil.

Por tanto, y para concluir, el fundamento de la estimación de la casación, y por tanto de la responsabilidad del notario, radica no solo en lo objetivo, sino en el reproche de culpabilidad que merece su actuación al incumplir el artículo 146 del Reglamento notarial, que le impone una diligencia razonable, atendidas sus especiales funciones y su alta cualificación profesional.



¿Por qué las Administraciones siempre terminan pagando? El enriquecimiento injusto, la contratación pública y los límites del derecho europeo en España

David Ordóñez Solís

Magistrado

Miembro de la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea.

Consejo General del Poder Judicial

Secretario ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial

<https://orcid.org/0000-0002-5449-01866>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

El régimen de la contratación pública se está viendo afectado por una interpretación judicial especialmente generosa del principio de enriquecimiento injusto, hasta el punto de constituir un obstáculo para la efectividad de los principios inspirados por el derecho europeo. Por eso se están generalizando las voces, judiciales y doctrinales, que advierten de los riesgos de esta interpretación. Paradójicamente, ni siquiera la comprensión más avanzada del enriquecimiento injusto en el derecho privado permitiría una compensación en todos los casos del contratista incurso en la celebración o en la ejecución de un contrato público anulado. Para superar esta inercia jurisprudencial, el derecho de la Unión Europea podría actuar como límite a una interpretación tan dadivosa para algunos contratistas, que muy a menudo se aprovechan de las graves ilegalidades cometidas por los funcionarios públicos para seguir haciendo sus negocios, que resultan tan dañosos para los presupuestos públicos. Si las empresas tienen la plena seguridad de que, de un modo o de otro, tarde o temprano, terminarán cobrando por la ejecución de contratos administrativos, aunque sean anulados, se está incentivando, abiertamente, la comisión de cualquier tipo de irregularidad invalidante, por muy grave que sea.

Palabras clave: contratación pública; enriquecimiento injusto; responsabilidad patrimonial; contratista; nulidad.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Ordóñez Solís, D. (2021). ¿Por qué las Administraciones siempre terminan pagando? El enriquecimiento injusto, la contratación pública y los límites del derecho europeo en España. *Revista CEFLegal*, 243, 91-118.



Why does public administration always end up paying? Unjust enrichment, public procurement and the limits of European law in Spain

David Ordóñez Solís

Abstract

The public procurement regime is currently being affected by a loose judicial interpretation of the unjust enrichment principle to the extent it has become an obstacle to the effectiveness of European law inspired principles. That is why more and more voices from the judiciary and academia are warning about the risks of that interpretation. Paradoxically, not even the most advanced understanding of unjust enrichment in private law would call for compensation whenever a contractor is concluding or performing a contract declared to be void. To overcome that inertia in rulings, the European law may very well act as a limit to a lavish interpretation in favor of contractors who often leverage unlawful practice from public workers to carry on business so harmful to public budgets. If companies take for granted that somehow, sooner or later, they will end up being paid for performing contracts, even when ruled void, are openly being encouraged to unlawful practice as serious as it might be.

Keywords: public procurement; unjust enrichment; administrative liability; contractor; void.

Cómo citar: Ordóñez Solís, D. (2021). ¿Por qué las Administraciones siempre terminan pagando? El enriquecimiento injusto, la contratación pública y los límites del derecho europeo en España. *Revista CEFLegal*, 243, 91-118.



Sumario

1. Introducción
 2. Las consecuencias de la anulación del contrato administrativo en el derecho español
 3. El principio del enriquecimiento injusto en la jurisprudencia española sobre contratación administrativa
 - 3.1. La jurisprudencia civil sobre el enriquecimiento injusto
 - 3.2. La jurisprudencia contencioso-administrativa sobre el enriquecimiento injusto
 - 3.2.1. El enriquecimiento injusto y los contratos administrativos
 - 3.2.2. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones frente a los contratistas
 4. Los límites del derecho europeo de la contratación pública a la aplicación del principio del enriquecimiento injusto
 - 4.1. Los principios legislativos europeos como límite a la aplicación del principio del enriquecimiento injusto
 - 4.2. Los límites jurisprudenciales europeos a la aplicación del principio de enriquecimiento injusto
 5. Conclusión
- Referencias bibliográficas



lure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiozem

Pomponio

Digesto, 50.17.206

Es justo por derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro

Diccionario del español jurídico, RAE (2016)

1. Introducción

El régimen de la contratación pública, integrado por enojosas exigencias a la hora de realizar obras, ofrecer suministros y prestar servicios a las autoridades públicas, constituye un razonable mecanismo de control de quienes ejercen el poder y, de manera especial, de quienes se encargan de gastar una parte importante de los presupuestos públicos (García de Enterría, 1963). Por esa razón, una aplicación automática de principios propios del derecho privado podría desnaturalizar o neutralizar estos mecanismos de control. Eso es lo que puede estar ocurriendo con la aplicación por los tribunales contencioso-administrativos de la doctrina del enriquecimiento injusto, importada, por lo general y sin mayores matices, de las relaciones jurídico-privadas, como se ha señalado en tres hitos doctrinales notorios y escalonados del estudio de estas cuestiones desde el derecho administrativo (Coscolluela Montaner, 1977; Rebollo Puig, 1995, y Martín Rebollo, 2009).

Así como a las empresas privadas o a los particulares no hace falta ponerles limitaciones en cuanto se refiere a la elección del contratista, a la negociación de las condiciones del contrato y a su ejecución, confiados en que hay incentivos adecuados para que se procure el interés del contratante, en el caso de las Administraciones un pretendido interés público solo puede conseguirse estableciendo procedimientos para que la selección sea transparente, la fijación del precio ventajosa, la adjudicación objetiva y la ejecución del contrato apropiada.

La aplicación de estos criterios debe observarse convenientemente y no pueden enervarse mediante otros procedimientos, administrativos o incluso judiciales, que en la práctica constituyan atajos cómodos para resolver verdaderos problemas de gestión de lo público. Tal es el caso de la invocación del principio del enriquecimiento injusto o incluso de la responsabilidad patrimonial que, apoyados por procedimientos presupuestarios comprensivos

o mediante decisiones judiciales que resuelven el problema compensando al contratista, destruyen la misma credibilidad de la regulación de los contratos administrativos.

El régimen europeo de la contratación pública ha puesto de manifiesto cuáles son los aspectos esenciales que deben respetar los procedimientos de contratación pública, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha enunciado unos principios que refuerzan las exigencias en la actuación de las autoridades públicas: la igualdad de los licitadores, la objetividad en la adjudicación de los contratos o la transparencia en el procedimiento de adjudicación.

Ahora bien, la práctica española de la contratación administrativa ha sido poco ejemplar y, en realidad, hay un ámbito que parecía escapar a todo control y que finalmente se ha sometido a límites derivados del derecho de la Unión: la modificación de los contratos¹. Sin embargo y como si estuviésemos ante una nueva vuelta de tuerca, se nos aparece, tanto en la fase de la celebración como en la fase de la ejecución de los contratos, el principio de enriquecimiento injusto, dando al traste con los esfuerzos normativos europeos, estatales y autonómicos, al ser acogido generosamente por la jurisprudencia española, lo que, sin embargo, plantea serios interrogantes sobre su conformidad con los principios derivados del régimen europeo de contratación pública, e incluso con las mismas orientaciones del principio en el ámbito de la codificación europea del derecho privado.

No es necesario sostener, como se hacía en Francia en los siglos XIX y XX, que «el derecho administrativo y el derecho civil forman como si fueran dos mundos separados» (Alexis de Tocqueville) ni que «el derecho administrativo repudia en bloque al derecho privado» (Georges Vedel) (Martín-Retortillo Baquer, 1960, p. 30); sin embargo, deberíamos ser más prudentes en la aplicación a la contratación pública de un verdadero principio de derecho natural, como es el enriquecimiento injusto, con el fin de no desvirtuar el régimen administrativo de la contratación de los entes públicos.

Mi objetivo es explicar el alcance que tiene en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto en el ámbito civil como en el administrativo, el principio del enriquecimiento injusto para, luego, someterlo a un análisis con el fin de comprobar si su aplicación se ajusta a las exigencias del derecho europeo de la contratación pública. Para ello debo partir de la peculiaridad de la anulación de los contratos administrativos en el derecho español. Asimismo, mi investigación pretende buscar un límite europeo a una jurisprudencia nacional o,

¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017). La ley es aplicable a partir del 9 de marzo de 2018. En el preámbulo de la ley española se señala:

Respecto de la parte correspondiente a la ejecución de los contratos, hay que hacer una especial referencia a la novedad que supone el régimen de modificación del contrato, en línea con lo establecido en las Directivas comunitarias, que por primera vez regulan esta materia.

subsidiariamente, en una interpretación del mismo derecho privado del principio de enriquecimiento injusto, que, a mi juicio, desbarate sus efectos perniciosos en la aplicación del derecho de la contratación pública.

2. Las consecuencias de la anulación del contrato administrativo en el derecho español

En el ámbito de contratación administrativa el principio de enriquecimiento injusto puede operar, básicamente, en dos supuestos: en el primer caso, como consecuencia de la anulación del contrato, y en el segundo, como resultado de la anulación de la modificación de un contrato válido, tal como se ha explicado al referirse al enriquecimiento sin causa por prestaciones, en virtud de contratos administrativos que no han sido válidamente concluidos, y al enriquecimiento sin causa de la Administración por prestaciones del contratista superiores a las que estaba obligado (Rebollo Puig, 1995).

A partir de 2018 la legislación española parece avalar una solución que pasa por tomarse más en serio la regulación legal, en realidad muy similar a la vigente hasta ahora pero que, sin embargo, intenta ser más explícita con la ayuda de la interpretación del Consejo de Estado y del propio contexto legislativo.

Por una parte y respecto de la anulación de un contrato administrativo, la Ley 9/2017 distingue entre los casos de nulidad de pleno derecho y los casos de anulabilidad. Ha de notarse que los supuestos de nulidad de pleno derecho responden a la influencia de la armonización legislativa europea: la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; la carencia o insuficiencia de crédito; la falta de publicación del anuncio de licitación; o, en fin, el incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública, declarado en sentencia del Tribunal de Justicia (González-Lamuño Romay, 2019, p. 531).

El artículo 42.1 de la Ley española 9/2017, que salvo algún pequeño cambio reproduce el artículo 35.1 de la Ley 30/2007, dispone para los supuestos de nulidad de pleno derecho:

*La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, *debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.**

En este caso la solución no es propiamente una aplicación del principio de enriquecimiento injusto, sino que, más bien, apela a una regla de responsabilidad contractual, no

propiamente extracontractual, dado que el contrato entra en fase de liquidación, pero con estas características propias: en primer lugar, procede la restitución de lo recibido; subsidiariamente, se impone la devolución del valor; y, de manera complementaria, se aplica el régimen de indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, y por lo que se refiere a los casos de anulabilidad de la celebración del contrato, la Ley española 9/2017 es más explícita que la Ley anterior de 2007, al introducir el artículo 42.4 esta previsión:

Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Esto significa que la nueva legislación española obliga, cuando se trate de nulidad de pleno derecho, a seguir el procedimiento de revisión de oficio, mientras que cuando se trate de supuestos de anulabilidad ha de someterse al procedimiento de lesividad. La revisión de oficio implica que intervenga el Consejo de Estado o el órgano consultivo autonómico, es decir, un órgano externo e independiente de la Administración; mientras que en el caso de la declaración de lesividad requiere, de manera más cómoda desde el punto de vista de los mecanismos de control, una intervención del órgano superior de cada Administración, antes de someterlo al enjuiciamiento de los tribunales contencioso-administrativos².

Por otra parte, y en lo que se refiere a la anulación de una modificación contractual, debe tenerse en cuenta que la Ley 9/2017 establece unas reglas muy precisas para cumplir lo exigido por las directivas que transpone, y también señala las consecuencias de la vulneración de estas normas.

En efecto, el artículo 40 a) de la Ley de contratos establece como causa de anulabilidad «el incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205». Este régimen es especialmente benigno con los incumplimientos de las normas sobre modificación de los contratos administrativos, dado que exige la declaración de lesividad por la Administración y la impugnación del acto ante los tribunales contencioso-administrativos.

Ahora bien, el incumplimiento de algunas de las numerosas fórmulas o procedimientos establecidos en la Ley de contratos públicos solo sanciona la modificación ilegal y, con toda probabilidad, contraria al derecho de la Unión Europea, contando con la buena voluntad de

² Artículos 106 y 107 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

la Administración y el interés muy particular de un interesado que se decida a impugnarla ante los tribunales contencioso-administrativos.

Ciertamente, la creación de órganos de control externo y su intervención, en particular el Tribunal de Cuentas y los organismos de lucha contra el fraude, más o menos incisivos, están mejorando la situación de una pobrísima cultura de rendición de cuentas por parte de las Administraciones españolas (Agencia Valenciana Antifraude, 2020). Es preciso añadir que la misma escasa cultura del control está siendo combatida apresuradamente en el seno de la propia Unión Europea, y de sus instituciones, por el Tribunal de Cuentas de la Unión y por la Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF) (Tribunal de Cuentas Europeo, 2015).

3. El principio del enriquecimiento injusto en la jurisprudencia española sobre contratación administrativa

El principio del enriquecimiento injusto tiene su origen en el derecho privado, y la jurisprudencia en materia de contratación administrativa lo ha aplicado profusamente. El monumental estudio de Rebollo Puig (1995) constituye una prueba de la recepción por la jurisprudencia contencioso-administrativa de este principio arraigado en el derecho privado.

Aun cuando algunos autores han advertido sobre los riesgos que su aplicación supone, lo cierto es que la jurisprudencia contencioso-administrativa sigue resolviendo numerosos litigios en la celebración y en la ejecución de contratos administrativos, apoyándose en este principio.

Con esta distinción entre celebración y ejecución me estoy refiriendo, por una parte, a supuestos frecuentes de contratos administrativos nulos de pleno derecho, por ejemplo los muy frecuentes contratos verbales y que sin embargo se llevan a término por el contratista; y, por otra, a los supuestos aún más frecuentes de modificaciones manifiestamente ilegales realizadas durante la ejecución de un contrato, que se llevan a cabo despreocupadamente, dado que el contratista pretende y está seguro de que al final, al menos en España, cobrará del organismo público de que se trate.

Parece que en los primeros supuestos está pensando Bauzá Martorell (2016) cuando apunta cómo «un tratamiento ilimitado de la teoría del enriquecimiento injusto supondría dinamitar el instituto de la contratación del sector público, siendo así que cualquier encargo verbal podría validarse y confirmarse con un expediente de enriquecimiento injusto» (p. 243).

Y también Martín Rebollo (2009) parece tener en mente los segundos supuestos cuando habla del riesgo del fraude licitatorio en estos términos: «El uso desviado del *ius variandi* puede dar lugar a la creación de auténticos contratos administrativos *ex novo* en fraude del principio licitatorio y, consecuentemente, vulnerando los principios de publicidad y libre concurrencia» (p. 103).

Ahora bien, tanto la jurisprudencia civil como la contencioso-administrativa del Tribunal Supremo aplican de un modo muy parecido el principio del enriquecimiento injusto sin que la Sala 3.^a parezca muy preocupada de lo que supone el diferente contexto del derecho público y, en particular, por las exigencias del derecho de la Unión Europea, para la contratación pública.

3.1. La jurisprudencia civil sobre el enriquecimiento injusto

De la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo se puede deducir el carácter de principio del enriquecimiento injusto, su posición como cláusula de cierre del sistema y, por tanto, el carácter subsidiario de su aplicación.

La jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha exigido que se cumplan una serie de requisitos para su reconocimiento que, a los efectos del estudio, resumo brevemente³.

En primer lugar, el Tribunal Supremo se ha referido a la acción de enriquecimiento injusto basada en un principio general del derecho y visible en el derecho comparado. Así, a juicio del Tribunal Supremo,

dicha institución, arraigada en la jurisprudencia desde *Las Partidas* como principio general del derecho, tiene su razón jurídica en la atribución patrimonial no justificada, de tal manera que, como declara el §812 del BGB alemán, «quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado para con él a la restitución» (sentencia de 7 de abril de 2016).

En segundo lugar, el Tribunal Supremo ha subrayado el carácter excepcional y en todo caso subsidiario del principio del enriquecimiento injusto. Esto quiere decir que solo se aplica entre particulares cuando no existe pacto en contra en un ámbito donde impera y es superior el principio de la autonomía de la voluntad.

Por lo que se refiere a su carácter extraordinario, el Tribunal Supremo puntualiza:

La doctrina del enriquecimiento injusto debe ser aplicada con extraordinaria cautela ya que, de otro modo, es decir, si todas las atribuciones patrimoniales debiesen ser sometidas a revisión, se generaría una inseguridad realmente perturbadora e inconveniente para el tráfico jurídico (sentencia de 8 de julio de 2003).

Y respecto de su aplicación subsidiaria, el Tribunal Supremo apunta:

³ SSTS (Sala de lo Civil) de 7 de abril de 2016, rec. núm. 2416/2013, ES:TS:2016:1501, ponente: Marín Castán; y de 8 de julio de 2003, rec. núm. 3479/1997, ES:TS:2003:4798, ponente: Romero Lorenzo.

No cabe aplicar dicha doctrina cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos (sentencia de 8 de julio de 2003).

A lo que también añade el Tribunal Supremo, citando su jurisprudencia anterior:

No hay tal falta de causa cuando la atribución patrimonial corresponde a una relación jurídica patrimonial o a un precepto legal, pues cuando existe un contrato válido o cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos, no puede sostenerse que los beneficiados indirectamente por ella se enriquezcan injustamente (sentencia de 7 de abril de 2016).

Por último, el Tribunal Supremo ha sistematizado los requisitos para el reconocimiento del enriquecimiento injusto en estos términos:

En primer lugar, el enriquecimiento de una persona, como incremento patrimonial; en segundo lugar, el correlativo empobrecimiento de la otra parte, como pérdida o perjuicio patrimonial; en tercer lugar, inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido, presupuesto que no se da cuando media una relación jurídica que la fundamente: subsidiariedad que se ha destacado jurisprudencialmente.

Como es obvio, en la jurisprudencia civil difícilmente pueden encontrarse conceptos como interés público, objetividad, publicidad, etc., cuando es un ámbito en el que impera la autonomía de la voluntad de intereses meramente privados, subjetivos, reservados, etc.

No obstante, han de tenerse en cuenta los intentos de codificación europea del propio derecho privado que se llevan a cabo en el siglo XXI, y precisamente por lo que se refiere al enriquecimiento injusto en caso de nulidades previas (Basozabal Arrue, 2018).

En este caso el *Proyecto de Marco Común de Referencia* se refiere ampliamente al enriquecimiento injusto y contiene una previsión relativa a la concurrencia de una ilicitud en las mismas relaciones jurídico-privadas, con este tenor:

Si un contrato u otro acto jurídico mediante el cual se obtiene un enriquecimiento es nulo o anulable por violación de un principio fundamental [o] de una norma jurídica imperativa, el enriquecido no estará obligado a restituir el enriquecimiento en la medida en que dicha restitución contravenga la ratio de dicho principio o norma (Basozabal Arrue, 2018)⁴.

⁴ La versión en inglés tiene este tenor:

VII. – 6:103: Illegality. Where a contract or other juridical act under which an enrichment is obtained is void or avoided because of an infringement of a fundamental principle [...] or manda-

3.2. La jurisprudencia contencioso-administrativa sobre el enriquecimiento injusto

El enriquecimiento injusto se ha convertido en una válvula de seguridad del sistema de contratación pública, generalizándose en la jurisprudencia contencioso-administrativa. También de manera excepcional se ha intentado acudir a la responsabilidad patrimonial para aquellos supuestos en los que los contratistas *de facto* se ven perjudicados en sus relaciones con la Administración.

A pesar de la confusión reinante, todo parece indicar que el Tribunal Supremo ha querido elaborar un principio de enriquecimiento injusto propio de las relaciones jurídico-públicas. En este sentido la Sala Tercera señala en su sentencia de 18 de diciembre de 2012:

El enriquecimiento injusto o sin causa no es solo un principio general del derecho, que rige también en el derecho administrativo, sino que además debe considerarse como una acción propia y singular del derecho administrativo, diferente de la que se ejercita en el ámbito civil, precisamente por las particularidades del ámbito administrativo.

Y, a continuación, el Tribunal Supremo exige estos requisitos adicionales y propios del ámbito de la contratación pública:

Actuaciones realizadas por un particular en beneficio de un interés general cuya atención corresponde a una Administración pública, y su núcleo esencial está representado por el propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de ese particular, supuestos que además exigen para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia, que rigen en la contratación administrativa, que el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración⁵.

tory rule of law, the enriched person is not liable to reverse the enrichment to the extent that the reversal would contravene the policy underlying the principle or rule of law.

Ciertamente, la propia compilación establece una regla relativa a las reclamaciones en el derecho público, excluyendo la aplicación al ejercicio de funciones públicas:

7:103: Public law claims. This Book does not determine whether it applies to enrichments which a person or body obtains or confers in the exercise of public law functions (Bar et al., 2009).

⁵ STS (Sala 3.ª, Sección 6.ª) de 12 de diciembre de 2012, rec. núm. 5694/2010, ES:TS:2012:8362, ponente: Trillo Alonso.

3.2.1. El enriquecimiento injusto y los contratos administrativos

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha generalizado la aplicación del principio del enriquecimiento injusto en el ámbito de la contratación administrativa, subrayando su origen civil, su carácter subsidiario y estableciendo unos requisitos específicos para tenerlo en cuenta⁶.

En primer lugar, el Tribunal Supremo reconoce el origen civil del principio del enriquecimiento injusto. A tal efecto, y refiriéndose a numerosas sentencias previas señala:

El principio del enriquecimiento injusto, si bien en un primer momento, tanto en su inicial construcción, como en la posterior determinación de sus requisitos, consecuencias y efectos, fue obra de la jurisprudencia civil, su inequívoca aplicación en el específico ámbito del Derecho Administrativo, al menos desde los años sesenta del pasado siglo, viene siendo unánimemente admitida, aunque con ciertas matizaciones y peculiaridades derivadas de las singularidades propias de las relaciones jurídico-administrativas y de las especialidades inherentes al concreto ejercicio de las potestades administrativas; siendo lo cierto, a juicio de la Sala, que la sentencia recurrida aprecia correctamente la aplicación del referido principio a las concretas particularidades fácticas (sentencia de 15 de diciembre de 2011).

Y, seguidamente, la Sala 3.^a enumera los cinco requisitos de la jurisprudencia civil para que proceda reconocer el enriquecimiento injusto:

En primer lugar, el aumento del patrimonio del enriquecido; en segundo término, el correlativo empobrecimiento de la parte actora; en tercer lugar, la concreción de dicho empobrecimiento representado por un daño emergente o por un lucro cesante; en cuarto término, la ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento y, por último, la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del citado principio.

De manera aún más pedagógica, en la sentencia de 17 de mayo de 2012, el Tribunal Supremo reconoce el origen civil de su jurisprudencia y los requisitos del principio del enriquecimiento injusto:

- a) En primer lugar, el aumento del patrimonio del enriquecido.
- b) En segundo término, el correlativo empobrecimiento de la parte actora.

⁶ SSTS (Sala 3.^a, Sección 7.^a) de 15 de diciembre de 2011, rec. núm. 4643/2008; 17 de mayo de 2012, rec. núm. 4003/2008, ES:TS:2012:3624, ponente: González Rivas; 28 de enero de 2016, rec. núm. 2603/2015, ES:TS:2016:166, ponente: Díaz Delgado; y 8 de febrero de 2016, rec. núm. 3970/2014, ES:TS:2016:383, ponente: Pico Lorenzo.

- c) En tercer lugar, la concreción de dicho empobrecimiento representado por un daño emergente o por un lucro cesante.
- d) En cuarto término, la ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento.
- e) La inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del citado principio, cuya doctrina, por lo demás, no cabe apreciar cuando la situación patrimonial producida sea consecuencia de pactos libremente asumidos y de circunstancias sobrevenidas y libremente aceptadas por las partes contratantes.

Desde el punto de vista práctico, a juicio del Tribunal Supremo la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto

significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto, [...] el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración, [...] el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe [etc.] (sentencia de 8 de febrero de 2016).

Ahora bien, la jurisprudencia tradicional no desciende a matizaciones en cuanto se refiere a «la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio de enriquecimiento injusto».

Y de este modo el planteamiento del Tribunal Supremo carga las tintas sobre el incumplimiento o la vulneración del ordenamiento únicamente por la Administración a la hora de contratar ilícitamente o a la hora de ordenar o tolerar la modificación de contratos válidamente celebrados.

Así, a juicio del Tribunal Supremo,

Es evidente que la falta de sometimiento a los criterios formales de contratación no convalida la actuación de la Administración. Ni frente a terceros, ni respecto a una posible responsabilidad de quienes así actúan. Sin embargo, de lo que se trata es de determinar si la Administración puede beneficiarse de los vicios originados por ella misma, aceptando los servicios prestados por el contratista en exceso, a solicitud de la propia Administración, que exige los mismos, aunque no los formalice conforme a derecho (sentencia de 28 de enero de 2016).

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial no resulta especialmente matizada, en la medida en que en todos los casos supone una vulneración objetiva de las reglas de la con-

tratación pública. Por ejemplo, en el supuesto de contratos verbales se trataría, salvo las excepciones previstas legalmente, de contratos nulos de pleno derecho (Bauzá Martorell, 2016b)⁷. Y en el caso de las modificaciones sustanciales tampoco habría duda de su nulidad (Rodríguez Morilla, 2015)⁸. En ambos casos, los titulares de los órganos administrativos son claramente responsables de tal situación, pero no puede ocultarse que estas actuaciones cuentan con la aquiescencia de los contratistas, seguros como están de la práctica administrativa y de la jurisprudencia comprensiva, más de los intereses privados que de los públicos.

La aplicación por los tribunales contencioso-administrativos del principio de enriquecimiento injusto ha sido tan generalizada que, de hecho, ha habido autores que han propuesto dulcificar sus efectos, insistiendo en su carácter excepcional y subsidiario, en la limitación del *quantum* resarcitorio, que no podría equivaler al precio del contrato anulado y, en fin, mediante la acción de regreso contra los empleados públicos o políticos.

En cuanto al carácter subsidiario de este tipo de acciones y la limitación de perjuicio que debe resarcirse al contratista, se ha insistido en que el juez debe ser muy diligente

a la hora de valorar este tipo de casos, en los que se deben evaluar de forma tasada la actividad, obra o servicio realizado, nunca con base en el posible precio fijado o pactado, sino en el gasto que el cuasi contratista deprecia su patrimonio (Punzón Moraleda, 2016, p. 140)⁹.

Por lo que se refiere a las responsabilidades de los funcionarios públicos, ha de subrayarse que, en realidad, constituye un brindis al sol. No obstante, así lo propone Martín Rebollo (2009) al apuntar:

La conveniencia cuando no obligación de ejercer la acción de regreso contra el personalmente culpable en los supuestos en que la Administración sea condena-

⁷ El artículo 37 de la Ley 9/2017 se refiere al carácter formal de la contratación del sector público y dispone sin margen alguno de interpretación en su apartado 1: «Las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia». Del artículo 39 de la misma ley se deduce, sin lugar a dudas, la nulidad de pleno derecho de este tipo de contratos verbales.

⁸ El artículo 40 de la Ley 9/2017 se muestra más comprensivo con los modificados ilegales, al incluir entre las causas de anulabilidad «el incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205».

⁹ Sobre el precio que debe abonarse en caso de aplicar el principio de enriquecimiento injusto, está pendiente de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (auto de 18 de febrero de 2020, ES:TS:2020:1441A, rec. núm. 3571/2019, ponente: Requero Ibáñez) una cuestión sobre «si cabe admitir como medio probatorio las resoluciones de los órganos de defensa de la competencia cuando, en aplicación del principio de enriquecimiento injusto, se condena al abono de un precio por los servicios prestados que ha sido objeto asimismo de valoración por aquellos, considerándolos abusivos o excesivos».

da a indemnizar a un tercero por falta de diligencia de quien debía haberla puesto en el cumplimiento y aplicación de los preceptos de la Ley de Contratos (p. 102).

La adopción de una legislación de transparencia y buen gobierno y el establecimiento de un régimen disciplinario frente a los altos cargos en todos los niveles de administración (Valero Escribano, 2015, p. 176-177) no resultan, en la práctica, efectivos ni, desde luego, disuasorios.

3.2.2. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones frente a los contratistas

En la práctica, y con el simple propósito de cobrar, los contratistas *de facto* de la Administración pueden recurrir también a la responsabilidad patrimonial. En este supuesto, al menos teóricamente, parece chirriar el recurso a la responsabilidad extracontractual cuando, en realidad, estamos ante un supuesto de «responsabilidad derivada de contratos», ciertamente y por lo general, de contratos nulos de pleno derecho o anulables, si atendemos a la comprensiva regulación de la legislación española de contratación administrativa.

Ahora bien, el principio de responsabilidad patrimonial también puede poner en tela de juicio la aplicación estricta y rigurosa de las normas españolas sobre contratación pública. Por esa razón resulta de interés la doctrina mantenida por el Consejo de Estado desde 2011 y que pone límites a esta vía desesperada para cobrar de las Administraciones por contratos manifiestamente nulos o, desde luego, anulables¹⁰.

El origen del dictamen del Consejo de Estado está en una reclamación de responsabilidad patrimonial de una fundación que se había encargado, mediante un contrato verbal, de hacer el estudio de una campaña pesquera. La Intervención del ministerio llegaba a la conclusión de que se trataba de un contrato nulo de pleno derecho al haberse prescindido de todo procedimiento y carecer de competencia el órgano actuante. Por tanto, el ministerio desestimó el pago de este pretendido contrato manifiestamente ilegal y la fundación recurrió a la vía de la responsabilidad extracontractual para cobrar el importe de los servicios realizados.

En su dictamen el Consejo de Estado se basa en la regulación contenida en la Ley de contratos del sector público de 2007 y que instituía

¹⁰ Consejo de Estado, dictamen de 21 de diciembre de 2011. Responsabilidad patrimonial formulada por ..., en representación de la Fundación ..., por los daños y perjuicios cuantificados en 98.600 euros, ocasionados al no haber percibido el importe correspondiente a los trabajos realizados de la campaña científica de prospección acústica para el estudio y cuantificación de la población de anchoa juvenil en el Golfo de Vizcaya en el año 2009 (Campaña JUVENA 2009) (expediente núm. 1724/2011).

una vía precisa y adecuada para alcanzar prácticamente los mismos efectos, la del citado artículo 35.1, que claramente subsume la reclamación objeto del presente expediente en la responsabilidad contractual. Eso sí, para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento.

Esto supone que haya, por tanto, una declaración administrativa de nulidad mediante la revisión de oficio del contrato, aunque, advierte, el Consejo de Estado:

Nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma.

En la Ley de contratos del sector público de 2017, el artículo 42 mantiene la regulación del antiguo artículo 35, aunque la nueva redacción sea más completa al referirse no solo a los efectos de la declaración de nulidad sino también de anulabilidad. En este sentido, el artículo 42.4 prevé:

Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Se trata, en definitiva, de hacer más difícil y de sujetar a un control externo, en este caso el judicial, el cobro por parte del contratista, evitando que la solución sea meramente interna y que pueda ser bendecida al margen de todo control independiente.

En estos supuestos y en relación sobre todo de los ámbitos local y autonómico se ha señalado:

La tramitación del procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos demora el cobro y limita su importe. De este modo, no solo nos encontramos ante la única respuesta permitida por el ordenamiento jurídico para la gestión de estas situaciones –lo que debe respetarse en todo caso–, sino que, además, puede constituir un elemento eficaz para la reducción de la contratación indebida (Pérez López, 2019, p. 125).

Es muy significativo que en el ámbito autonómico se hayan creado procedimientos específicos, denominados expedientes de resarcimiento por enriquecimiento injusto (REI), que no paran de crecer y que regularizan miles de millones de euros contratados ilegalmente (Carretero Espinosa de los Monteros (2015) y Agencia Valenciana Antifraude, 2020, p. 10).

El mismo procedimiento se aplica en el ámbito local a través del reconocimiento extrajudicial de créditos (REC). La regulación de las entidades locales cuenta con una previsión sencilla, conforme a la cual basta con la mayoría de la representación local para una solución mágica: «Corresponderá al Pleno de la Entidad el reconocimiento extrajudicial de créditos, siempre que no exista dotación presupuestaria, operaciones especiales de crédito, o concesiones de quita y espera»¹¹.

Ahora bien, estas soluciones no superan las exigencias de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho; sin embargo, se han generalizado hasta el punto de constatarse:

En la práctica, la mayor parte de actos o actuaciones viciadas de nulidad de pleno derecho no son depuradas del ordenamiento jurídico vía revisión. El legislador y los aplicadores del Derecho se ciñen a un procedimiento *ad hoc* de convalidación de la inexistencia de crédito para pagar las facturas mediante un mero acuerdo de REI (autonómico) o de REC (local) que supone convalidar y permite realizar el pago (Agencia Valenciana Antifraude, 2020, p. 49).

4. Los límites del derecho europeo de la contratación pública a la aplicación del principio del enriquecimiento injusto

La sensibilidad especial desarrollada en el ámbito de la contratación pública por la recepción del derecho de la Unión Europea podría matizar la aplicación del principio del enriquecimiento injusto en la jurisdicción contencioso-administrativa, con el fin de no desvirtuar la necesaria aplicación de principios esenciales como el de objetividad, transparencia, igualdad y concurrencia.

No obstante, debe reconocerse que la evolución legislativa en la Unión Europea no es tan lineal como cabría esperar y la jurisprudencia europea no se ha pronunciado expresamente sobre la compatibilidad entre los principios generales de la contratación pública y el principio del enriquecimiento injusto. Debe precisarse, no obstante, que en alguna ocasión, en relación con recursos directos, el Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia

¹¹ Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, en materia de presupuestos, artículo 60.2 (BOE núm. 101, de 27 de abril de 1990).

de un principio común a los derechos de los Estados miembros, el de enriquecimiento injusto, conforme al cual

la persona que sufra una pérdida que se traduzca en un incremento del patrimonio de otra persona sin que dicho enriquecimiento tenga fundamento jurídico alguno tiene, por regla general, derecho a la restitución hasta el importe de la pérdida por parte de quien se haya enriquecido¹².

4.1. Los principios legislativos europeos como límite a la aplicación del principio del enriquecimiento injusto

La legislación europea sobre contratación pública ha supuesto un importante refuerzo de la objetividad en las actuaciones de los poderes públicos. Precisamente, un propósito confesado es que tanto en el procedimiento de licitación como en momentos posteriores a la adjudicación del contrato no se puedan distorsionar los principios que rigen la contratación pública¹³.

En lo que se refiere al procedimiento de licitación parece deducirse claramente de la legislación europea que, por ejemplo, la falta de licitación, como sería en el caso de los contratos administrativos verbales o los consistentes en la adjudicación directa, donde fuera imperativa una concurrencia de licitadores, debe conducir a la anulación del contrato.

En este sentido la vulneración de los principios enunciados por la Directiva 2014/24 justifica la anulación del procedimiento de licitación y, desde luego, de la adjudicación del contrato. En el artículo 18 de la directiva se precisa: «Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada».

De manera complementaria, la Directiva 89/665 sobre procedimientos de recurso, en su versión de 2007, lo deja bien claro al pronunciarse sobre la anulación, la ineficacia y las sanciones aplicables¹⁴.

¹² STJUE (Gran Sala) de 9 de julio de 2020, República Checa / Comisión, C-575/18 P, EU:C:2020:530 (puesta a disposición de la Comisión de recursos propios y enriquecimiento sin causa de la Unión), apartado 82. Véanse, también, las conclusiones de la abogada general E. Sharpston, de 12 de marzo de 2020, EU:C:2020:205, apartados 120-127.

¹³ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE núm. L 94, 28 de marzo de 2014, p. 65).

¹⁴ Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DOCE núm. L 395, de

El artículo 2.1 b) de esta directiva sobre procedimientos de recurso prevé el alcance de las facultades de los órganos de control que alcanza a

anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión.

El artículo 2 quinquies exige como garantía de aplicación de la directiva que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimane de una decisión de dicho órgano en determinados supuestos: la falta de publicación en el diario oficial o la vulneración de las medidas de suspensión de la adjudicación.

Ciertamente, hay una remisión a la legislación nacional para prever las consecuencias de la ineficacia. Ahora bien, la propia directiva puntualiza:

La legislación nacional podrá establecer la anulación con efectos retroactivos de todas las obligaciones contractuales o limitar el alcance de la anulación a las obligaciones que estén aún por ejecutar. En este último supuesto, los Estados miembros dispondrán que se apliquen otras sanciones en el sentido del artículo 2 sexies, apartado 2.

Estas sanciones al poder adjudicador o la reducción del plazo de duración del contrato pretenden, de manera especial, proteger las previsiones de suspensión del procedimiento de licitación cuando se interponga un recurso. Ahora bien, como señala la directiva, «la concesión de una indemnización por daños y perjuicios no constituye una sanción adecuada a los efectos del presente apartado».

En cuanto a la modificación del contrato público regularmente adjudicado, también la legislación armonizada posterior ha intentado limitarla.

Así, por ejemplo, la Directiva 2014/24 reconoce en su preámbulo la necesidad de

aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es obligatorio

30 de diciembre de 1989, p. 33); modificada sustancialmente por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DOUE núm. L 335, de 20 de diciembre de 2007, p. 31).

un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato (punto 107 del preámbulo).

Sigue explicando el preámbulo de la Directiva 2014/24 en qué se diferencian las condiciones esenciales de aquellas que no lo son. Por una parte, serían esenciales «si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial». Pero, por otra parte, no serían esenciales y «en todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación».

A tal efecto, la Directiva 2014/24 establece umbrales mínimos por debajo de los cuales no es necesario un nuevo procedimiento de contratación. También esta directiva establece que en el caso de «modificaciones del contrato por encima de dichos umbrales deberían ser posibles sin la necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las correspondientes condiciones establecidas en la directiva».

En la parte dispositiva de la Directiva 2014/24 se establecen reglas sobre la modificación de los contratos durante su vigencia. Así, en el artículo 72 se prevé que pueda modificarse «sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación» en casos bien determinados.

En primer lugar, y siguiendo la jurisprudencia, la directiva se refiere a este supuesto: «Cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones».

En segundo lugar, la directiva permite la modificación de los contratos si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes: bien los umbrales que determinan la aplicación de la directiva, bien el umbral del 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras.

Ahora bien, la Directiva 2014/24 establece un límite a un intento de modificación del contrato público hasta el punto de que «la modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones».

De hecho, la Directiva 2014/24 ofrece criterios específicos para determinar si la modificación del contrato es o no sustancial.

De la anterior regulación se deduce, especialmente a la vista de la directiva de procedimientos de recurso, que su preocupación está en amparar al licitador perjudicado previendo sanciones disuasorias al poder adjudicador. Sin embargo, esa disuasión no parece que alcance, salvo el ejemplo húngaro que examino seguidamente, a quien se ha hecho con el contrato y lo ha ejecutado total o parcialmente, a sabiendas, con toda probabilidad, de la ilegalidad cometida.

4.2. Los límites jurisprudenciales europeos a la aplicación del principio de enriquecimiento injusto

El Tribunal de Justicia no se ha pronunciado directamente sobre el principio de enriquecimiento injusto en relación con las directivas sobre contratación pública, pero ha establecido una serie de principios que pueden operar como límite a la aplicación de dicho principio.

En alguna ocasión el Tribunal de Justicia ha enjuiciado la aplicación del enriquecimiento injusto en la ejecución de un contrato entre la Comisión Europea y una empresa respecto de un tercero subcontratista, señalando: «No cabe calificar un enriquecimiento de "sin causa" si tiene su justificación en obligaciones contractuales»¹⁵. Asimismo, recientemente el Tribunal de Justicia no descarta mecanismos sancionadores frente a un adjudicatario de un contrato público implicado en la vulneración de normas europeas¹⁶.

Por lo que se refiere a los principios que pueden chocar con la aplicación generosa del enriquecimiento injusto, en la sentencia *Succhi di Frutta* el Tribunal de Justicia consagra los principios de igualdad de los licitadores y de transparencia, al tiempo que determina su alcance¹⁷.

Por una parte, para el Tribunal de Justicia se impone en la contratación pública que «la entidad adjudicadora está obligada a respetar el principio de igualdad de trato entre los licitadores» (apartado 108), lo que implica «una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto» (apartado 109).

En cuanto al principio de igualdad entre los licitadores, el Tribunal de Justicia exige que «todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores» (apartado 110).

¹⁵ STJCE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, *Masdar (UK) / Comisión*, C-47/07 P, EU:C:2008:726 (la posición de un subcontratista y enriquecimiento sin causa de la Comisión en un contrato), apartados 46 y 54.

¹⁶ STJUE de 14 de mayo de 2020, *T-Systems Magyarország y otros / Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság y otros*, C-263/19, EU:C:2020:382 (sanciones impuestas al adjudicatario por modificación contraria a la directiva de un contrato público).

¹⁷ STJCE de 29 de abril de 2004, *Comisión / CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236.

Y en relación con el principio de transparencia, el Tribunal de Justicia dice «que constituye su corolario» y que «tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata» (apartado 111).

Estos principios de igualdad entre licitadores y transparencia se han consolidado en la jurisprudencia de tal modo que, por ejemplo, no procedería la modificación del precio, porque, a juicio del Tribunal de Justicia, en su sentencia *pressetext Nachrichtenagentur*,

modificar tal condición durante el período de vigencia del contrato, a falta de una habilitación expresa en este sentido contenida en los términos del contrato inicial, implicaría el riesgo de una vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato de los licitadores¹⁸.

En la sentencia *Comisión/España (C-423/07)*, el Tribunal de Justicia condenó a España por la adjudicación de las obras de un cuarto carril de circulación de la autopista A-6 entre Madrid y Villalba sin que se mencionara en el contrato de concesión de obras públicas¹⁹.

Pues bien, a juicio del Tribunal de Justicia, y frente a los argumentos del Gobierno español, «no es respetuoso con la Directiva 93/37 adjudicar sin transparencia alguna un contrato de concesión de obras públicas que incluye trabajos denominados "complementarios" que por sí solos constituyen "contratos públicos de obras" en el sentido de esa Directiva, y cuyo valor supere el umbral que allí se establece» (apartado 70). Y esto se debe a que las obras complementarias «se sustraerían a la obligación de publicidad y, por consiguiente, a toda forma de competencia» (apartado 71).

La sentencia *Finn Frogne* establece los límites a la modificación sustancial del contrato después de su adjudicación²⁰. La cuestión prejudicial provenía del Tribunal Supremo danés y se refería a un contrato para el suministro de un sistema de comunicaciones a la Policía que había sido adjudicado a Terma por más de 70 millones de euros. Debido a dificultades, no pudo ejecutarse el contrato en su totalidad, por lo que la Policía y Terma llegaron a un acuer-

¹⁸ STJCE de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, C-454/06, EU:C:2008:351.

¹⁹ STJUE de 22 de abril de 2010, *Comisión/España* (incumplimiento por adjudicación de las obras de un cuarto carril de circulación de la autopista A-6 entre Madrid y Villalba), C-423/07, EU:C:2010:211.

²⁰ STJUE de 7 de septiembre de 2016, *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634 (imposibilidad de modificación sustancial del contrato público después de su adjudicación).

do transaccional que limitaba sustancialmente la ejecución del contrato. Frogne impugnó este acuerdo transaccional y reclamó que se sometiese a un nuevo procedimiento de adjudicación.

El Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual

el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial.

Y el Tribunal de Justicia detalla estos supuestos:

Cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores (apartado 28).

Esta regla estricta puede suavizarse en determinados contratos, pero siempre que se respeten unas condiciones. En efecto, y a juicio del Tribunal de Justicia,

el poder adjudicador puede reservarse la posibilidad de introducir ciertas modificaciones, incluso sustanciales, en el contrato con posterioridad a su adjudicación, a condición de que lo haya establecido así en la documentación que rige el procedimiento de adjudicación (apartado 36).

Por tanto, concluye el Tribunal de Justicia:

No es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato, ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renuncias recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificultades que la ejecución del contrato plantea (apartado 40).

En la sentencia *Comisión/España* (C-84/03), el Tribunal de Justicia desautorizó la legislación española que permitía seguir el procedimiento negociado cuando el contrato no hubiese podido adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido o los candidatos presenta-

dos no hubiesen sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10 %²¹. El Tribunal de Justicia puntualiza: «Una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato, como prevén (las Directivas 93/36 y 93/37)» (apartado 49).

Ahora bien, ha de reconocerse que tales principios de objetividad, transparencia e igualdad aplicados al procedimiento de licitación se imponen de manera especial a los poderes adjudicadores y no tanto a los licitadores. En cambio, el principio de enriquecimiento injusto es esgrimido por el licitador que se ve afectado por las irregularidades invalidantes cometidas por los poderes adjudicadores, pero salva, en definitiva, su objetivo último de cobrar el precio del contrato en detrimento de los licitadores ilícitamente preteridos.

Ciertamente, solo queda confiar en una aplicación de los principios de efectividad y de equivalencia del derecho de la Unión, tal como han sido modelados por el Tribunal de Justicia. Así, por ejemplo, en la sentencia *Rudigier* el Tribunal de Justicia los ha recordado así:

Quando el Derecho de la Unión no contenga ninguna precisión procedimental para hacer efectivo un derecho, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación del procedimiento destinado a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. No obstante, tal regulación no podrá ser menos favorable que la referente a los recursos similares de Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)²².

Sin embargo, la operatividad de estos principios está pensada en favor de los licitadores, que se han visto postergados en el procedimiento de adjudicación de los contratos y no parece que puedan ser invocados como defensa del actuar ilícito de los poderes adjudicadores públicos, por lo general en connivencia con el adjudicatario indebido.

Sea como fuere, no hay duda de que la jurisprudencia española sobre el enriquecimiento injusto aplicada a los contratos administrativos está distorsionando el mercado de la contratación pública y vulnerando los principios de objetividad, transparencia e igualdad consagrados por las directivas europeas.

En cuanto a un mecanismo sancionador frente a quien se adjudique un contrato público y haya contribuido a la vulneración de las directivas europeas, el Tribunal de Justicia aborda

²¹ STJCE de 13 de enero de 2005, Comisión/España (incorrecta transposición de la Directiva sobre contratación pública), C-84/03, EU:C:2005:14.

²² STJUE de 20 de septiembre de 2018, *Rudigier*, C-518/17, EU:C:2018:757, apartado 61.

en la sentencia *T-Systems Magyarország* un supuesto muy peculiar que no está regulado directamente por el derecho de la Unión, pero que se puede ver afectado por él: las sanciones impuestas al adjudicatario por un modificado contrario a la directiva de un contrato público.

La legislación húngara prevé la posibilidad de sancionar tanto al poder adjudicador como al adjudicatario por la vulneración de las normas de contratación pública. En este caso, el organismo sobre contratación pública había impuesto a BKK, la sociedad municipal de transporte público de Budapest, como poder adjudicador, y a T-Systems, adjudicataria, sendas multas por haber procedido a la modificación ilegal de un contrato de máquinas expendedoras de billetes.

El Tribunal de Justicia considera que este régimen sancionador húngaro no es contrario a las directivas de recurso en materia de contratación pública, aunque este procedimiento debe respetar el derecho de la Unión, incluidos sus principios generales, cuando el contrato público esté comprendido en el ámbito de aplicación material de las directivas sobre contratación pública, ya sea *ab initio* o a raíz de su modificación ilegal.

También el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la cuantía de la multa que puede imponerse, no solo al poder adjudicador, sino también al adjudicatario, en la medida en que debe respetar el principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del derecho de la Unión, de modo que no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por esas directivas.

Por tanto, explica el Tribunal de Justicia, la cuantía de la multa debe fijarse en relación con el comportamiento de las partes del contrato público durante el periodo en el que proyectaban modificarlo y, más concretamente, podrá tenerse en cuenta, en particular, el hecho de que haya tomado la iniciativa de proponer la modificación del contrato o de que haya sugerido, o incluso exigido, al poder adjudicador que no organizara un procedimiento de licitación para responder a las necesidades que requerían modificar el contrato. En cambio, sigue el Tribunal de Justicia, la multa no puede depender de la circunstancia de que no se recurriera a un procedimiento de licitación para modificar el contrato, puesto que la decisión de recurrir a tal procedimiento únicamente forma parte de las prerrogativas del poder adjudicador.

No parece tan descabellada esta solución alternativa que, en realidad, como ocurre en el derecho húngaro, supone imponer una sanción del 10 % o del 15 % del valor del contrato. Se trataría de una penalización aplicable, por ejemplo, si se hubiese tolerado el principio del enriquecimiento injusto.

5. Conclusión

El principio de enriquecimiento injusto aplicado en la contratación pública, precisamente en la fase de ejecución del contrato, tiene un efecto perturbador en la medida en que po-

dría desactivar el estricto régimen exigido legislativa y jurisprudencialmente en el derecho español y en el derecho de la Unión Europea.

Si las empresas tienen la plena seguridad de que, de un modo o de otro, tarde o temprano, terminarán cobrando por la ejecución de contratos administrativos que sean nulos o que sean anulados, se está incentivando, en cierta medida, la comisión de cualquier tipo de irregularidad invalidante por muy notoria que sea. De este modo, el mensaje que envía cualquier Administración española es el siguiente: consigue que te adjudiquen el contrato o, más fácilmente, ejecuta el contrato, que luego terminarás cobrándolo.

Hasta ahora la advertencia de autorizados autores sobre este riesgo no ha sido tenida en cuenta por la incomodidad que supone superar la inercia, tanto administrativa como jurisprudencial. En cambio, podría ensayarse la vía europea para subrayar los riesgos de aplicar indebidamente este principio de enriquecimiento injusto. Esto supondría que, en la medida en que se ponga en peligro alguno de los principios básicos de la contratación pública, habría que dejar de aplicar el principio de enriquecimiento injusto. O, al estilo húngaro, podría ensayar el legislador, incluso el europeo, un sistema de sanciones aplicables no solo a los entes públicos adjudicadores, sino también a los adjudicatarios que hayan contribuido a la ilegalidad de la contratación pública.

A mi juicio, es razonable pensar que los jueces civiles tendrían serias dudas para aplicar el principio de enriquecimiento injusto si tuviesen que enjuiciar la celebración y la ejecución de contratos administrativos.

Hasta ahora se facilita la conculcación de la ley de contratación administrativa con la invocación fácil y sencilla del principio de enriquecimiento injusto o con la apelación a la responsabilidad patrimonial cuando existe una nulidad de pleno derecho. Así lo advertía el maestro cuando constataba que nada exige que la contratación administrativa deba absorber la totalidad de las reglas de fondo de los contratos civiles, a pesar de las mayores garantías de justicia del derecho civil (García de Enterría, 1963, p. 128). Casi me atrevería a añadir que habrá que impedir o, al menos, minimizar el trasvase precisamente de un principio de enriquecimiento injusto que ahora mismo está socavando dañinamente la efectividad del sistema de contratación pública.

Sería necesario, por tanto, una profundización en esta cuestión por parte de la Sala Tercera del Tribunal Supremo español, e incluso no sería descabellado acudir por vía prejudicial al Tribunal de Justicia. Es necesario saber si el venerable principio del enriquecimiento injusto, tan fácil de aplicar y de tanto arraigo en la justicia natural, puede desvirtuar una regulación tan puntillosa y exigente como la de la contratación pública. No olvidemos que el complejo régimen de los contratos administrativos tiene dos objetivos: desde la perspectiva europea pretende garantizar las libertades económicas fundamentales de los licitadores, y desde el punto de vista de la gestión de lo público procura evitar que desaprensivos dirigentes políticos tiren con pólvora del rey, con grave quebranto para la hacienda de todos.

Referencias bibliográficas

- Agencia Valenciana Antifraude. (2020). *La vía del enriquecimiento injusto en el sector público: ¿uso o abuso?* Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.
- Basozabal Arrue, X. (2018). Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado. *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 4, 1-54.
- Bauzá Martorell, F. J. (2016a). Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 181, 227-252.
- Bauzá Martorell, F. J. (2016b). Contratación verbal e ingresos obtenidos ilícitamente. *Revista Española de la Función Consultiva*, 26, 89-104.
- Carretero Espinosa de los Monteros, C. (2015). El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos: nulidad de las actuaciones administrativas y responsabilidad. *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, 93, 107-132.
- Coscolluela Montaner, L. (1977). Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 84, 185-202.
- García de Enterría, E. (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, 41, 99-128.
- González-Lamuño Romay, O. (2019). La contratación pública y sus dimensiones administrativa y civil: jurisdicción, invalidez e indemnización. En *Derecho privado y derecho público ante los tribunales de justicia. Liber amicorum en homenaje al magistrado y profesor Rafael Fonseca González* (pp. 519-538). Reus.
- Martín Rebollo, L. (2009). La modificación de los contratos (régimen, regulación y consecuencias de una práctica generalizada que supone un riesgo al principio licitatorio y a la idea de transparencia). *Revista Española de la Función Consultiva*, 12, 41-105.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1960). *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla.
- Pérez López, E. (2019). Los problemas jurídicos derivados de la contratación pública irregular en los municipios españoles. La revisión de oficio de los actos de adjudicación de los contratos nulos. *Revista de Derecho de la Uned*, 25, 90-126.
- Punzón Moraleda, J. (2016). El alcance de la *actio in rem verso* en las normas de contratos del sector público. Especial referencia al enriquecimiento injusto o sin causa de la administración en materia de contratos. En R. Tapia Vega, P. J. Carrasco Parrilla y E. Oliva Gómez (Coords.), *Hacia el ámbito del derecho administrativo* (pp. 117-144).
- Rebollo Puig, M. (1995). *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*. Marcial Pons.
- Rodríguez Morilla, J. A. (2015). *El modificado de obras en la contratación pública*. (Tesis doctoral dirigida por Rafael Caballero Sánchez y Fernando González Botija). Universidad Complutense de Madrid.
- Tribunal de Cuentas Europeo (2015). [Informe Especial nº 10/2015, de 16 de junio de 2015, «Necesidad de intensificar los esfuerzos para abordar los problemas en la contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de cohesión»](#). Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.



Valero Escribano, J. I. (2015). La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares. *Revista Española de Control Externo*, 50, 149-179.

Bar, Ch. von, Clive E. y Schulte-Nölke, H. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Sellier.





Los algoritmos y la toma de decisiones administrativas. Especial referencia a la transparencia

Carla Baz Lomba

*Asesora jurídica. Fundación de Estudios Jurídicos MarínnLeg
Docente de Derecho Internacional Público. Universidad de Vigo
carlabaz242@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-8011-6702>*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Ñíngo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

El modelo actual de gestión pública se basa en la implementación de la inteligencia artificial para la toma de decisiones administrativas, introduciendo algoritmos que por su opacidad no alcanzan con plenitud el cumplimiento de los principios de transparencia y buen gobierno exigidos a las Administraciones públicas en un Estado de derecho.

Por ello, es preciso analizar qué factores determinan un empleo inadecuado de los algoritmos y, consecuentemente, encontrar un medio para dar visibilidad al código fuente que determina su funcionamiento, obteniendo así una motivación de los actos administrativos dictados, permitiendo a los ciudadanos realizar alegaciones o recurrir las actuaciones automatizadas de la Administración.

Finalmente, se busca llamar la atención sobre la necesidad de fomentar e implementar una gobernanza inteligente y responsable por parte de las instituciones, y se plantea cómo adaptar las instituciones tradicionales a las tecnologías de la información y la comunicación empleadas por la Administración.

En este trabajo se busca dar una respuesta desde el punto de vista jurídico-práctico ante las situaciones que afectan a los ciudadanos, prestando especial atención al empleo de los algoritmos en la toma de decisiones administrativas automatizadas.

Palabras clave: administración electrónica; decisiones administrativas automatizadas; algoritmos; código fuente; sesgo algorítmico; transparencia algorítmica; principio de transparencia; principio de buen gobierno.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Baz Lomba, C. (2021). Los algoritmos y la toma de decisiones administrativas. Especial referencia a la transparencia. *Revista CEFLegal*, 243, 119-160.



Algorithms and managerial decision-making. Special reference to transparency

Carla Baz Lomba

Abstract

The current model of public management is based on the implementation of artificial intelligence for administrative decision-making, introducing algorithms that, due to their opacity, do not fully comply with the principles of transparency and good governance required of public administrations in a state governed by the rule of law.

Therefore, it is necessary to analyse what factors determine the inadequate use of algorithms, and consequently, to find a way to give visibility to the source code that determines their operation, thus obtaining a motivation of the administrative acts issued, allowing citizens to make allegations or appeal the automated actions of the Administration.

Finally, it seeks to draw attention to the need to promote and implement intelligent and responsible governance by the institutions, and considers how to adapt traditional institutions to the information and communication technologies used by the Administration.

This work seeks to provide a response from a legal-practical point of view to the situations that affect citizens, paying special attention to the use of algorithms in automated administrative decision-making.

Keywords: e-government; automated administrative decisions; algorithms; source code; algorithmic bias; algorithmic transparency; transparency principle; good governance principle.

Citation: Baz Lomba, C. (2021). Los algoritmos y la toma de decisiones administrativas. Especial referencia a la transparencia. *Revista CEFLegal*, 243, 119-160.





Sumario

1. La Administración y la gestión pública
 - 1.1. Administración electrónica
 - 1.2. Modificaciones en el modo de relacionarse con los ciudadanos
 2. Implementación de la inteligencia artificial en la toma de decisiones administrativas
 - 2.1. Introducción a los algoritmos
 - 2.2. El papel de los algoritmos en la toma de decisiones administrativas
 - 2.3. Tesis sobre el tratamiento jurídico del algoritmo
 3. El principio de transparencia
 - 3.1. Derecho del ciudadano y deber de la Administración
 - 3.2. Problemática algoritmo-transparencia
 4. Casuística del empleo de algoritmos
 5. Defectos y vicios de las actuaciones administrativas automatizadas
 - 5.1. La actividad administrativa automatizada
 - 5.2. Especial referencia al algoritmo y la programación
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. La Administración y la gestión pública

Nos encontramos en un contexto de modernización en el que la Administración electrónica se presenta como un conjunto de soluciones que permite a la ciudadanía y a las empresas relacionarse con las Administraciones públicas (en adelante AA. PP.) a través de medios electrónicos.

En el ámbito de la Administración electrónica influyen factores socioeconómicos y el incremento de las posibilidades de las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TIC) en la gestión pública.

La Administración electrónica presenta múltiples ventajas, en contraposición, el derecho y la positivación de las normas jurídicas no siempre se coordinan correctamente con los avances tecnológicos. Esta realidad trae como consecuencia que las nuevas situaciones que surgen planteen problemas que no pueden ser abordados mediante el empleo de los conceptos jurídicos tradicionales.

1.1. Administración electrónica

Ofrecer a los ciudadanos la posibilidad de relacionarse con la Administración de manera electrónica se impulsa mediante la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público (en adelante LPAC y LRJSP¹ respectivamente). Con la

¹ La nueva legislación administrativa básica pretende la reorganización del sistema de fuentes, y se articula con base en los títulos competenciales atribuidos al Estado en el artículo 149.1 de la CE: la LRJSP regula el régimen jurídico y la LPAC el procedimiento administrativo común.

entrada en vigor de la LPAC se plantean una serie de retos para la Administración electrónica (Hernández, 2016), junto con la obligación de algunos sujetos a relacionarse con las AA. PP. electrónicamente, teniendo los restantes el derecho de acceder electrónicamente, tal y como se venía haciendo desde la ya derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAE en adelante).

De las principales novedades de la LPAC, destaca la generalización del empleo de medios electrónicos en el procedimiento administrativo común. Así el artículo 14 de la LPAC establece las comunicaciones por vía electrónica entre interesados y Administración como un derecho, y como una obligación para las personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, profesionales con colegiación, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, y sus representantes, y los empleados de las AA. PP. en su condición de empleados públicos. Las personas físicas pueden elegir si comunicarse por medios electrónicos o no. Existe otra categoría de comunicaciones, establecidas reglamentariamente, que solamente pueden realizarse mediante medios electrónicos².

La Administración pública debe contar con un registro electrónico general³ o adherirse al de la Administración General del Estado. Además, tiene la obligación de mantener un archivo electrónico único de los documentos que correspondan a procedimientos finalizados⁴.

La forma de producción de los actos administrativos es electrónica, salvo que por su naturaleza sea aconsejable otro formato. Las notificaciones⁵ se realizan preferiblemente de manera electrónica en la sede de la Administración pública correspondiente, y en todo caso electrónicamente cuando los destinatarios estén obligados. La importancia de las notificaciones electrónicas reside en el equilibrio entre las garantías y los derechos que debe mantener la Administración.

² Un ejemplo es el Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

³ El Registro electrónico general tiene origen en el artículo 16 de la LPAC, por lo que todas las AA. PP. deben contar con un registro electrónico general interoperable o adherirse al de la AGE. Cuando no exista un procedimiento específico en la sede electrónica del organismo de destino, se permitirá a los interesados presentar sus solicitudes en papel, convirtiéndolas a formato electrónico como copia autenticada, siendo cursadas telemáticamente.

⁴ El archivo electrónico permite almacenar por medios electrónicos todos los documentos utilizados en las actuaciones administrativas destinadas a cubrir el conjunto del ciclo de vida de los documentos electrónicos.

⁵ La práctica de la notificación electrónica se da en el momento en el que el interesado comparece en la sede electrónica de la Administración u órgano actuante y accede al contenido de la notificación; se entiende rechazada por el transcurso de 10 días naturales desde la puesta a disposición, entendiéndose cumplida la obligación de notificar con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica.

El expediente administrativo electrónico (art. 70.1 LPAC) está formado por el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla, no formando parte del expediente la información que tenga carácter auxiliar y de apoyo –información de ficheros, aplicaciones y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes o comunicaciones e informes internos, juicios de valor que no consistan en informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento– (Berning, 2019, p. 101)⁶.

En los artículos 38 a 46 bis de la LRJSP encontramos la regulación del funcionamiento del sector público electrónico. En primer lugar, nombrar la sede electrónica y el portal de internet como herramientas básicas para la ciudadanía, pues permiten el acceso a la información y los servicios de la Administración. También encontramos la regulación de la firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones, los requisitos para el intercambio electrónico de datos y el aseguramiento de la interoperatividad mediante la firma electrónica, todo bajo la gestión electrónica de los documentos, información y comunicaciones. En especial, nos interesa hablar sobre las actuaciones administrativas automatizadas⁷, puesto que son el medio por el que la Administración delega su facultad de decisión en pro de una máquina. Esta previsión legal es la que permite, tal y como analizaremos a lo largo de este trabajo, que los algoritmos puedan ser los encargados de la toma de decisiones administrativas.

La entrada en vigor de algunos preceptos de la LPAC y la LRJSP han sido aplazados, lo que evidencia la falta de congruencia entre lo previsto por la normativa y la práctica. A modo ilustrativo hacemos referencia a la publicación del Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto, que en su artículo 6 modifica la disposición final séptima de la LPAC, aplazando al 2 de octubre de 2020⁸ las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, al registro electrónico, al registro de empleados públicos habilitados, al punto de acceso general electrónico de la Administración y al archivo único electrónico.

Es importante también la interoperabilidad de las AA. PP., que se lleva a cabo mediante diferentes normas técnicas y las actuaciones administrativas automatizadas (Gamero y

⁶ En este sentido se pronuncia Berning Prieto recordando que el artículo 70 de la LPAC excluye del expediente administrativo determinado contenido, pero ese contenido descartado constará en el archivo electrónico de la Administración, tal y como se establece en el artículo 46 de la LRJSP.

⁷ Definida en el artículo 41 de la LRJSP como cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no intervenga de forma directa un funcionario público.

⁸ Fecha límite adoptada en conformidad con el cumplimiento del Plan de Acción Europeo de la Administración Electrónica 2016-2020, regulado en la Decisión (UE) 2015/2240 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por la que se establece un programa relativo a las soluciones de interoperabilidad y los marcos comunes para las Administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos europeos (programa ISA2) como medio de modernización del sector público.

Fernández, 2019, p. 412), que serán analizadas posteriormente, y que podemos adelantar que se regulan laxamente, dando lugar a incidentes cuando su empleo va más allá de operaciones matemáticas.

1.2. Modificaciones en el modo de relacionarse con los ciudadanos

La implementación de los contenidos de la LPAC y LRJSP supuso incorporar a la Administración electrónica en el núcleo del derecho administrativo (Gamero *et al.*, 2017, p. 7-13) evidenciando graves problemas en su régimen jurídico. La realidad del derecho administrativo actual se basa en la necesidad de adquirir conocimientos técnicos sobre las TIC e implica adaptar las fuentes normativas a la didáctica del derecho para comprender el régimen del acto administrativo, de las notificaciones, de la nulidad o anulabilidad y de otras nociones clásicas.

En cuanto al ciudadano, la Administración electrónica supone una tendencia a la obli-gatoriedad en el empleo de medios electrónicos. En segundo lugar, la introducción de la regulación de la Administración electrónica en el corazón del derecho administrativo parece basarse en términos puramente técnicos, olvidando su relevancia para el administrado y los operadores jurídicos, lo que impidió adquirir conciencia de los problemas que podrían derivarse tras su implementación, y que afectan a las garantías esenciales de un Estado de derecho.

En tercer lugar, la simplificación del procedimiento administrativo introduciendo la digitalización de los procesos afecta a la conformación de las normas jurídicas, tanto en la creación como en el acervo de las existentes, surgiendo para la Administración pública la obligación de realizar revisiones periódicas para adecuarse al principio de buena regulación presente en los artículos 129 y 130 de la LPAC.

Otras novedades fruto de la entrada en vigor de la LPAC y la LRJSP son el permiso para ejercer potestades administrativas a las entidades privadas, tal y como veremos en el apartado cuarto⁹ de este trabajo, y la creación de una diferenciación entre los derechos de las personas ante las AA. PP. (arts. 13 y 14 LPAC) y otros a mayores para los interesados en el procedimiento administrativo (arts. 4 y 53 LPAC).

Finalizando este apartado, es necesario hacer referencia al artículo 45 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del

⁹ En el caso para analizar sobre el uso de algoritmos para la determinación de la concesión del bono social eléctrico, son las compañías comercializadoras de la electricidad quienes aplican el algoritmo y determinan quién será o no el beneficiario de la ayuda.

procedimiento administrativo común (LRJPAC en adelante), que regulaba la incorporación de medios técnicos por las AA. PP. en el desarrollo de su actividad y en el ejercicio de sus competencias, asegurando los mismos requisitos y garantías previstos en cada procedimiento. Actualmente no se prevé dicha protección en lo que respecta al empleo de las TIC, quedando el acceso a las características de los programas empleados en otros textos legales.

2. Implementación de la inteligencia artificial en la toma de decisiones administrativas

La relación del derecho administrativo con las TIC requiere de la toma de conciencia de los riesgos inherentes a su empleo, y exige de esfuerzo jurídico para establecer el control sobre los límites de estas y proveer de cobertura a las nuevas situaciones que puedan darse.

Tanto es así, que la Constitución española prevé en su articulado las directrices sobre cómo actuar ante el avance de las nuevas tecnologías, siempre con la vista puesta en el mantenimiento de los derechos de los ciudadanos. En primer lugar, recordar que el Estado tiene la competencia exclusiva en materia de fomento e investigación técnica, además de la competencia para regular el procedimiento administrativo común (art. 149.1.15.º y 18.ª CE); en segundo lugar, la obligación de regular mediante ley el procedimiento de creación de los actos administrativos (art. 105.c CE), y en tercer lugar, como prevé el artículo 18.4 de la CE, la capacidad de la ley para limitar el uso de la informática y garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, mención que denota la previsión de los artífices de la Constitución de un posible detrimento de las garantías en los derechos con la evolución de las tecnologías.

El artículo 9.3 de la CE aplicado a las TIC, concretamente a los algoritmos, impone como límites a su uso los principios de legalidad, publicidad de las normas, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción¹⁰ de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantías que tal y como se verá a lo largo de este trabajo no se dan en su totalidad.

Finalmente, los artículos 44.2 y 103.1 de la CE, cuya lectura debe hacerse de forma conjunta, pues en el primero se reconoce a los poderes públicos la promoción de la investigación tecnológica en beneficio del interés general, al tiempo que, en el segundo, se constringe a la Administración Pública a servir con objetividad a los intereses generales de acuerdo con los principios de eficacia y sometimiento a la ley y al derecho. Entendiéndose

¹⁰ El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos significa que las autoridades no pueden tomar decisiones arbitrarias, entendiéndose por tales aquellas que supongan una infracción del principio de igualdad de trato de los administrados ante la aplicación de la ley y de las normas objetivamente determinadas.

así que la Administración puede hacer uso de la investigación tecnológica, incluso de ser su promotor, siempre y cuando la emplee para el interés general y bajo el cumplimiento de los principios correspondientes.

Sentada la base constitucional, cabe recordar que la regulación específica del procedimiento administrativo, la LPAC, no recoge la previsión de adaptación específica del procedimiento administrativo a los avances tecnológicos futuros tal y como hacía su predecesora, la LRJPAC, en su artículo 45, donde se preveía el impulso de los medios electrónicos manteniendo las garantías y requisitos de cada procedimiento, además de publicar las características de los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que emplear. Este vacío legal podría y debiera complementarse por la Administración haciendo uso de su potestad reglamentaria.

La inteligencia artificial¹¹ emplea datos para la toma de decisiones y actúa en muchos casos sin la necesidad de la intervención humana. Este nuevo escenario demanda una amplia implicación ética y jurídica, debiendo lograrse el equilibrio entre la innovación y la protección de los derechos mediante garantías legales, que aseguren la imparcialidad y licitud de las decisiones tomadas por las AA. PP. mediante actuaciones administrativas automatizadas.

2.1. Introducción a los algoritmos

La presencia de los algoritmos tiene origen en la cuarta revolución industrial, basada en los datos y su procesamiento. El crecimiento de la capacidad informática y los avances tecnológicos convirtieron a la inteligencia artificial en una de las tecnologías más estratégicas del siglo XXI.

Los algoritmos¹² son un grupo finito de operaciones organizadas de manera lógica y ordenada que permiten alcanzar la solución a un problema determinado. Funcionan mediante una cadena de instrucciones establecidas, que siguiendo los pasos programados dan lugar al resultado. Tienen múltiples formas de expresarse, si bien habitualmente están asociados al ámbito matemático. A pesar de la sencillez del concepto, no podemos obviar que día a día los algoritmos están aumentando su complejidad. Un ejemplo visual del empleo de algoritmos es la herramienta PageRank de Google, consistente en un conjunto de algoritmos que determinan la importancia de lo indexado en el motor de búsqueda, de modo que los algoritmos deciden el orden en que se muestran los resultados.

¹¹ La noción de IA es la de un conjunto de técnicas cuyo reto es acercarse a la inteligencia humana con el empleo de máquinas –mediante el uso de algoritmos informáticos con capacidad de emular la actividad cognitiva biológica–.

¹² Según la RAE el algoritmo es un conjunto ordenado y finito de operaciones que permiten hallar la solución a un problema; también lo define como método y notación en las distintas formas de cálculo.

En cuanto a su aplicación a la realidad administrativa, los algoritmos son considerados como *cajas negras*, por tres razones: la opacidad fruto de su complejidad técnica, al emplearse lenguaje de programación, la confidencialidad o el secreto sobre el contenido de los mismos y la ausencia de acceso a su código fuente¹³.

La ausencia de control efectivo sobre los procesos de toma de decisiones automatizadas, así como la aleatoriedad de los ordenadores y la incapacidad de estos para razonar, conlleva numerosos problemas de carácter ético¹⁴ y jurídico, que pueden entrar en colisión con los derechos subjetivos protegidos¹⁵.

El funcionamiento del algoritmo en el derecho se centra en dar respuesta a un supuesto de hecho en el que concurren una serie de circunstancias que tienen asociada una consecuencia jurídica. Se aplicaría un código fuente en lugar de un razonamiento jurídico tradicional, obteniendo un resultado con mayor celeridad, y posiblemente fiabilidad. En general, los algoritmos tienen un gran potencial y múltiples ventajas a la hora de determinar decisiones en entornos predecibles.

En el caso concreto de su empleo por las AA. PP., el algoritmo suele ser una fórmula matemática, que por ejemplo determina quién será el beneficiario de determinada ayuda. Esta es la razón de que sea tan relevante conocer el código fuente –parámetros empleados para la toma de decisiones–, además de la obligación impuesta por el artículo 35.2 de la LPAC, que exige la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva.

La naturaleza jurídica de los algoritmos (Gallego, 2019) suele ser jurídico-privada, concretamente nos encontramos ante un secreto empresarial¹⁶. Sin embargo, se hace patente

¹³ El código fuente es el conjunto de líneas de textos, que son las reglas que debe seguir la computadora para realizar un programa. Conocer el código fuente consiste en tener acceso a los algoritmos desarrollados por los programadores.

¹⁴ Dos ejemplos de aplicación errónea de los algoritmos que incurrieron en racismo sucedieron cuando Google Fotos comenzó a usar el sistema de reconocimiento facial y el algoritmo encargado de ello identificó a personas de raza negra como gorilas (fuente: https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/tecnologia/2018/01/16/google-fotos-elimina-gorilas-evitar-algoritmo-etiquete-personas-negras/0003_201801G16P49992.htm), y cuando Microsoft creó un *chatboot* (caso Tay) en Twitter con idea de experimentar sobre la comprensión conversacional; al cabo de horas tuvo que ser suspendido por comenzar a dar respuestas de índole racista y política (fuente: <https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/24/tay-microsofts-ai-chatbot-gets-a-crash-course-in-racism-from-twitter>).

¹⁵ Estas críticas se plantean teniendo en cuenta que la toma de decisiones humana también incurre en discriminaciones.

¹⁶ El algoritmo como secreto empresarial del artículo 1.1 da Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales se refiere a cualquier información o conocimiento tecnológico que reúne las condiciones de ser secreto –tener valor empresarial y contar con medidas razonables para garantizar el secreto–. La Oficina

la necesidad de atender a la naturaleza jurídico-pública del algoritmo para lograr que este, que es normalmente fruto de la empresa privada, alcance naturaleza jurídico-pública. La Administración debe hacer efectiva la compra del algoritmo, posibilitando la revelación al público de su código fuente, puesto que es donde se esconde la motivación de la actuación administrativa. Dicha adquisición es costosa y, a su vez, deprecia su valor al desnaturalizar al elemento privativo, que es el secreto. Cabe también la creación de algoritmos por la Administración, lo que podría suponer un coste mayor, pero que se compensaría con la garantía de los derechos de acceso al mismo por los ciudadanos.

2.2. El papel de los algoritmos en la toma de decisiones administrativas

La digitalización de la Administración se centra en la inteligencia artificial como una actividad mixta más allá de una mera aplicación tecnocrática que permita el desarrollo de un nuevo paradigma público. Los algoritmos empleados por la Administración deben diferenciarse de los empleados en el sector privado, puesto que deben cumplir con las exigencias del Estado de derecho.

La lógica algorítmica como instrumento de toma de decisiones se está convirtiendo en un atributo de gestión, que alcanza desde decisiones meramente instrumentales hasta decisiones discrecionales, haciendo actividades tradicionales de la Administración más eficientes y productivas.

Los algoritmos suponen la sustitución de los juicios intuitivos por una respuesta objetivada, pues se basan en un conjunto de instrucciones o secuencias de tareas que permiten un análisis de diferentes variables para seleccionar la más adecuadas. En muchos casos los sesgos o errores del algoritmo residen en los datos de los que se abastecen, dependiendo de ellos la objetividad y fiabilidad que proporciona la solución del algoritmo. Su funcionamiento se basa en identificar patrones en los datos y aplicar ese conocimiento a nuevos datos; si los datos iniciales no son adecuados, tampoco lo será el conocimiento adquirido¹⁷, incurriendo en error. Por el contrario, si el algoritmo está «bien entrenado» podrá tomar una decisión correcta, por ejemplo, en el caso de aplicarse en una contratación¹⁸ menor de

Europea de Patentes deniega la mayoría de las solicitudes de patentes sobre métodos basados en algoritmos. (Fuente: <https://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2016/04/17/5706510c46163fa-5648b45a6.html>).

¹⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones; Plan coordinado sobre la inteligencia artificial COM/2018/795 final.

¹⁸ En 2020 la Comunidad Autónoma de Aragón resolvió el primer «contrato inteligente», donde un algoritmo sustituyó a las valoraciones del personal de la mesa de contratación. Tanto Comisión Europea

servicios, la determinación del contratante podría determinarse sin la presencia de impresiones o prejuicios humanos.

En otros casos, el sesgo puede provenir de un error, intencionado o no, de los informáticos que definan los parámetros de análisis del *software* que generan los modelos predictivos, estando el valor humano incrustado en cada paso del diseño. Por estas razones, el establecimiento de sistemas automatizados de decisión puede encontrarse sesgado¹⁹ o incurrir en errores, lo que requiere por parte de las AA. PP. de especial cautela en su empleo²⁰.

El alcance de los derechos de los administrados va a depender en gran medida de los algoritmos empleados por la Administración. En el código fuente residen los algoritmos concretos que aplicar; esto supone que será ahí donde se plasme el marco jurídico que delimita los derechos y determina los efectos jurídicos correspondientes. Esta actividad del código fuente se denomina actividad administrativa automatizada.

A raíz de la actividad administrativa automatizada nace el derecho de transparencia algorítmica. En este derecho, desde el punto de vista de las garantías de los derechos y libertades en los que se asienta el Estado de derecho, se precisa evitar que los modelos que conforman el algoritmo sean verificables, lo que conlleva a la Administración pública al cumplimiento del principio de transparencia como elemento central de su actividad.

La transparencia pública depende de la Administración y del conocimiento interno de esta acerca de los algoritmos que emplea, pero en la actualidad gran parte de ese conocimiento interno se encuentra en la empresa privada. Si bien, la transparencia es un presupuesto inevitable para paliar en la medida de lo posible la afectación de los derechos de la ciudadanía, también lo es la necesidad de iniciar un proceso de legislación sobre el empleo de los algoritmos, teniendo en cuenta los problemas legales y éticos que conlleva, también denominado como *carga de valores*²¹.

como el Foro Económico Mundial aseguran que este procedimiento inteligente se trata de una práctica ejemplar para luchar contra la corrupción y la injerencia del personal funcionario, y que aporta un valor añadido a la acción de la Administración pública en términos de «transparencia y eficiencia», tal y como asegura Miguel Ángel Bernal, doctor en Derecho y director general de Contratación del Gobierno de Aragón.

¹⁹ El *sesgo algorítmico* ocurre cuando el código de programación de un algoritmo decisor –o la información empleada en su proceso de aprendizaje– acaba con decisiones que perpetúan o generan discriminación.

²⁰ El GT29 ya preveía tal peligro en las Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a efectos del Reglamento 2016/679.

²¹ El Grupo Europeo de Ética de la Ciencia y de las Nuevas Tecnologías formuló principios inspiradores para las legislaciones de los diferentes Estados, pero sin sentar las bases para afrontar este reto.

La introducción de los algoritmos en las AA. PP. exige poner en el punto de mira el valor de nuevos puestos de profesionales vinculados a las TIC, que deberán ser los que se encargarán de la elaboración, control e inspección del código fuente.

La lucha por la integridad y la transparencia en la actuación de las AA. PP. se presenta en estos momentos como un desafío, pues la actuación automatizada administrativa basada en el empleo de algoritmos que determinan una resolución administrativa es comparable con la actividad de las normas reglamentarias, en el sentido de que los reglamentos preordenan el margen de actuación. El código fuente ejecuta una actuación administrativa enmarcada, de manera reglada. Esta idea se desenvuelve más minuciosamente en el siguiente apartado.

2.3. Tesis sobre el tratamiento jurídico del algoritmo

Los algoritmos (Boix, 2020) empleados por la Administración pueden ser considerados como reglamentos²² a efectos materiales, con sus efectos jurídicos correspondientes. Esta posición es la defendida por el profesor de universidad Andrés Boix Palop, y que analizaremos a continuación.

En el mismo sentido se pronuncia también José María Lassalle (2019, pp. 95-96)²³ en su libro *Ciberleviatán*, en el apartado titulado «Algoritmo-ley sin Ley», acerca de la debilidad estructural de los gobiernos democráticos en esta materia, de la enorme complejidad técnica y de que apenas existen políticos que reclamen un debate público al respecto. Esta situación lleva al algoritmo a ser un sustituto de la ley, actuando a diario sobre la realidad para instaurar sigilosamente la regulación digital. El profesor universitario Rubén Martínez Gutiérrez (Berning, 2019, p. 265)²⁴ defiende la importancia de un instrumento normativo, de naturaleza reglamentaria, que en la práctica habilite al funcionamiento de la actividad administrativa automatizada. También encontramos abogados, como Javier de la Cueva (2018 y 2019)²⁵, que viene haciendo hincapié en que el algoritmo se comporta como una norma jurídica, y por tanto es necesaria su publicidad.

²² El reglamento es una norma jurídica de carácter general dictada por el Gobierno u otros órganos administrativos habilitados para ello. Su rango en el orden jerárquico es inmediatamente inferior a la ley, a la que generalmente desarrolla.

²³ José María Lassalle Ruiz, escritor y profesor que cuenta con trayectoria académica en diferentes universidades, actualmente es el director del Foro de Humanismo Tecnológico de ESADE y en la Universidad Pontificia Comillas (ICADE). De 2016 a 2018 asumió la secretaría de Estado de la Sociedad de la Información y Agenda Digital.

²⁴ Rubén Martínez Gutiérrez es profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Valencia.

²⁵ Javier de la Cueva es licenciado en Derecho y doctor en Filosofía por la Universidad Complutense de Madrid, trabaja como abogado y docente.

La influencia de las TIC en el derecho público tiene múltiples consecuencias: la primera es que las tecnologías incrementan la capacidad de trabajo, véase el caso de un tratamiento masivo de datos; por el contrario, *ad futurum* se presenta la incertidumbre sobre su evolución, lo que impide prever una regulación precisa para cada una de las etapas de desarrollo.

La segunda consecuencia obliga a analizar cómo afecta al derecho el empleo de los algoritmos, pues hasta la actualidad los operadores jurídicos empleaban un procedimiento lógico-deductivo, mientras que las TIC permiten el empleo de una lógica booleana²⁶, de correlaciones y probabilidades. El cambio de paradigma afecta a la forma de hacer frente al derecho. Por ejemplo, antes de la creación de las bases de datos como el Centro de Documentación Judicial (Cendoj), los abogados tenían que buscar la jurisprudencia que se recogía en tomos ingentes, y en la actualidad se emplean palabras clave para localizar la resolución concreta que se adapte al caso objeto de estudio.

La tercera se centra en la discrecionalidad como elemento en la toma de decisiones no meramente instrumentales. En el derecho comparado encontramos algunos ejemplos²⁷ de prohibición del empleo de algoritmos para la toma de decisiones discrecionales, evitando así cualquier riesgo o error.

Para cerciorarse de la eficacia y eficiencia del algoritmo es necesario acceder al código fuente y a la comprobación de este en un supuesto aplicativo concreto, de modo que se posibilitaría la detección de errores. Ante la necesidad de su aplicación para una prueba del correcto funcionamiento, es necesario permitir que la impugnación del algoritmo no se vea limitada temporalmente, no solo al plazo fijado tras su hipotética publicación²⁸ a modo de impugnación directa, sino que cabría una impugnación indirecta como la prevista para los reglamentos, en tanto el efecto de un algoritmo erróneo es el mismo que el de un reglamento ilegal. La doble posibilidad de impugnación (Gamero y Fernández, 2019, pp.

²⁶ La lógica booleana se basa en un sistema algebraico que esquematiza operaciones lógicas empleando los conjuntos. Se emplea principalmente para definir formas de intersección entre conjuntos que quedan definidos mediante una palabra, por ejemplo «or», «and», «not».

²⁷ El artículo 35 a) de la Ley de procedimiento administrativo de la República Federal Alemana –Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)– establece que se podrán promulgar actos administrativos por medios automatizados si así se estipula en una disposición legal y si no existe margen de apreciación o discrecionalidad. En Italia se permitía el uso de algoritmos por el Consejo de Estado para la toma de decisiones administrativas, pero tras algunas resoluciones del Tribunal Administrativo Regional de Lazio, se viene denegando su aplicación por la opacidad del algoritmo empleado y la consiguiente inseguridad jurídica que produce. La Corte de Justicia de La Haya ha dictado sentencia, en febrero de 2020, estableciendo que un sistema algorítmico empleado por el Gobierno del país para evaluar el riesgo de fraude a la seguridad social o a hacienda no cumplía las exigencias de proporcionalidad y transparencia necesarias y vulnera las previsiones sobre respeto a la vida privada, recogidas en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

²⁸ Decimos hipotética publicación, puesto que hasta la actualidad el código fuente no suele ser público.

154-156) del reglamento mediante el recurso directo²⁹ y el recurso indirecto proveería a los *algoritmos-reglamentos* de la posibilidad de ser atacados tras su promulgación y conocer los efectos reales fruto del código fuente. Sin duda, esto supondría aportar seguridad jurídica a los ciudadanos, que en el momento de la hipotética promulgación del algoritmo no tuvieron o pudieron hacer un análisis del contenido y consecuencias de este.

La actuación de los poderes públicos es prudente al respecto, puesto que la actividad de innovación tecnológica se encuentra liderada por el sector privado, situación que no exime a la Administración de la necesidad de regular las garantías de los ciudadanos frente al progreso.

La propuesta de Andrés Boix es que estos mecanismos algorítmicos introducidos en la gestión de la Administración pública no son más que reglamentos, basándose en que funcionan sustituyendo o complementando la normativa. Ambas instituciones predeterminan la toma de decisiones finales³⁰, con la diferencia de que emplean medios distintos para alcanzar el objetivo.

La Unión Europea y las AA. PP. son reacias a afrontar esta nueva situación, aceptando la existencia y aplicación de los algoritmos sin entrar a imponer ningún tipo de restricción más allá de lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, transpuesta al derecho nacional mediante la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante Reglamento y LOPDGDD, respectivamente). En el artículo 22 del Reglamento se prevé que los ciudadanos podrán solicitar que no se les aplique el tratamiento automatizado de sus datos, pero ese derecho puede verse limitado si existe una norma jurídica que lo permita.

No existiendo una regulación centrada en el empleo de los algoritmos por las diferentes Administraciones, nos encontramos ante un derecho público que no da respuesta a las circunstancias actuales. La muestra de desidia la encontramos en que el artículo 45 de la LRJPAC preveía que las AA. PP. impulsarían la aplicación de medios electrónicos e infor-

²⁹ Regulación del recurso directo en el artículo 25.1 de la LRJCA (consistente en la impugnación del reglamento para lograr su anulación con base en la vulneración de los límites formales o sustanciales de la potestad reglamentaria, en el plazo de dos meses desde la publicación) y del recurso indirecto en el artículo 26.1 de la LRJCA (atacando al acto de aplicación del reglamento en el plazo de dos meses desde la notificación; es un recurso fundado en la invalidez del reglamento por sus vicios materiales o principio de jerarquía).

³⁰ Lawrence Lessig, abogado y académico especializado en derecho informático, defiende la necesidad de atender al código informático en la misma medida que al jurídico, para poder determinar la actuación de los operadores jurídicos ante el empleo de las TIC en el derecho.

máticos para el desarrollo de su actividad con las limitaciones establecidas legalmente (se daba así la misma cobertura legal tanto a los procedimientos llevados a cabo por los medios tradicionales como a los que empleaban nuevas tecnologías) y la LAE mantenía esta idea de control y publicidad en cuanto al contenido de los programas informáticos empleados. No obstante, el artículo 41.2 de la LRJSP establece como requisitos para las actuaciones administrativas automatizadas establecer el órgano u órganos competentes para definir las especificaciones, la programación, el mantenimiento, la supervisión y el control de calidad, siendo posible la auditoría del sistema de información y el código fuente.

En resumen, la legislación vigente no limita el empleo de algoritmos para la toma de decisiones automatizadas por la Administración Pública, puesto que en el artículo 22.2 b) del Reglamento se establece que la autorización de la normativa de la Unión o de los Estados miembros es suficiente para obligar al interesado a ser objeto de la toma de decisiones automatizadas.

La consecuencia del actual ordenamiento es que se desconoce el contenido y funcionamiento de los algoritmos empleados por la Administración, además de la aplicación coercitiva por la Administración a los ciudadanos de las decisiones tomadas automáticamente. La solución más sencilla ante esta situación sería mantener la regulación recogida en el artículo 45 de la derogada LRJPAC para los casos donde los algoritmos actúen como reglamentos, predeterminando las decisiones administrativas, debiéndose aplicar las garantías tradicionales adaptadas al nuevo método de toma de decisiones³¹. Los algoritmos instrumentales quedarían fuera de este control³², puesto que no tienen capacidad de influir en la toma de decisiones.

Con la progresiva implementación de los algoritmos en la toma de decisiones administrativas es necesario trasladar las garantías mínimas exigidas por un Estado de derecho. En primer lugar, garantizar que el proceso de elaboración del código fuente se desenvuelve mediante las pautas de los artículos 127 y siguientes de la LP^aC reguladores de la iniciativa legislativa³³ y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones. La razón de ser de esta garantía reside en asegurar una producción normativa de calidad técnica que

³¹ No se puede olvidar los algoritmos empleados para valorar y ponderar, a efectos de control, inspección o prevención, por ejemplo, en el ámbito tributario, pues determinan de manera automática acerca de la aplicación de los derechos recogidos en su normativa propia.

³² Se requiere de la determinación y control de categorización de los algoritmos en instrumentales o discrecionales.

³³ Exigencia recogida en el artículo 133 de la LPAC, por la que, con carácter previo a la elaboración de un proyecto o anteproyecto de ley o reglamento, se sustanciaría una consulta pública en el portal web de la Administración competente; además si la norma afecta a derechos e intereses legítimos, se publicará el texto en el portal web para dar audiencia a los ciudadanos y organizaciones representativas de los mismos.

provea de seguridad jurídica³⁴ a los derechos de los administrados, y permita el control del funcionamiento de los sistemas automatizados, además de compeler a la Administración a emitir una valoración *ex ante* de su necesidad e idoneidad, y *ex post* de la evaluación de los resultados obtenidos, además del porqué de las operaciones que conforman el código fuente.

En la regulación actual (art. 41.2 LRJSP) los requisitos se limitan a dar publicidad del órgano competente para la programación, mantenimiento, supervisión y control del órgano responsable para promover una impugnación, medida que sería suficientemente válida para casos de automatizaciones administrativas instrumentales, pero, tal y como se detallará en el apartado cuarto de este trabajo, la Administración pública emplea algoritmos para la toma de decisiones discrecionales.

La disparidad entre los derechos en la regulación de la potestad legislativa y de la automatización administrativa nos lleva a poner en el punto de mira la parca protección del administrado cuando se emplean algoritmos que despliegan efectos directos sobre los mismos. Por ello, es preciso insistir en la necesidad de control y seguridad jurídico-informática tras la aprobación del código fuente, que solamente podrá llevarse a cabo con la publicación del mismo –entendiendo como efectiva la publicación, de modo que sea lo más sencilla posible dentro de la dificultad que entraña la configuración del algoritmo para alguien lego en la materia–, y limitar a casos excepcionales la negativa de acceso a dicho código fuente en original, no habiendo lugar a la posibilidad de alegar secreto empresarial³⁵, pues supondría privatizar el derecho público.

Insistimos nuevamente en la garantía de legitimar a los ciudadanos para impugnar la decisión administrativa automatizada, además de la impugnación directa del algoritmo.

Estas garantías no se prevén en nuestro ordenamiento y son muchas las voces que tienden a enmudecer las críticas a esta insuficiencia normativa. La mayoría se centra en que la propiedad del algoritmo es de la empresa privada y que la Administración solamente dispone de la licencia de uso, no pudiendo permitir su acceso a la ciudadanía. Esta justificación

³⁴ En el artículo 7 de la LTBG se establece la obligación de las AA. PP. de publicar los proyectos de reglamentos cuya iniciativa corresponda, las memorias e informes de los expedientes de elaboración de textos normativos y determinados documentos que deban ser sometidos a periodo de información pública durante su tramitación.

³⁵ Si bien se recoge en el artículo 14.1 j) de la LTBG como límite al derecho de acceso el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, no se recoge el secreto empresarial, que es el que protege a los algoritmos. Son secreto empresarial en tanto se trata de conocimientos técnicos (*know-how*) que se quieren mantener de manera confidencial, y que a diferencia de las patentes y otros derechos de propiedad industrial donde la inscripción en un registro –y consiguiente publicidad de este– resulta necesaria para que nazca el derecho.

es la dada por la Administración en el caso que se analiza en profundidad en el apartado cuarto de este trabajo, donde se aplica un algoritmo para la determinación de los beneficiarios del bono social eléctrico³⁶.

Otra argumentación es que los algoritmos son un mecanismo meramente instrumental no equiparable a un reglamento, dado que el algoritmo se emplea a modo de apoyo y no como elemento decisivo, cuando, realmente, en algunos casos sí que está llevando a cabo tal función. También se alegan motivos económicos, pues supondría un esfuerzo –económico y de medios– para la Administración la creación de sus propios algoritmos, en lugar de obtener licencias de uso de empresas privadas.

También se aduce a la inutilidad de su publicación por la complejidad que entraña el código fuente, y otras voces dicen que su publicación, a pesar de ser compleja para la mayoría de las personas, podría facilitar la infracción de la norma para otras. Además de la complejidad, se habla de la dificultad del proceso de creación del reglamento, al tener que enfrentarse a la participación ciudadana y a la información pública.

En respuesta a estas críticas no cabe alegar una instrumentalidad de los algoritmos, pues la toma de decisiones administrativas debe ser motivada, no pudiendo admitirse motivaciones de índole «no/sí concurren los requisitos» para determinar su admisión o denegación sin entrar a motivar concretamente qué determina el sentido de una resolución. En cuanto a las críticas a los costes, se debe ponderar el valor de las garantías y los derechos de los ciudadanos con el del algoritmo; la muestra más clara de que tal protección tiene un alto coste es la Administración de Justicia³⁷.

En cuanto a la imposibilidad de la Administración de competir con el sector privado en las TIC, si bien es cierta tal premisa, también lo es que la Administración, para la práctica del procedimiento administrativo, no precisa de la tecnología más avanzada, dado que la automatización está sustituyendo a la labor más elemental o mecánica de los empleados públicos.

Centrándonos en la complejidad del código fuente, existen en el ordenamiento jurídico numerosos ejemplos de normativa reguladora de sectores concretos, como el de la energía eléctrica, en los que la media de los operadores jurídicos y ciudadanos no alcanzan a comprender los preceptos más técnicos. Situación que se solventa acudiendo a expertos en la materia, al igual que se hace en los procesos judiciales cuando se solicita un perito médico

³⁶ El bono social es un mecanismo iniciado en 2009 y creado por el Gobierno para proteger a los consumidores vulnerables, de acuerdo con el artículo 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico.

³⁷ El gasto del Estado en Justicia ascendió en el año 2018 a 1.926,6 millones de euros. (Fuente: Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos).

o informático. Y, finalmente, en cuanto a la promoción de la infracción de la norma, volvemos a la crítica sobre la complejidad y la consiguiente dificultad para comprenderlo por la mayoría de ciudadanos, indicando que la publicidad no implica fraude de ley o incumplimiento: conocer la norma también puede llevar a su respeto y acatamiento.

Finalmente, una última reflexión sobre la solución *algoritmo-reglamento* planteada como forma de acatar y finalizar con la opacidad existente hasta el momento en la toma de decisiones automatizadas por las AA. PP.: proveer de visibilidad al algoritmo mediante la adopción de este de la naturaleza jurídica de reglamento, tanto en contenido como en efectos que pueda desplegar, es una muestra de las garantías de un Estado de derecho. Tradicionalmente los juristas se encargaron de la función de análisis de la normativa, sin embargo, ante los avances en las TIC, esta función precisa de la colaboración de profesionales especializados para lograr una sinergia entre las diferentes ramas de conocimiento, de modo que los ciudadanos puedan disfrutar de una Administración pública transparente, basada en los principios de legalidad y buen gobierno que la rigen, logrando así la tan deseada *transparencia algorítmica*.

3. El principio de transparencia

El artículo 3.1 c) de la LRJSP versa sobre este principio en el ámbito de la actuación administrativa, relacionándolo con el principio de participación y objetividad (Blasco *et al.* 2017, pp. 91-92). Si bien la transparencia no está recogida formalmente en el texto constitucional, sí se recoge el deber de los poderes públicos de fomentar la participación de todos los ciudadanos en la vida política (art. 9.2 CE) y el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. De la vinculación entre transparencia y participación surge el fundamento democrático del deber de los ciudadanos de estar informados para poder llevar a cabo dicha participación. La transparencia administrativa supone por tanto un instrumento de control de la actividad de la Administración pública, que debe servir con objetividad a los intereses generales, como exige el artículo 103 de la CE.

El principio de transparencia obliga a las Administraciones y entidades públicas a dar a conocer periódicamente los datos más relevantes de su actividad, así como a facilitar a las personas el acceso a la información pública contenida en los documentos y archivos custodiados por las mismas.

En el ámbito estatal contamos con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTBG), que es la encargada de reforzar la transparencia en la actividad pública, y se articula en tres vertientes: mediante la obligación de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas, el reconocimiento y garante del acceso a la información –como derecho amplio en el ámbito subjetivo y objetivo–, y el establecimiento de las obligaciones de buen gobierno que

deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.

La competencia para dictar resoluciones para adoptar el cese de posibles incumplimientos y el inicio de las actuaciones disciplinarias es del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante CTBG). Las resoluciones de este consejo pueden ser recurridas en vía judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los mecanismos de transparencia y de buen gobierno funcionan como contrapesos que garantizan la protección de la ciudadanía ante las hipotéticas arbitrariedades del poder público. Una opinión pública informada contribuye a definir una participación pública respetuosa con el interés general. Es por esto que se incentiva y facilita el acceso a la información administrativa aprovechando el desarrollo de las nuevas tecnologías como canales de transmisión y de difusión.

3.1. Derecho del ciudadano y deber de la Administración

El principio de transparencia se articula en la LPAC (arts. 13, 71, 129 y 132), en la LRJSP (arts. 3, 38, 81 y 112) y en la LTBG (arts. 1, 5, 9, 10, 11, 18, 24, 26 y 33 a 40), entre otras normas.

La transparencia de la actividad pública se articula en una serie de garantías que tienen los administrados centradas en el acceso a la información pública, los archivos, registros y sedes electrónicas, en la actuación administrativa, en el procedimiento administrativo, en la potestad legislativa y reglamentaria con audiencia pública, y en la publicación de la información sobre el funcionamiento y control de la actividad pública cuyo conocimiento sea relevante.

El principio de transparencia se exterioriza en el Portal de Transparencia³⁸ y los demás portales creados por las diferentes AA. PP., y se controla mediante el CTBG³⁹. La actividad de las AA. PP. se realiza mediante tramitación electrónica y el empleo de los registros electrónicos generales, cuenta con un funcionamiento interno basado en los principios de transparencia, publicidad, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibili-

³⁸ Web del Ministerio de Política Territorial y Función Pública donde se publica información de las organizaciones administrativas, información sobre el Gobierno Abierto y la demás información requerida por la LTBG.

³⁹ Es un organismo público independiente, encargado de promover la transparencia de la actividad pública, de velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizando la observancia de las disposiciones de buen gobierno. Resuelve las reclamaciones potestativas en materia de acceso.

dad, neutralidad e interoperabilidad⁴⁰. Las Administraciones deben publicar y actualizar en su portal los procedimientos de su competencia, y asegurar al administrado el conocimiento del estado de tramitación del procedimiento⁴¹ que le afecte, así como obtener copias de los documentos y los expedientes.

Ante la solicitud de un ciudadano de información contestada por la Administración pública de modo desfavorable –denegando el acceso o por silencio– o no estando de acuerdo con la información aportada, por ejemplo, por no ser la solicitada concretamente o considerarla insuficiente, el requirente puede presentar una reclamación ante el CTBG⁴². Si la respuesta del Consejo es favorable, requerirá al organismo correspondiente la información para entregar, imponiéndole un plazo para hacerlo; si la Administración no está de acuerdo con la resolución, deberá interponer un recurso contencioso-administrativo.

Por desgracia, la realidad es que el CTBG no cuenta con capacidad ejecutiva, lo que dificulta el cumplimiento de sus resoluciones, obligando al interesado a requerir por escrito a la Administración para que cumpla con lo establecido en la resolución. En el caso de persistir en su negativa, el interesado podrá interponer un recurso contra la inactividad⁴³ de la Administración.

La Administración, en su deber de transparencia, para el tema de estudio de este trabajo, debería publicar el contenido de los algoritmos que emplea en la toma de decisiones administrativas, sea o no la propietaria de estos. Su conocimiento por los ciudadanos permitirá comprobar si son idóneos para el objetivo para el que fueron creados o adquiridos, además de permitir recurrirlos ante posibles irregularidades que puedan derivarse de su aplicación.

Partiendo de la tesis de un cumplimiento pleno del principio de transparencia se plantean supuestos donde la normativa debería ser modificada. Así sucede con el expediente administrativo, regulado en el artículo 70.4 de la LPAC, puesto que los algoritmos que toman decisiones discrecionales debieran constar en el mismo, pues la decisión administrativa viene determinada o influenciada por el resultado obtenido con el algoritmo.

Dado que la configuración de algunos algoritmos empleados por las AA. PP. determinan consecuencias jurídicas para el interesado, este debe conocer tales consecuencias de

⁴⁰ El Esquema Nacional de Interoperabilidad (ENI) y el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) son las dos herramientas que garantizan la interoperabilidad en las condiciones adecuadas.

⁴¹ Toda la serie documental de un procedimiento debe constar en el archivo electrónico único que da fe de la autenticidad de la misma, al tiempo que asegura su confidencialidad.

⁴² La cifra de solicitudes de información pública presentadas en 2018 fue de 5.944. (Fuente: *Memoria 2018 del Consejo de Transparencia e Bo Gobierno*, p. 115).

⁴³ Artículo 29 de la LRJCA.

antemano. La *transparencia algorítmica* no solo es útil para el interesado, puesto que los errores cometidos por el algoritmo también pueden ir en contra de los intereses de la Administración. Imaginémoslo el caso de un algoritmo que concede ayudas económicas a personas que no cumplen con los requisitos necesarios, eso comportaría un detrimento para la partida presupuestaria de la Administración.

Complementando el principio de transparencia encontramos el principio de buena regulación, previsto en el artículo 129 de la LPAC, y el principio de buena administración, que actúan como límite a la discrecionalidad de las AA. PP., tal y como ya venía exponiendo el profesor Ponce Solé (2016) y se reafirma por el Tribunal Supremo⁴⁴. La buena regulación supone que la iniciativa legislativa y reglamentaria, así como las modificaciones de la normativa existente, deben realizarse bajo los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia. Si un algoritmo modifica o complementa a una norma jurídica, el principio de buena regulación obliga también, en el mismo sentido que el de transparencia, a la Administración a hacerlo público.

Para finalizar, y como dato ejemplificativo, la Memoria del cumplimiento de la LTBG⁴⁵ y de las actividades durante el ejercicio 2018 del CTBG⁴⁶ contiene en su penúltimo párrafo un gasto de 287.159,46 euros en recursos judiciales, siendo la mayoría de los recursos presentados contra sus resoluciones realizados por las AA. PP. –tendencia que continuó en el año 2019 tal y como consta en la memoria de dicho ejercicio⁴⁷, dato que muestra la tentativa de la Administración de limitar el acceso a la información por la ciudadanía.

3.2. Problemática algoritmo-transparencia

El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos recogido en el artículo 105 b) del CE constituye una manifestación del principio de transparencia

⁴⁴ STS núm. 1853/2019, de 18 de diciembre, rec. núm. 4442/2018 (NFJ075744), en su FJ 9.º fija doctrina:

Del derecho a una buena Administración pública derivan una serie de derechos de los ciudadanos con plasmación efectiva. No se trata, por tanto, de una mera fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas, de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles, entre los que se encuentran, desde luego, el derecho a la tutela administrativa efectiva y, en lo que ahora interesa sobre todo, a una resolución administrativa en plazo razonable.

⁴⁵ BOE núm. 288, de 30 de noviembre de 2019, sec. III, p. 131882.

⁴⁶ El CTBG litiga contra particulares, empresas o entidades autonómicas y locales, asistido por la Abogacía del Estado, pero cuando la litis es contra entidades públicas estatales, debe recurrir a la contratación de abogado y procurador propios, dado que en el caso de ser asistido por la Abogacía del Estado incurriría en un conflicto de intereses.

⁴⁷ BOE núm. 37, 12 de febrero de 2021, sec. III, p. 16469.

administrativa, que, junto a otros, integra el contenido de uno de los derechos denominados de *última generación*, comprendido en el artículo 41 de la CDFUE, referente al derecho a una buena administración.

De entre los instrumentos que permiten hacer efectivas las garantías del ciudadano frente al ejercicio de las prerrogativas de la Administración, destacamos el derecho de acceso a los archivos y registros como manifestaciones del principio de transparencia⁴⁸.

Por otro lado, la LTBG (art.13) y la LPAC (art. 13.d)) concretan este derecho, entendiéndose que los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros consistentes en contenidos y documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos⁴⁹ y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones. El código fuente consiste en un archivo que, sin importar el formato, obra en poder de una Administración pública, y que pudo ser elaborado o adquirido por la misma para el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, el caso Bosco que analizaremos en el siguiente apartado.

Por una parte, la eficacia y control de la actuación administrativa se revela en la posición del interesado en relación con su derecho a conocer en cada momento el estado de tramitación del procedimiento del que está siendo objeto, y por otra parte, de manera más general, sobre el derecho de los ciudadanos a ser informados acerca del funcionamiento de la Administración pública. Concretamente, la LPAC (art. 56) permite conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos a sus interesados, el sentido del silencio administrativo, el órgano competente y los actos de trámite dictados, así como obtener copias de los documentos que lo forman, y además el derecho de acceso a los registros y archivos de las AA. PP. en los términos de la LTBG.

Este derecho de acceso se desenvuelve distinguiendo el ámbito subjetivo y el objetivo. En cuanto al primero, nos referimos a la información pública, archivos y registros administrativos de las diferentes AA. PP. territoriales y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las anteriores cuando ejerzan funciones administrativas. El ámbito objetivo comprende los registros y documentos que forman parte de un expediente administrativo, sin importar la forma de expresión o soporte, siempre que se correspondan con procedi-

⁴⁸ La STS de 14 de noviembre de 2000 (rec. núm. 4618/1996) en su FJ 5.º se pronuncia al respecto de este derecho de tercera generación, reconocido en la CE, y que no precisa de desarrollo legislativo, aunque se haya llevado a cabo por el artículo 37 de la LRJPAC (actual art. 13.d LPAC). Este derecho exige que sea efectivo a los intereses de los particulares, superando las limitaciones derivadas de su posición de inferioridad material frente a los poderes públicos, sin más limitación que las constitucionales de seguridad y defensa del Estado, la averiguación de delitos y la intimidad de las personas, y las generales del procedimiento y de los principios de proporcionalidad, racionalidad y buena fe.

⁴⁹ Se encuentran regulados en los artículos 2 a 4 de la LTBG.

mientos acabados a la fecha de la solicitud. En resumen, el acceso abarca el acceso directo a los documentos en cuestión como a las copias y certificados.

El derecho de acceso se le reconoce a quien tiene capacidad de obrar ante las AA. PP.⁵⁰, y existen materias excluidas; ya en el marco de la CE se establece como límite las que afectan a la seguridad y defensa del Estado, a la investigación de delitos y a la intimidad de las personas. La LTBG excluye las materias que puedan suponer un perjuicio a la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de ilícitos –penales, administrativos y disciplinarios–, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, la garantía de confidencialidad o secreto requerido en procesos de toma de decisión, y, finalmente, la protección del medio ambiente. A estas se suman los límites del derecho de acceso cuando la información contenga datos personales de especial protección, de acuerdo con la LOPDGDD. La aplicación de los límites deberá justificarse y ajustarse al principio de proporcionalidad, permitiéndose el acceso parcial cuando los límites no afecten a la totalidad de la información.

En el ámbito del procedimiento administrativo, una clara muestra del principio de transparencia se evidencia en la motivación de los actos administrativos establecida en el artículo 35 de la LPAC⁵¹. Este aspecto es muy relevante cuando la toma de decisiones automatizada se basa en el empleo de algoritmos, pues dependiendo de cómo se exponga el resultado de su aplicación podrá o no considerarse motivado. Por ejemplo, puede darse una respuesta basada en un número que identifica la falta de aportación de un documento necesario o darse una respuesta, también desestimatoria, pero en la que solamente conste la no concurrencia de los requisitos, sin concretar cuál. En el primer ejemplo el interesado puede recurrir dicha resolución alegando la aportación de dicha documentación, por el contrario, el interesado del segundo caso no conoce cuál o cuáles de los múltiples requisitos fue el que le llevó a la resolución desestimatoria.

Existen algunas reglas específicas sobre la motivación en el ámbito de la actuación administrativa (Menéndez Sebastián 2017, pp. 77-81) automatizada referentes a la necesidad

⁵⁰ Artículo 3 de la LPAC.

⁵¹ STS 1413/2017, de 21 de septiembre (rec. núm. 2446/2015) FJ 3.º séptimo, que se refiere a la exigencia de motivación como un elemento común a las diferentes manifestaciones del ejercicio de poder, aunque con las lógicas matizaciones y dentro de su respectivo régimen jurídico. La exigencia más intensa se precisa en los tribunales, pues las Administraciones limitan esa exigencia al artículo 35 de la LPAC, y sin olvidar la posibilidad del silencio; y en caso de normas, ya sean con rango legal o reglamentario, conforme a la doctrina jurisprudencial y constitucional que modula la sujeción del ejercicio de poder normativo a la exigencia de interdicción a la arbitrariedad (art. 9.3 CE).

de establecimiento de condiciones previas y de ajuste a la situación jurídica. El sentido de la motivación requiere que el interesado conozca cómo es y qué dio base a la decisión, la necesidad del establecimiento de condiciones previas y el ajuste a la situación jurídica, conociendo también los parámetros que se introdujeron en el sistema a tales efectos; dado que se ejerció una discrecionalidad mediante la parametrización previa del algoritmo, se trata de lo que se conoce como *motivación parametrizada*. En estos casos la motivación consiste en el diseño de los parámetros que determinan el código fuente.

El interesado tiene que poder conocer el programa, algoritmo, fórmula, especificaciones o instrucciones dadas a la aplicación para que tras su empleo dicte un acto discrecional. Este derecho a conocer, concretando el algoritmo, puede darse *ex ante* o *ex post*, puesto que si no se permite el acceso al mismo, se genera indefensión y el acto adolecería de un vicio de nulidad o anulabilidad, al no poder corroborarse si el acto es acorde a la legalidad.

En el caso de la Administración de Justicia se emplea la predictividad, además de algoritmos. Esto significa la aplicación de técnicas *big data* para analizar los resultados de casos previos, y con toda esa información obtener una solución potencial. En este caso, el resultado alcanzado no determina la resolución de la controversia que debe adoptar el órgano judicial, es meramente orientativo, motivo por el cual puede aceptarse al órgano judicial la falta de publicación del algoritmo empleado, además de que las sentencias y autos siempre deben estar motivados, por lo que tampoco cabría una resolución en la que no constase la fundamentación que da lugar al fallo.

A veces, la problemática sobre la motivación o no de determinado acto administrativo deriva de determinar si el algoritmo realmente sustituye el proceso mental del funcionario a la hora de tomar la decisión, y si cabría la posibilidad de tomar dicha decisión como válida, o si, por el contrario, y como acostumbra a alegar la Administración, se trata de un uso instrumental del algoritmo.

Otra problemática en la dicotomía algoritmo-transparencia reside en que los ciudadanos no pueden conocer si el algoritmo está elaborado por la Administración o si fue elaborado por el sector privado. En caso de ser propiedad de la Administración, esta puede alegar que no es público con base en los motivos ya descritos. Aun así, nos encontramos ante un código fuente que, a pesar de ser un derecho inmaterial, actúa en el ámbito del derecho público ejerciendo facultades de la Administración pública, por lo que debe priorizarse el interés general sobre el particular, en especial cuando ese derecho *particular de propiedad* se refiere a la Administración pública como organismo del Estado.

La efectiva transparencia del algoritmo pasaría por su publicación en el boletín oficial correspondiente, tal y como sucede con el resto de normativa, para que pueda desplegar los respectivos efectos. Esta afirmación viene íntimamente relacionada con la tesis propuesta sobre la naturaleza jurídica del algoritmo como reglamento, que tal y como se viene exponiendo a lo largo de este trabajo, podría ser la solución que aporte mayores garantías y en-

caje con la normativa vigente al respecto. De este modo, en el caso de constatarse algún error o sesgo se podría atacar el algoritmo por la vía del recurso directo e indirecto, permitiendo corregir el algoritmo en aras de un buen funcionamiento del ordenamiento jurídico.

El Estado y la Administración pública deben facilitar el progreso y disponer de las herramientas adecuadas, no solo refiriéndonos a la aplicación de los algoritmos para la toma de decisiones administrativas, sino también para la sanidad, el transporte o la seguridad nacional. Las AA. PP. tienen la competencia en la gestión de estos servicios públicos y también la facultad legislativa –reglamentos–, por lo que la implementación del empleo de los algoritmos debe traer consigo la correspondiente regulación y publicación.

4. Casuística del empleo de algoritmos

La regulación de los ciudadanos mediante el empleo de un código fuente es cada día más habitual en diferentes ámbitos. Podemos nombrar el uso de los algoritmos por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para realizar controles de denuncias falsas ante la policía mediante el denominado VeriPol⁵², el sistema VioGén⁵³ de seguimiento integral en los casos de violencia de género, cuya finalidad es ofrecer una rápida protección a las víctimas, la aplicación RisCanvi⁵⁴ para evaluar el riesgo de reincidencia de la población penitenciaria en delitos violentos en Cataluña. Incluso el Ministerio del Interior instaló un algoritmo creado por un estudiante para rastrear los tuits y determinar el odio en las redes sociales. En el ámbito de la sanidad nos encontramos con una tecnología denominada Savana⁵⁵, que aprovecha los datos del historial clínico de los pacientes para evaluar los tratamientos, investigar mejores prácticas y realizar predicciones de riesgo, y en el ámbito de la educación podemos citar que la Comunidad de Madrid, en el curso 2018-2019 comenzó a emplear el Sistema Integral de Gestión Educativa mediante la aplicación Raíces⁵⁶, que em-

⁵² Esta herramienta emplea el texto de la denuncia extrayendo características útiles, que se pasan a un modelo matemático encargado de determinar la probabilidad de falsedad de la denuncia por robo con violencia e intimidación o tirón. (Fuente: https://www.policia.es/prensa/20181027_1.html).

⁵³ Los objetivos de este sistema son integrar la información de interés, predecir el riesgo y efectuar una labor de protección emitiendo avisos mediante un subsistema de notificaciones automatizadas. Dentro de este sistema se encuentra el VPR (valoración policial del riesgo), que determina si el riesgo de violencia denunciado es: no apreciado, bajo, medio, alto o extremo. (Fuente: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/sistema-viogen>).

⁵⁴ Herramienta creada en similitud con la aplicación Oays (empleada en Reino Unido) para establecer un sistema de evaluación del riesgo para mejorar la intervención y el tratamiento de los internos. (Fuente: <https://govern.cat/salaprensa/notes-premsa/85718/justicia-inicia-aplicacio-una-eina-que-avalua-risc-reincidencia-tota-poblacio-penitenciaria>).

⁵⁵ Se trata de un sistema que traduce el lenguaje natural transformándolo en datos.

⁵⁶ <http://www.feccoo-madrid.org/615f2f59d3753cfa6d9d5e2b81127858000063.pdf>

plea un algoritmo para la designación de vacantes y para la adjudicación de las plazas. Y como último ejemplo, hablamos de Satan (Sistema de Alertas Tempranas Anticorrupción)⁵⁷, diseñado para buscar dentro de los datos públicos de las instituciones públicas indicios de irregularidades con la finalidad de poner en aviso a los inspectores correspondientes.

En el ámbito de la Unión Europea, se creó por la Comisión Europea una herramienta informática conocida como Arachne, cuya función es ayudar a las autoridades de gestión en los controles administrativos y de gestión llevados a cabo en el ámbito de los fondos estructurales (Fondo Social Europeo y Fondo Europeo de Desarrollo Regional), y con base en el artículo 325 del TFUE, para la prevención y detección del fraude –evaluando las conductas de los receptores de fondos–. Esta aplicación es empleada por los Estados miembros mediante cesión gratuita.

De momento, no son muchos los litigios en los que esté presente el empleo de algoritmos y que hayan sido llevados ante la justicia. Encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1608/2018, de 13 de noviembre (rec. núm. 4923/2016), en el FJ tercero, el reconocimiento por el tribunal de un error en la formulación del algoritmo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que determinaba el tipo de estaciones eléctricas para la aplicación de la Orden IET/980/2016, encargada de regular cuándo las empresas de distribución debían o no hacer frente al pago de la retribución de distribución de energía eléctrica. El error del algoritmo residía en que debía determinar si se encontraba ante subestaciones o centros de transformación (CT), y dado que una subestación concreta constaba con el nombre de *CT_Cádiz*, siendo una subestación, el algoritmo la clasificó erróneamente como CT.

También se reconoce por parte del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en su Sentencia núm. 741/2017, de 3 de mayo (rec. núm. 2608/2014), en el voto particular, apartado 4.º, emitido por el Excmo. Sr. Magistrado D. Ángel Ramón Arozameña Laso, que:

En otro orden de cosas, frente a los argumentos ya utilizados por la Administración, sobre que la obligación de continua referencia es la «... única forma de garantizar la calidad y fiabilidad de esta información ...» y que «Supuestamente Telefónica respeta la definición que la CMT realizó de estos parámetros de calidad, pero los procedimientos y algoritmos concretos que Telefónica utiliza no son públicos, no siendo facilitados en ningún caso a esta Comisión, que se ve por tanto incapaz de aseverar su validez», es lo cierto que TESAU habría cumplido en todo momento con los requerimientos de información periódicos impuestos por el Regulador,

⁵⁷ Sistema realizado por un equipo de la Universidad de Valencia en colaboración con la Generalitat Valenciana; se prevé que pueda ser exportado a otras comunidades autónomas (es conocido como Saler). (Fuente: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-10-22/algoritmo-anticorrupcion-valencia-satan_1632428/).

por lo que cualquier duda o recelo respecto a los mismos no puede ser objeto del presente recurso de casación, sino que el Regulador deberá abrir el correspondiente expediente para verificar el cumplimiento por parte de TESAU de tales indicadores de calidad.

Se reconoce así que la empresa privada emplea algoritmos secretos y que la inactividad de la Administración y el secreto empresarial determinan que no se conozca el código fuente, y por tanto, se insta a la Administración a la apertura del correspondiente expediente para conocer si el algoritmo cumple los requisitos de validez de la plataforma NEON⁵⁸.

El número de aplicaciones no para de crecer, al tiempo que el número de casos en los que los algoritmos cometen errores también se incrementa. En este trabajo nos centraremos en analizar un caso que se encuentra actualmente en vía jurisdiccional⁵⁹. Se trata de una impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa ante la denegación de acceso a la información pública que tenía como base la mala aplicación del sistema automatizado de adjudicación del bono social eléctrico⁶⁰.

Siguiendo una línea temporal, nos remontamos al año 2017, cuando comienzan los cambios legislativos referentes al acceso de los ciudadanos al bono social y que, mediante real decreto⁶¹, se incluya la implementación de una aplicación telemática que permite determinar cuáles de los solicitantes de la ayuda cumplen los requisitos. Dicha aplicación emplea un algoritmo denominado Bosco, creado por la Administración y entregado por el Gobierno a las compañías suministradoras de electricidad⁶² para que fuesen las encargadas de la comprobación de los datos.

De manera resumida, podemos decir que los sujetos que tenían derecho al bono social eran los pensionistas mayores de 60 años con pensión mínima, las familias numerosas, los

⁵⁸ La plataforma NEON (Nuevo Entorno para Operadores Nacionales) se emplea para conocer datos de calidad del par de cobre de un abonado, gestionar averías en líneas telefónicas, realizar solicitudes de desagregación en bucle, etc., esto significa que es el canal primario de comunicación entre operadores que soliciten ofertas mayoristas a Telefónica.

⁵⁹ En fase de escrito de conclusiones.

⁶⁰ <https://civio.es/acceso-a-bono-social/>

⁶¹ El 7 de octubre de 2017 se publicó en el BOE el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura de consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica. En su disposición transitoria segunda se regula la implementación de la aplicación telemática que permite comprobar qué solicitantes del bono social cumplen con los requisitos (Bosco).

⁶² El 17 de noviembre de 2017 se publica en el BOE la Resolución de 15 de noviembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se pone en marcha la aplicación telemática que permite al comercializador de referencia comprobar que el solicitante del bono social cumple los requisitos para ser considerado consumidor vulnerable.

pensionistas con pensión mínima por jubilación o incapacidad permanente –excluyendo a las pensiones de viudedad y las no contributivas, que accederían al bono por la vía de los ingresos– y las personas o familias con ingresos bajos.

En 2018, tras la solicitud de las ayudas comenzaron a notificarse resoluciones que en algunos casos eran desestimatorias, a pesar de concurrir en los solicitantes los requisitos necesarios para ser beneficiarios. Para contextualizar, vamos a explicar casos en los que se detectó un error del algoritmo. En primer lugar, un pensionista que a la hora de cubrir la información marcó la casilla correspondiente a los pensionistas, pero al constar que tenía otra fuente de ingresos, le fue denegado el bono, a pesar de que por la vía de la cuantía de la renta le correspondía ser beneficiario; es decir, el algoritmo no comprobó las diferentes posibilidades de acceso al bono, comprobó una de las vías y resolvió con base en esta. En el caso de las familias numerosas, si alguno de los miembros de la unidad familiar no permitía el acceso a la comprobación de su renta, obtenían una desestimación, aunque la adjudicación a las familias numerosas es automática; de hecho, no es precisa la comprobación de la capacidad económica de ninguno de sus miembros.

El 17 de septiembre de 2018, la Fundación Ciudadana Civio, amparada en la LTBG, planteó una petición de información al Ministerio para la Transición Ecológica con el fin de obtener acceso al código fuente Bosco, que fue denegada por la Administración, escudándose en la protección de los datos personales de los solicitantes y en la excepción del artículo 14.1 j) de la LTBG, que limita el derecho de acceso cuando suponga un perjuicio para la propiedad intelectual⁶³, a pesar de que, como ya referimos en la introducción a los algoritmos, son secreto empresarial⁶⁴.

Posteriormente se realizó la solicitud ante el CTBG, que dictó la Resolución 701/2018⁶⁵, estimando parcialmente la reclamación, aduciendo que el acceso a las especificaciones técnicas no implica acceder a los datos personales, instando al Ministerio para la Transición Ecológica a que remitiera todo lo solicitado en un inicio con la excepción del código fuente.

⁶³ El artículo 308.1 de la LCSP establece que, excepto que se disponga en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión a la Administración contratante.

⁶⁴ Dado que el código fue creado por la Administración, no cabe alegar propiedad industrial. Incluso no habiendo creado el código, se trata de una aplicación *ad hoc*, no comercial, sufragada con el dinero público para un fin público, no afectado por la seguridad nacional ni la protección de datos. (Fuente: Padilla Ruiz (2019a y b), doctor en Derecho y técnico de la Administración general). De hecho, la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial ha publicado el código fuente de la aplicación de rastreo Radar Covid en septiembre de 2020, si bien no se ha publicado el histórico de la aplicación con el progreso completo, por lo que solamente se conoce cómo es en la actualidad y no cómo ha ido evolucionando.

⁶⁵ Resolución que pone fin a la vía administrativa, recurrible ante los juzgados centrales de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, conforme a lo previsto en el artículo 9.1 c) de la LRJCA.

La negativa al acceso al código fuente llevó a la Fundación Civio a interponer un recurso contencioso-administrativo el 20 de junio de 2019, constando en su demanda la siguiente afirmación:

Esta parte sostiene que, cuando el código fuente de un programa informático es ley, porque mediante su ejecución se generan derechos y obligaciones, el ciudadano tiene tanto derecho a inspeccionar su funcionamiento como lo tiene con respecto a cualquier otra norma jurídica.

Ratificando así la tesis planteada sobre la naturaleza jurídica del algoritmo desarrollada en este trabajo, entendiendo la referencia a la ley en un sentido amplio de texto normativo donde entran los reglamentos. Concretamente con Bosco observamos como es el algoritmo quien determina el contenido del acto administrativo, otorgando o denegando el bono social.

En el recurso interpuesto se solicita la anulación contra la Resolución del CTBG relativa a la solicitud de acceso a la información pública –reconocido en los arts. 12 y ss. LTBG– por el procedimiento regulado en el artículo 20.5 de la LTBG, y con el mismo se busca conocer la información al completo, y no de manera parcial, como se reconocía en la resolución, en cualquier formato, que esté en poder de la Administración y elaborada en el ejercicio de sus funciones, que permita auditar el funcionamiento de la toma de decisión automatizada. Mediante la lectura de la regulación del bono social se identifican los criterios bajo los que se actúa, pero no se concreta cómo se determina la idoneidad de cada ciudadano para la concesión del bono. En este sentido la Comisión Europea definió como crucial la búsqueda de la *transparencia algorítmica*, impulsando iniciativas a nivel europeo como el Algorithmic Awareness Building Project para fijar los marcos éticos y legales en el uso de esta tecnología.

Se alega en el recurso la vulneración del artículo 9.3 de la CE, en cuanto que la denegación de acceso al código fuente (caja negra) supone una ruptura del principio de legalidad, puesto que el algoritmo funciona como cualquiera otra norma jurídica. En este sentido el Tribunal Constitucional se pronuncia en una reciente sentencia⁶⁶ ante un problema con la aplicación Lexnet, por la que se rechazaba la tramitación de escritos procesales por un error al cargar los datos del formulario de la plataforma Lexnet, reconociendo el Tribunal Constitucional que la exigencia que daba lugar al incidente fue directamente introducida por los técnicos al programar el contenido del formulario del sistema Lexnet, y no estaba previsto así en la norma. En el caso que estamos analizando no podemos conocer si se está produciendo una situación similar, al negarse el acceso al contenido del algoritmo, privando a los ciudadanos de los principios reconocidos en el artículo 9.3 de la CE.

Así todo, tras el análisis de la entrega por el Ministerio de Transición Ecológica de las funcionalidades del programa, se corroboró un error, puesto que Bosco resuelve siempre

⁶⁶ STC 55/2019, de 6 de mayo, recurso de amparo 1656/2017 (NCJ064053), en su FJ 1.º cuarto c) tercer párrafo.

de alguna de las siguientes formas: concediendo la ayuda, alegando incumplimiento de los requisitos o con la mención «imposibilidad de cálculo». Esta última surge al exigir siempre el cálculo de la renta familiar, requisito no necesario, por ejemplo, en el caso de las familias numerosas; consecuentemente, si alguno de los miembros de la familia no acepta la comprobación de su renta, la respuesta será siempre imposibilidad de cálculo. Las comercializadoras, al recibir esta última resolución del programa, proceden a la denegación de la ayuda sin más alegación que la imposibilidad de cálculo, sin motivar en última instancia la razón de la imposibilidad, y con la consecuente negativa de acceso al código fuente no se puede corroborar si existe o no arbitrariedad en la toma de decisión administrativa.

La actuación del código fuente como norma secreta no es jurídicamente admisible, así lo establece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia sobre petición de cuestión prejudicial, de 10 de marzo de 2009 (NCJ048370), asunto C-345/06⁶⁷.

Para facilitar la comprensión de la base de la demanda se incluye en el escrito una sencilla explicación de cómo funciona el código fuente, y que reproducimos aquí por lo ilustrativo que resulta:

El proceso de transformación de un código fuente en código binario es irreversible por lo siguiente: si por ejemplo el código fuente consiste en la simple suma de $10 + 20 + 30 + 40 + 50$, sabemos que el resultado es 150. Sin embargo, si se nos entrega el número 150 y se nos menciona que es el resultado de una suma, no podemos conocer ni el número de sumandos ni el número representado por cada uno de ellos. De unos sumandos podemos averiguar el resultado, pero de un resultado no podemos averiguar los sumandos. Igual ocurre con el código: sin tener el código fuente es imposible averiguar (salvo en muy excepcionales casos) cómo un programa llegó al resultado de 150 y, más importante, es imposible verificar si el programa ha efectuado correctamente la suma.

De este modo se reitera la necesidad de acceso al código fuente, y la necesidad de expulsar de la actividad normal de la Administración las prácticas en las que se aplica esta tecnología sin motivar las decisiones derivadas de su empleo, y que, consecuentemente, son limitativas de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE.

En cuanto a la negativa a entregar el código respaldándose en los artículos 13 y 31 bis del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (LPI en adelante), decir lo siguiente: en primer

⁶⁷ En el caso se analizaba la lista secreta de artículos prohibidos a bordo de aeronaves, ante lo que el TJUE declaró la imposibilidad de establecer secretas las normas para imponer a las personas de un Estado miembro.

lugar, en relación con el artículo 14.1 j) de la LTBG referente a las limitaciones del derecho de acceso, esta limitación supondría paradójicamente impedir la transparencia y el buen gobierno que la ley promueve. En cuanto a la LPI se prevé que no será precisa la autorización del autor para el correcto desarrollo de los procedimientos administrativos, judiciales y parlamentarios, de modo que una interpretación conjunta de ambas normativas determina que la Administración podría negarse a entregar el código si este fuese propiedad de un tercero, pero no cabe en este caso tal alegación, pues el código fuente pertenece a la Administración, al tiempo que está obligada a motivar sus actos.

Esta batalla judicial presenta múltiples resistencias, tanto organizativas como empresariales, y es la muestra de la inadaptación de la legislación a la revolución tecnológica que se está implantando en los procedimientos administrativos.

5. Defectos y vicios de las actuaciones administrativas automatizadas

La LPAC y la LRJSP tienen por finalidad instaurar de modo preceptivo y generalizado la tramitación electrónica del procedimiento administrativo en nuestro ordenamiento, imponiendo el uso obligatorio de determinadas TIC en la tramitación e instituciones de las AA. PP.

La actuación administrativa automatizada (art. 41.1 LRJSP) consiste en cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración pública en el marco de un procedimiento administrativo y en el que no intervenga de forma directa un empleado público (Gamero y Fernández, 2019, p. 412). Se trata de actos caracterizados por la ausencia del factor humano en su realización, más allá de la competencia y responsabilidad del órgano al que se le imputa, surgiendo así el término *bot administrativo* para referirnos a esos programas y aplicaciones que permiten la realización de este tipo de actuaciones administrativas.

Las actuaciones administrativas automatizadas son una manifestación del principio europeo *digital by default*, que postula la preferencia de la tramitación electrónica y la igualdad de garantías. No se prevén en la normativa estatal límites a la automatización de los trámites, incluso, como ya analizamos, pueden resolver los procedimientos, pero no se debe perder de vista la normativa específica que regula procedimientos como el tributario o el de tráfico y seguridad vial, que es donde la automatización de las actuaciones administrativas es más generalizada.

5.1. La actividad administrativa automatizada

Para una efectiva defensa de los derechos de los ciudadanos se hace necesario conocer las vicisitudes electrónicas que rigen la actividad administrativa automatizada, para poder

justificar jurídica y técnicamente la impugnación del documento o acto administrativo concreto, de modo que a continuación se muestra una pequeña síntesis de los requisitos y posibles consecuencias de su incumplimiento.

Tal y como refiere el profesor investigador Berning Prieto, las TIC permiten a las AA. PP. la implementación de nuevas formas de dictar actos administrativos cumpliendo con lo establecido en el artículo 103.1 de la CE. En estos momentos está paralizada la tramitación del real decreto por el que se desarrollan la LPAC y la LRJSP, en materia de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos⁶⁸, y que establece en su artículo 9 una triple clasificación de las actividades administrativas: serán automatizadas cuando los criterios en los que se fundamente la decisión administrativa puedan ser objeto de tratamiento informatizado en relación con la información del soporte, sin existir intervención directa de un empleado público; serán colectivas cuando el análisis de la información que dé soporte a la decisión permita calificar los expedientes mediante atributos que sirvan de base para que el empleado público pueda realizar la actuación sobre un colectivo de expedientes con atributos comunes; y, finalmente, serán individuales cuando no sea posible analizar informáticamente el contenido de la información que da soporte a la decisión, porque no se puede encuadrar en las demás tipologías o porque la condición del expediente así lo requiera, tomándose la decisión de manera individual.

Por el momento, el artículo 41 de la LRJSP regula la actividad administrativa automatizada, incluyendo cualquier acto o actuación de la Administración pública –desde la AGE hasta los organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las AA. PP.–, siempre que sea realizado íntegramente por medios electrónicos en el seno de un procedimiento administrativo. Las actuaciones administrativas automatizadas deben contar con determinados requisitos, en concreto: la determinación del órgano competente para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión, control y auditoría, y finalmente el órgano responsable a efectos de impugnación⁶⁹.

No debemos perder de vista las exigencias recogidas en el artículo 26.2 de la LPAC referentes a la emisión de documentos electrónicos⁷⁰ administrativos, que contendrán información archivada en un soporte electrónico en un formato susceptible de identificación

⁶⁸ Sometido a información pública hasta el 15 de junio de 2018.

⁶⁹ La LAE preveía expresamente que el programa debía ser aprobado por el órgano responsable a efectos de impugnación. Dicha aprobación actuaba como garantía de que el acto se producía conforme a la legalidad, que, de no ser así, estaría viciado de nulidad, incluso pudiendo apreciarse ausencia de motivación en el caso de basarse en criterios no limitados al empleo de datos para la plasmación documental (Berning, 2019, pp. 256-275).

⁷⁰ Aunque se empleasen indistintamente debe aclararse que, cuando el documento cumpla con los requisitos nombrados debe considerarse correcto, y en el caso contrario, defectuoso, debiendo referirnos a la validez o invalidez como una institución jurídica exclusiva del acto administrativo.

y tratamiento diferenciado, disponer de datos identificativos individualizables y metadatos mínimos exigidos, datos de referencia temporal de su emisión, y firma electrónica salvo en documentos meramente informativos y en los que no formen parte de un expediente administrativo.

La obligación de publicidad de los programas, en aras de la consecución del principio de transparencia y buen gobierno, requiere de la divulgación de las características de los programas y de su programación con el objetivo de permitir al interesado conocer la lógica de generación del acto. Otro punto de interés reside en la auditoría de los sistemas empleados con el fin de determinar el grado de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, permitiendo a los responsables subsanarlos en el caso de surgir deficiencias. Si no se realizan las auditorías, podría determinarse la invalidación del acto administrativo resultante, como sucede en el caso de los controles de alcoholemia mediante los dispositivos autorizados que no presenten la pertinente homologación o certificado de revisión.

Tal y como expone la profesora Menéndez Sebastián (2017, p. 77-108), tanto los requisitos de validez y eficacia como las causas de nulidad y anulabilidad de los documentos y actos administrativos electrónicos no cambian en esencia, pues la diferencia principal radica en los medios de producción o constancia de los actos o actuaciones administrativos.

En primer lugar, analizamos la competencia y cómo influye en la toma de decisiones automatizadas. La Administración cuenta con la potestad para automatizar y decidir cómo llevar a cabo las actividades administrativas automatizadas tras la ponderación de riesgos y eficiencia, de modo que las actividades en las que incurra actividad intelectual no serán *a priori* automatizables, y sí lo serán las instrumentales (Martín, 2009).

La competencia también es determinable para la teoría del órgano, pues este es el encargado de establecer las condiciones jurídico-técnicas de la programación y el órgano ante el que el ciudadano podrá recurrir. El órgano que dicta el acto (art. 34.1 LPAC) debe ser manifiestamente competente y reconocible; en el caso de no ser competente, podrá incurrir en nulidad si es manifiestamente incompetente –material o territorialmente–, o en anulabilidad si incurre en infracción del ordenamiento jurídico –por incompetencia jerárquica– (arts. 47.1 y 48.1 LPAC, respectivamente).

La problemática de las actuaciones automatizadas reside en los diferentes niveles de competencia establecidos en el artículo 41.2 de la LRJSP, que supone un cambio de paradigma con la normativa vigente. El cambio de competencia en cada uno de los estadios para la toma de decisiones exige que *de lege ferenda* pudiera establecerse una modificación normativa en pro del principio de seguridad jurídica y legalidad. El acto dictado automatizadamente puede adolecer de vicio si para su producción no intervino un empleado público, en el caso de existir elementos intelectivos. Dicho vicio podría suponer la nulidad del acto con base en el artículo 47.1 e) de la LPAC, ya que el acto requeriría de un juicio de valor y fue dictado automáticamente.

En segundo lugar, analizamos cómo los defectos de carácter material –especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión, control e incluso auditoría– podrían determinar la existencia de un acto viciado. En la LRJSP no se establece el instrumento normativo que debe habilitar el funcionamiento de la actividad administrativa automatizada, y que dada su entidad debería tener naturaleza reglamentaria –tal y como se expone en el apartado 2.3 de este trabajo–, puesto que se trata de una actividad autoorganizativa de la Administración (Gamero *et al.* 2017, p. 790).

La ausencia de mantenimiento, control y auditoría del código fuente por la Administración es un incumplimiento de su deber legalmente establecido, produciendo vicios en los actos, que dependiendo del caso darán lugar a nulidad, anulabilidad o una irregularidad no invalidante.

Una inadecuación de la programación de la actividad automatizada incide directamente en la producción de los documentos y actos administrativos. Actualmente los defectos de gravedad en el código fuente no se encuentran contemplados expresamente, teniendo que subsumirlos en la nulidad del artículo 47.1 e) de la LPAC si se prescindió del procedimiento legalmente establecido, mientras que, si el defecto no es grave y la decisión adoptada no es contraria a la norma, el acto podría ser anulable siempre que carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados (art. 48.2 LPAC). En conclusión, se precisa delimitar el grado de incumplimiento y acordar las consecuencias de los actos administrativos automatizados afectados por defectos en el código fuente, especialmente para averiguar si la actuación de la Administración responde al interés general.

En tercer lugar, debemos analizar la necesidad de motivación de los actos administrativos automatizados, que viene determinada por los artículos 35 y 36 de la LPAC, sin contener ninguna especificidad con respecto a los mismos. El programa informático se configura acorde a los parámetros de cada procedimiento, por tanto, es preciso que se muestren las particularidades del programa a la hora de resolver un procedimiento, algo así como los criterios empleados; en caso de no existir la aprobación del programa por parte del órgano correspondiente estaríamos ante la vía de hecho de la Administración. Podría aceptarse la motivación mediante la auditoría de la programación, puesto que determina la adecuación formal de esta a la legalidad, aunque no aporta la motivación parametrizada, y produce inseguridad jurídica.

Finalmente, para que una actividad administrativa automatizada cumpla con la legalidad debe presentar un sello electrónico que identifique al órgano administrativo que actúa y garantiza el requisito de validez. El artículo 42 de la LRJSP establece los dos sistemas posibles de firma: el sello electrónico y el código seguro de verificación (CVS), eligiendo la Administración cuál emplear en cada caso conforme a la Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de Firma y Sello Electrónicos y de Certificados de la Administración⁷¹.

⁷¹ El ENI establece una serie de Normas Técnicas de Interoperabilidad que son de obligado cumplimiento por las AA. PP. y que desarrollan aspectos concretos de la interoperabilidad entre las AA. PP. y con los ciudadanos.

Si el CVS o el sello electrónico no aparecen en el documento emitido por la Administración –hablamos de un documento electrónico en soporte papel– supondría que el documento es defectuoso, y en caso de un acto administrativo será anulable, y consecuentemente ambos ineficaces ante la imposibilidad de verificar su integridad, autenticidad y autoría.

En cuanto al expediente administrativo electrónico, el artículo 70.3 de la LPAC exige que conste foliado, autenticado y acompañado de un índice también autenticado. La ausencia de firma o sello en el índice electrónico da lugar a una mera irregularidad no invalidante⁷². El mismo sistema de sello o firma se aplica a la expedición electrónica del recibo de registro electrónico; en el caso de no constar el sello de tiempo⁷³ que acredite la entrada será anulable, pero solamente a favor del interesado, puesto que en el caso contrario supondría favorecer a quien alega su propio error.

5.2. Especial referencia al algoritmo y la programación

Tal y como se expuso en el apartado 2.1 de este trabajo, el funcionamiento de los sistemas automatizados puede incurrir en errores o sesgos, tanto de manera voluntaria como involuntaria, o por problemas técnicos que impidan al programa obtener un resultado.

Si la programación incurriese en errores que derivaran en decisiones administrativas desacertadas en tanto no se ajusten a derecho, sería el equivalente a una aplicación ilícita de los criterios por un empleado público, con la misma consecuencia jurídica: la anulabilidad del acto por razones materiales (art. 48.1 LPAC). También puede producirse un fallo en el sistema que le impida llegar a una decisión justa, con la misma consecuencia que la aplicación ilícita.

En cuanto a los algoritmos, puede suceder que estos sean incapaces de proporcionar una solución exenta de errores, situación que se da cuando el algoritmo no fue generado con las suficientes instrucciones, emitiendo una solución injusta pero matemáticamente correcta. Lo que se determina con esta afirmación es la incapacidad de los algoritmos de ser objetivos en casos en los que el resultado es contrario a la equidad.

En este sentido podemos emplear como ejemplo la reclamación de una persona ante el Consejo Interuniversitario de Cataluña para conocer el algoritmo que determina a los seleccionados como miembros de los tribunales correctores de las pruebas de acceso a la

⁷² También supone una irregularidad no invalidante la ausencia de sello electrónico en el impulso automático del procedimiento, la apertura y cierre automático de los libros electrónicos o la migración automática de documentos electrónicos.

⁷³ La referencia temporal es muy importante a los efectos de conocer si se produce y notifica el acto en plazo, si concurre silencio administrativo, caducidad o prescripción del procedimiento.

universidad⁷⁴. De determinarse tras el estudio del algoritmo que el resultado no es equitativo, se incurriría en invalidez material, con la consecuente posibilidad de anulabilidad del artículo 48.1 de la LPAC, pues a pesar de ser los pasos realizados por el algoritmo correctos, las órdenes de ejecución eran erróneas.

En último lugar, una pequeña reflexión acerca de la motivación de los actos administrativos basados en el empleo de algoritmos. El interesado tiene derecho a conocer el algoritmo aplicado para acceder a las instrucciones seguidas para obtener la resolución del acto discrecional. En caso de no ser así, no podría conocer si los criterios empleados fueron bien aplicados, y, consecuentemente, si el acto es acorde a la legalidad, es decir, no se daría un acceso real al expediente administrativo tal y como se recoge en el artículo 53 de la LPAC.

6. Conclusiones

Tras el análisis del estado actual de la Administración electrónica y del empleo de la actividad administrativa automatizada mediante los algoritmos, la situación de la normativa que las regula y los efectos de la misma sobre los ciudadanos, se pueden establecer las siguientes conclusiones:

1. La implementación progresiva de las TIC en la Administración pública supone un cambio paradigma *ad intra* e *ad extra* de la gestión pública.

La Administración electrónica en España se impulsó a finales de los 90 y principios del siglo XXI; ya en la LRJPAC se hacían referencias al uso de medios informáticos, avance que se vio fortalecido mediante políticas de la Unión Europea, alcanzando su culmen legislativo con la LAE.

Desde la entrega en vigor de la LPAC y la LRJSP se generalizó el medio electrónico como el habitual para las AA. PP. Sin embargo, tras cinco años desde su entrada en vigor, su implementación total no está realizada, lo que supone una muestra de la falta de coordinación entra la normativa y la realidad de la Administración pública.

En resumen, la implementación de la Administración electrónica afecta a los administrados y a los profesionales del derecho en su día a día, en tanto que requiere de una adaptación a las nuevas tecnologías y de la adaptación de las instituciones tradicionales del derecho a la nueva realidad.

⁷⁴ Resolución de 21 de septiembre de 2016, de estimación de las reclamaciones 123/2016 y 124/2016, que no fueron recurridas ante la jurisdicción contenciosa. (Fuente: <http://www.gaip.cat/ca/detall/normativa/2016-123-124>).

II. La toma de decisiones administrativas es una realidad creciente que por desgracia presenta múltiples incompatibilidades con la salvaguardia de los derechos de los ciudadanos.

Concretamente, el uso de los algoritmos en la toma de decisiones administrativas está suponiendo una batalla silenciosa entre los derechos de los ciudadanos y la gestión de la Administración pública. El principal problema observado tras la realización de este trabajo se centra en las carencias normativas al respecto del mantenimiento de las garantías del procedimiento administrativo cuando se utilizan algoritmos para la determinación de decisiones discrecionales.

La regulación sobre la protección de datos personales parecía dar una vía de escape ante la gestión indiscriminada de datos, pero toda esperanza se ve truncada ante la permisibilidad de la normativa administrativa establecida en el artículo 41.2 de la LRJSP. Esta norma, en lugar de mantener la cláusula genérica de control y publicidad de los programas informáticos empleados por la Administración en sus procedimientos, tal y como recogían las derogadas LAE y LRJPAC, incorporó una nueva lista de requisitos, que no permite el acceso al código fuente, que es la «caja negra» donde se esconde cómo los algoritmos transforman los datos en actos o actuaciones administrativas.

Esta opacidad de los algoritmos confronta de pleno con los principios de transparencia y buen gobierno que deben regir todas las actividades de la Administración pública en un Estado de derecho. Esta situación deja como única vía para acceder a las entrañas del algoritmo la reclamación ante el CTBG, procedimiento que supone un mero trámite previo a la vía contencioso-administrativa, pues este órgano no cuenta con la capacidad ejecutiva con respecto de sus propias resoluciones.

En este punto, el acceso a los algoritmos se ve limitado por la normativa y por la Administración misma, que no provee de mecanismos, tales como la apertura de una vía de acceso reglamentariamente o la creación de un organismo de control real, pues no podemos olvidar que estos son creados por personas que pueden influenciar, de manera intencionada o no, en la implementación de sesgos o errores durante su programación.

Podríamos concluir que la automatización y la inteligencia artificial representan los catalizadores tecnológicos necesarios para alcanzar la calidad institucional y el buen gobierno, siempre y cuando se acompañen de seguridad institucional y jurídica.

III. En el derecho comparado nos encontramos con la misma problemática; por eso es necesario buscar alternativas a la situación actual de inseguridad jurídica.

La inteligencia artificial y el uso de algoritmos es un hecho globalizado. En el derecho comparado encontramos diferentes posiciones al respecto de la utilización de algoritmos en la toma de decisiones administrativas discrecionales.

Desde la negativa a su uso por imperativo legal, como en el caso de Alemania, que solamente permite su uso para decisiones meramente instrumentales, hasta la previsión legal del uso de los algoritmos en la toma de decisiones discrecionales en Italia, aunque dicha previsión se vio limitada por el Tribunal Administrativo Regional de Lazio, al determinar que no cabe la sustitución de la actividad humana por un algoritmo impersonal y huérfano de las capacidades de evaluación de los casos concretos individuales. En Francia la ley regula que el código fuente de los algoritmos utilizados por la Administración sea incluido como documento comunicable, es decir, se incluye una mención explícita al procedimiento llevado a cabo para la determinación de la resolución.

Por su parte, la Comisión Europea trabaja en la creación de conciencia algorítmica, entendida como la necesidad de transparencia algorítmica con el fin de garantizar la salvaguarda de la rendición de cuentas y de la equidad en la toma de decisiones. Así es que la Comisión Europea trabaja en la definición de una inteligencia artificial confiable, y establece que ella ha de cumplir con siete requisitos clave: acción y supervisión humanas, solidez técnica y seguridad, gestión de la privacidad y los datos, transparencia, diversidad, no discriminación y equidad, bienestar social y ambiental y rendición de cuentas. Fuera de la Unión Europea, y como muestra ejemplificativa de la transparencia algorítmica, debemos hablar de la estadounidense ley de responsabilidad algorítmica (Local Law 2018/049), establecida en la ciudad de Nueva York, en la que se establece un grupo de trabajo multidisciplinar encargado de detectar errores y sesgos.

Finalmente, en nuestra legislación se permite el uso de algoritmos sin dar a conocer su configuración, situación que podría cambiar tras la resolución del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo ante el recurso interpuesto por la Fundación Civio frente a la denegación de acceso al código fuente que determina la adjudicación del bono social. Mientras esperamos dicha resolución solamente podemos hacer un llamamiento a la Administración pública acerca de la necesidad de la ética y de la transparencia real, regida por los principios de legalidad y no arbitrariedad, y al legislador para que corrija la falla legislativa.

IV. En cuanto a la propuesta de atribuir naturaleza jurídica a los algoritmos, se sigue en este trabajo la tesis que los categoriza como reglamentos, puesto que se entiende que su función es la misma que la de las normas, lo que hace necesarias las garantías propias de estas.

Las garantías se proponen para su creación, publicidad y control, entendiendo que a pesar de la complejidad que pueden alcanzar determinados algoritmos, es obligación del Derecho dar cobertura a cada una de las situaciones que puedan derivarse de su implementación. En definitiva, si el algoritmo se está convirtiendo en norma jurídica por su capacidad regulatoria y decisoria, debe ser transparente, accesible, discutible y enmendable, como la ley misma, haciendo realidad el objetivo de la realidad y transparencia algorítmica.

El código fuente no es lo que los juristas consideran una norma tradicional, puesto que se trata de un grupo finito de operaciones descritas en el lenguaje de la programación, pero que al mismo tiempo son traducibles a lenguaje humano y por lo tanto regulables como cualquiera otra faceta de la Administración pública.

Esta solución planteada podría suponer el fin de la inseguridad jurídica presenta en la toma de decisiones automatizadas por la Administración, aunque no se descartan otras opciones como la publicación parcial del algoritmo, y comprensible por los ciudadanos y por los operadores jurídicos. Sería un hecho comparable con la bebida Coca-Cola, que incluye en su envase los ingredientes y supera los controles de calidad y sanitarios correspondientes proporcionando a los consumidores la seguridad que necesitan, sin dar a la competencia a conocer la fórmula para hacer una bebida igual. De este modo se permitiría un control efectivo del algoritmo a la vez que no se desvirtúa el secreto empresarial.

Ambas opciones deberían acompañarse de un órgano de control con facultades reales, como la Agencia Española de Protección de Datos, puesto que se viene comprobando que el CTBG tiene un alto índice de incumplimiento de sus resoluciones.

IV. La implantación de una Administración electrónica garantista pasa por la adaptación de las figuras jurídicas tradicionales y por la transformación de su marco normativo para hacer frente a los retos que supone el uso de las TIC en la gestión pública.

Las normas jurídicas son el consenso social codificado en términos legales; por esta razón, la regulación de ciertas tecnologías aparece tiempo después del fenómeno tecnológico. Es necesario intentar reducir la brecha entre el impacto de los algoritmos y la protección de quien sufre las externalidades negativas de los mismos, al tiempo que se establezcan las consecuencias legales de las situaciones que surjan fruto del avance tecnológico y que producen inseguridad jurídica.

Desde el Comité Económico Social Europeo se hace un llamamiento a la incorporación de los principios de seguridad y ética por parte de los implicados en el desarrollo y empleo de las IA en las AA. PP., reconociendo de ese modo que deben estar preparados para aceptar la responsabilidad jurídica respecto de la calidad de la tecnología utilizada.

La falta de adaptación de los conceptos jurídicos tradicionales ante los avances tecnológicos deriva en la exigencia de hacer un esfuerzo para encontrar un encuadre garantista ante los problemas que surgen con los avances tecnológicos.

Se sugiere en este trabajo una serie de propuestas e ideas que deberían constar en la nueva normativa reguladora de los algoritmos, además de lo ya dicho sobre su carácter reglamentario. En primer lugar, la previsión del control humano de los algoritmos, quizás me-

diante la fórmula de una agencia independiente encargada de realizar auditorías, ante la que se puedan interponer denuncias vinculadas con el código fuente; en segundo lugar, concretar las consecuencias ante los incumplimientos normativos y los daños fruto de errores algorítmicos. También se debe favorecer y fomentar la colaboración multidisciplinar, tanto en la elaboración de la regulación como de cada algoritmo concreto, al tiempo que se fomente la formación continua de los implicados en todas las fases del procedimiento administrativo.

Referencias bibliográficas

- Berning, A. D. (2019). *Validez e invalidez de los actos administrativos en soporte electrónico*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Blasco, J. L. (Ed.), Fabra, M., Oller, M., Oltra, M. J., Flor, M. y Romero, S. (2017). *Innovación y sector público: retos y contexto*. Tirant lo Blanch.
- Boix, A. (2020). Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1. 223-270. <http://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/33>
- Chaves, J. R. (2016). Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad. *delajusticia.com*. <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/>
- Cueva, J. de la (2018). Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho. *El Notario del Siglo XXI*, 88. <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/8382-codigo-fuente-algoritmos-y-fuentes-del-derecho>
- Cueva, J. de la (2019). El derecho a no ser gobernados mediante algoritmos secretos. *El Notario del Siglo XXI*, 88. <http://www.elnotario.es/opinion/opinion/opinion/9637-quien-vigila-al-algoritmo>
- Gallego, E. (2019). La patentabilidad de la inteligencia artificial. Otros sistemas de protección. En A. F. Muñoz (Dir.), C. Orden y C. Martínez, *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*. (pp. 261-269). Tecnos.
- Gamero, E. (Dir.), Fernández, S. y Calero, J. (Coords.). (2017). *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, vol. II. Documento TOL6.053.882. Tirant lo Blanch.
- Gamero, E. y Fernández, S. (2019). *Manual básico de Derecho Administrativo*. Tecnos.
- Hernández, J. (2016). La Administración electrónica en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común. *Elderecho.com*. <https://elderecho.com/la-administracion-electronica-en-la-nueva-ley-del-procedimiento-administrativo-comun>
- Lasalle, J. M. (2019). *Civerleviatán*. Arpa.
- Martín, I. (2009). Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada. *Revista de Administración Pública*, 180. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/45805/27318>



Menéndez Sebastián, E. M.^a (2017). *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico. Luces y sombras de las nuevas leyes 39 y 40/2015*. Tirant lo Blanch.

Muñoz, A. F. (Dir.), Orden, C. y Martínez, C. (2019). *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*. Tecnos.

Padilla Ruiz, P. (2019a). Algoritmos y transparencia administrativa. <https://pedropadillarui.es/algoritmos-y-transparencia-administrativa/>

Padilla Ruiz, P. (2019b). Inteligencia artificial y Administración Pública. Posibilidades y aplicación de modelos básicos en el procedimiento administrativo. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 10. <https://pedropadillarui.es/docs/Inteligencia-artificial-aplicacion-modelos%20basicos.pdf>

Ponce Solé, J. (2016). La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175, 57-84.

Seguro de automóvil: vigencia tras la transmisión del vehículo

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 si, una vez que ha sido transmitido un vehículo automóvil, queda resuelta la póliza de seguros que lo aseguraba, por entenderse que ha tenido lugar una novación íntegra de la póliza citada y solicitada a la aseguradora para el aseguramiento de otro vehículo, o si por el contrario, cuando se produce la enajenación de ese vehículo, la póliza que lo aseguraba se transmite igualmente, al no haberse comunicado la compañía aseguradora con el adquirente del nuevo vehículo, ofreciéndole igualmente la posibilidad de continuar con dicho aseguramiento o la rescisión del contrato de seguro. En caso de siniestro del vehículo transmitido, tras la transmisión del vehículo, es responsabilidad de la compañía aseguradora acreditar la fecha de la venta del vehículo, y la falta de esa prueba le ha de perjudicar, pues no podrá entenderse operada la resolución del contrato y se entenderá vigente la póliza a fecha del siniestro.

Palabras clave: contrato de seguro; seguro de automóvil; transmisión del vehículo; vigencia de la póliza.

Fecha de entrada: 15-03-2021 / Fecha de aceptación: 30-03-2021

Enunciado

Los hechos que sirven de base para este caso son los siguientes: se produce un siniestro acaecido el día 28 de febrero de 2015, teniendo la responsabilidad un coche Ford Focus matrícula-XKX en su causación. El Consorcio de Compensación de Seguros ha abonado una cantidad a los perjudicados del siniestro, pues el vehículo había sido transmitido días antes y no tenía ya vigente una póliza de aseguramiento de ese riesgo.

Dicho vehículo culpable estaba asegurado según certificación del FIVA en la Compañía MMM desde el 9 de septiembre de 2014, en contrato de cobertura anual, hasta el 25 de febrero de 2015, por resolución anticipada comunicada por la aseguradora en la misma fecha.

En el contrato de seguro del automóvil Ford Focus fue suscrito como tomador D. AAA con la intervención de BBB Seguros, agente de seguros de la compañía MMM, en cuya póliza se designa como conductor habitual a D. CCC.

Sea por el propietario del vehículo, o sea por el tomador, por medio de dicha agencia, fue comunicada a la aseguradora MMM la voluntad de dar de baja el aseguramiento del Ford Focus, que fue vendido, para que el seguro cubriera en lo sucesivo al vehículo Peugeot 206, matrícula-MHS .

Ante tal petición, fue efectivamente emitido un suplemento de la póliza que antes cubría el Ford Focus, pasando a ser objeto de cobertura del seguro el Peugeot 206. Este suplemento entró en vigor el día 25 de febrero de 2015 por los cuatro meses que restaban de vigencia de la anualidad de la póliza.

La aseguradora comunicó al FIVA la baja del seguro el 25 de febrero de 2015. La cuestión que se plantea es si una vez transmitido el Ford Focus matrícula-XKX, quedó re-

suelto el contrato que lo aseguraba por haber sido llevado a efecto la novación de la póliza solicitada a la aseguradora para el aseguramiento de otro vehículo, o si por el contrario, con la enajenación del vehículo operó también la transmisión de la póliza que lo aseguraba, por no haberse comunicado MMM con el adquirente del vehículo y ofrecido la posibilidad de continuar con el aseguramiento, o en su caso la rescisión del contrato de seguro.

Cuestiones planteadas:

- Momento de vigencia temporal de la póliza de seguros de automóvil, tras la transmisión del vehículo asegurado. Obligaciones de comunicación de la resolución contractual y efectos de ello.
- Planteamiento jurídico y argumentos en la jurisprudencia reciente.

Solución

El artículo 34 de la LCS establece que

en caso de transmisión del objeto asegurado, el adquirente se subroga en el momento de la enajenación en los derechos y obligaciones que correspondían en el contrato de seguro al anterior titular. Se exceptúa el supuesto de pólizas nominativas para riesgos no obligatorios, si en las condiciones generales existe pacto en contrario.

El asegurado está obligado a comunicar por escrito al adquirente la existencia del contrato del seguro de la cosa transmitida. Una vez verificada la transmisión, también deberá comunicarla por escrito al asegurador o a sus representantes en el plazo de 15 días.

Serán solidariamente responsables del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión el adquirente y el anterior titular o, en caso de que este hubiera fallecido, sus herederos.

Por su parte, el artículo 35 determina que el asegurador podrá rescindir el contrato dentro de los 15 días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la transmisión verificada. Ejercitado su derecho y notificado por escrito al adquirente, el asegurador queda obligado durante el plazo de un mes, a partir de la notificación. El asegurador deberá restituir la parte de prima que corresponda a periodos de seguro, por los que, como consecuencia de la rescisión, no haya soportado el riesgo. El adquirente de cosa asegurada también puede rescindir el contrato si lo comunica por escrito al asegurador en el plazo de 15 días, contados desde que conoció la existencia del contrato.

En este caso, el asegurador adquiere el derecho a la prima correspondiente al periodo que hubiera comenzado a correr cuando se produce la rescisión.

El artículo 34 citado por tanto prevé la subrogación por ministerio de ley del seguro en caso de transmisión del objeto asegurado, pero la misma no es imperativa, pues en el artículo 35 se prevé la posibilidad de que tanto el adquirente como la aseguradora resuelvan el contrato. Para ello es necesario que, como impone el artículo 34, el asegurado comunique tanto a uno como a otra la existencia del seguro, de modo que una vez recibida la notificación puedan extinguir el contrato. Pero en el presente caso la cuestión que se suscita no es tanto si ante el conocimiento de la transmisión del Ford Focus la aseguradora o el adquirente resolvieron el contrato como se prevé en el artículo 35, pues precisamente consta que la compañía de seguros comunicó al FIVA el cese de la cobertura del seguro del Ford Focus, sino que se trata de dilucidar si la comunicación de novación objetiva pudo producir sus efectos, dejando de este modo sin quedar cubierto por el seguro el Ford Focus, para pasar a asegurar el otro vehículo adquirido.

En un supuesto semejante, la STS de 14 de febrero de 2019 (NCJ063847), al resolver el recurso de casación, unifica el criterio de signo contrario seguido por distintas audiencias provinciales en el que fue parte recurrente precisamente el organismo aquí apelante, declarando que el artículo 34 de la LCS, siguiendo la orientación de otros ordenamientos jurídicos, admite que la enajenación de la cosa asegurada no interrumpa la relación aseguradora, de forma que el adquirente entre a formar parte de esa relación.

La transmisión es *ex lege*, con la finalidad de conseguir, en principio, unos resultados exigidos por la realidad social, pero sin que ello suponga necesariamente una imposición, pues se concede tanto al adquirente como el asegurador la facultad de resolver el contrato, si bien sujeta a una serie de exigencias previstas en la norma.

Una de tales exigencias, relevantes para la cuestión jurídica que plantea la parte recurrente, es la relativa al alcance del deber de comunicación que tiene el asegurado.

Este tiene un doble deber de comunicación: (a) al adquirente sobre la existencia del contrato de seguro de la cosa transmitida, que en caso de autos es un vehículo a motor; (b) al asegurador del hecho de la transmisión.

El artículo 34, párrafo segundo, de la LCS precisa que estas comunicaciones se hagan por escrito.

Podrían admitirse formas fehacientes para colegir que se ha cumplido con esos deberes, pero si se tienen en cuenta las consecuencias que se anudan, la prueba ha de ser precisa y cumplida.

Lo que es indudable es el interés de ambos, adquirente y aseguradora, en la toma de conocimiento de tales circunstancias, para poder optar por la continuación del contrato de seguro o por solicitar su resolución.

El interés del adquirente consiste en conocer la existencia del contrato y quién sea la aseguradora para decidir si quiere continuar con la relación aseguradora o no.

De ahí que lo que se le comunica es la existencia del contrato. El interés de la aseguradora estriba en conocer la transmisión, para saber quién es el adquirente y nuevo asegurado. De esa forma podrá decidir si quiere continuar con la relación aseguradora o no. De lo que no cabe duda es de que tal comunicación debe efectuarse al adquirente. El adquirente podría acudir a concertar un contrato de seguro obligatorio si es que el transmitente, como parece el caso, quisiese aplicar el existente con el mismo asegurador a otro vehículo que ha adquirido, esto es, que transmitiese el vehículo sin seguro, pero de ser así la notificación al adquirente debe inferirse de las circunstancias concurrentes para que este contrate un nuevo seguro, teniendo en cuenta que la norma es la subrogación, pues por mandato de la ley es nuevo asegurado. Por tanto, y así se colige de la lectura de todas las sentencias citadas por el recurrente, la cuestión es más fáctica que jurídica. Si el vehículo se transmite con el seguro obligatorio contratado, no cabe debate sobre la aplicación de las previsiones legales de los artículos 34 y 35 de la LCS.

Pero puede ocurrir que el transmitente quiera aplicarlo a un contrato con el mismo asegurador de un vehículo que ha adquirido, de forma que se transmite el vehículo sin seguro obligatorio y el adquirente viene obligado a contratar un nuevo seguro.

La cuestión se reduce, pues, a indagar si el transmitente enajenó solamente el vehículo, pero sin el seguro obligatorio vigente a la fecha de la transmisión que cubriría su siniestralidad, o, por contra, comunicó al adquirente la existencia y vigencia del seguro en los términos que prevé el artículo 34 de la LCS.

El transmitente del vehículo asegurado podrá resolver el contrato de seguro antes de realizar la transmisión, pero para que la novación pueda operar deberá verificar la resolución del seguro sobre el vehículo transmitido antes de la enajenación, pues una vez vendido se produce la subrogación *ope legis* y carece de facultades para resolverlo con posterioridad, siendo entonces su única obligación la de comunicar a la aseguradora la transmisión realizada, para que, si esta lo estima oportuno, resuelva el contrato frente al adquirente. Si el transmitente resuelve el contrato con posterioridad, esta carecerá de efectos, y sin perjuicio de la responsabilidad del transmitente frente al asegurador, debe entenderse vigente el seguro, en virtud de la subrogación legal.

En el presente caso es indudable que el vendedor del Ford Focus comunicó la transmisión a la aseguradora toda vez que la póliza fue novada para cubrir otro vehículo, e incluso esta comunicó al FIVA dicha transmisión. Ahora bien, no consta la fecha de la venta, y si en consecuencia el transmitente estaba legitimado para aplicar el seguro al otro automóvil por haber verificado la novación antes de la transmisión y comunicado oportunamente al adquirente la venta del Ford Focus sin el seguro.

Por tanto, correspondiendo a la aseguradora MMM la carga de la prueba de tal extremo, conforme a lo establecido en el artículo 217 de la LEC, su falta debe perjudicar a la misma,

debiendo entenderse en consecuencia que no ha operado la resolución del contrato y que el adquirente del Ford Focus lo adquirió con el seguro en virtud de la subrogación operada *ex lege*, de modo que el día del siniestro el contrato se encontraba vigente y cubría los daños cuyo importe de reparación se reclaman por el Consorcio de Compensación de Seguros.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 50/1980 (LCS), arts. 34 y 35.
- STS de 14 de febrero de 2019 (NCJ063847).

Admisibilidad del precario contra ignorados ocupantes

José Ignacio Atienza López

Letrado del Consejo General del Poder Judicial

Extracto

El presente supuesto nos trae a colación los problemas procesales que origina el fenómeno de la ocupación de viviendas y la admisión de las demandas por precario al ignorarse la filiación de las personas que las ocupan. No cabe admitir una concepción estricta del precario, sino una amplia, de forma que, a través del juicio de desahucio, sea posible atender acciones encaminadas a hacer cesar dichas situaciones posesorias. Para la admisión a trámite de una demanda en el proceso civil, no es necesaria la identificación plena del demandado con su nombre y apellidos, al no exigirse expresamente. Si la actora ha tratado de identificar a los actuales ocupantes sin resultado positivo y carece de otros medios para hacerlo, la inadmisión de su demanda por este motivo restringe indebidamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Palabras clave: desahucio; precario; tutela efectiva; admisión de demanda.

Fecha de entrada: 16-03-2021 / Fecha de aceptación: 31-03-2021

Enunciado

Una empresa ha adquirido una finca y con posterioridad ha conocido que en ella había personas habitando la misma, sin que sea posible determinar el momento en que se inició dicha ocupación; la nueva propietaria ha tratado de identificar a quienes allí se encuentran sin haberlo conseguido, y ante ello, ha acudido a un abogado para iniciar una acción judicial tendente a recuperar la posesión de lo adquirido.

Dicho abogado ha presentado una demanda con base en el artículo 250.1.2.º de la LEC (las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca), y el resultado de la primera instancia ha sido una sentencia con este pronunciamiento:

La propia definición de la institución del precario [...] resulta incompatible la interposición de una demanda de desahucio por precario y la dirección de la misma frente a ignorados ocupantes, dado que el precario representa una posesión de una finca sin título y de manera concedida y tolerada por el propietario de la misma. Y dicho propietario –en nuestro caso la actora– parece no haber concedido ni tolerado la ocupación de su finca, pues de ser así conocería a los ocupantes»; (ii) también se menciona el art. 437.3 bis a cuyo tenor» Cuando se solicitase en la demanda la recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella a la que se refiere el párrafo segundo del numeral 4.º del apartado 1 del artículo 250, aquella podrá dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma», de manera que solo en tal supuesto, es decir, en el del art. 250.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil cabrá la interposición de demandas contra ignorados ocupantes, pero no en el expediente que nos ocupa, esto es, el previsto en el art. 250.1.2º de la Ley.

El letrado no está de acuerdo con este pronunciamiento y estima que cabe la acción de precario contra los ignorados ocupantes; aportemos los argumentos que el letrado precisa.

Cuestiones planteadas:

- La admisibilidad de la acción de precario contra ignorados ocupantes.
- El ámbito objetivo de aplicación de las acciones de los artículos 250.1.2.º y 250.1.4.º de la LEC en relación con ello.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Lo que se plantea en el primer lugar no es otra cosa que el problema del ámbito objetivo del juicio de desahucio por precario, tal y como aparece descrito en el citado artículo 250.1.2.º de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC):

Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: [...] 2.º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.

Más en concreto, la cuestión se centra en determinar si es lo procedente tener una concepción estricta de la institución, tal y como parece inferirse de la literalidad del anterior texto legal, o bien atribuirle un concepto amplio, acorde con los inmediatos precedentes legales, ya que el artículo 1565 de la LEC de 1881 consideraba procedente el desahucio «contra cualquier [...] persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced».

Y es que, respecto del precario, como queda dicho, cabe una concepción estricta incluida en el comodato como una variante de este, y acorde con su origen en el derecho romano, que consiste en un préstamo de uso en el cual no se pactó la duración, ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y este no resulta determinado por la costumbre de la tierra, pudiendo el comodante reclamarla a su voluntad (art. 1750 Código Civil), justamente a través del remedio procesal que analizamos. Sin embargo, habrá que decir que el concepto de precario ha ido evolucionando hasta el punto de tenerse por precario civil a cualquier posesión o simple tenencia de una cosa sin título, sin pagar merced por voluntad de su poseedor o sin ella (así, por ejemplo, en la STS de 22 de octubre de 1987). Esta última concepción extensa del precario no precisa una previa relación contractual, sino que se refiere a cualquier posesión de puro hecho, incluso de carácter no legal, incluyendo actos meramente tolerados o ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor. Ello ha permitido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya venido englobando a la pose-

sión concedida, tolerada y sin título a los efectos de admitir la acción de desahucio (SSTS de 31 de diciembre de 1992, 15 de diciembre de 1994 y 31 de enero de 1995).

Pues bien, a raíz de la entrada en vigor de la vigente LEC y a la vista del tenor literal del citado artículo 250.1.2.º, han surgido criterios judiciales contradictorios: (1) Algunas audiencias provinciales vienen entendiendo que el concepto de precario se ha restringido con la nueva LEC, hasta el punto de que solo son susceptibles de ser tenidas como precario aquellas situaciones posesorias precedidas de su cesión como tales, lo que presupone una previa relación negocial entre las partes y, entre otras cosas, la imposibilidad de apreciarlo en los casos de tolerancia sobrevenida. Todo ello comportaría que el actor hubiera de acudir a otras vías procesales, como las de tutela sumaria de la posesión si es que se dieran los presupuestos procesales para ello (art. 250.1.4.º y 7.º de la LEC) o, en su caso, al procedimiento ordinario para ejercitar una acción reivindicatoria. (2) Por el contrario, otras audiencias mantienen el concepto amplio de precario, estableciendo la legitimación pasiva del demandado siempre que se trate de una posesión material carente de título y sin pago de merced. Este último criterio ha sido el que han venido manteniendo las secciones de esta audiencia provincial.

Después de lo hasta ahora dicho, la cuestión debe quedar, al menos provisionalmente, resuelta en función de la línea interpretativa que sigue manteniendo sobre el particular el Tribunal Supremo.

Es muy oportuna la cita de la sentencia de 30 de junio de 2009. En ella se explica la distinción entre las figuras a las que venimos haciendo alusión, esto es, el comodato, el comodato-precario y el precario, en los siguientes términos:

La cesión de un bien no fungible efectuada por una persona a otra para que pueda ser utilizado por el que lo recibe, a título gratuito –esto es, sin emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso– se halla regulada como préstamo de uso con la denominación de comodato en los arts. 1740 y 1741 a 1752 CC. De la normativa legal de los arts. 1749 y 1750 resultan dos posibilidades con perspectivas diferentes en cuanto a la extinción. La primera se presenta cuando se pacta un plazo de duración (SS. 18 de junio de 2000, 16 de marzo de 2004), o bien un uso a que ha de destinarse la cosa cedida, pudiendo este resultar determinado por la costumbre.

En tal caso la especialidad radica en que el comodante solo puede reclamar la restitución de la cosa cuando haya terminado el plazo o el uso pactado, salvo que antes el comodante ejerciere la facultad de resolución unilateral, lo que exige como presupuesto que concurra una urgente necesidad de utilizar la cosa.

La segunda posibilidad es que no haya plazo, ni uso en los términos expuestos, en cuyo caso puede el comodante reclamarla a su voluntad [...]. En la doctrina existen dos posturas respecto del segundo supuesto, pues en tanto para unos no es más que una modalidad de comodato, para otro sector (y algunas Sentencias

de esta Sala también han mantenido este criterio) constituye una figura no plenamente incardinable en aquel que se denomina comodato-precario, y se aproxima al precario en sentido amplio, como omnicomprensivo de las situaciones de posesión tolerada o sin título, y de las en que el título invocado resulta ineficaz para enervar el de quien reclama la restitución. La diferencia entre comodato-precario y el precario radicaría en el origen contractual del primero.

Desde esa perspectiva es forzoso admitir un concepto de precario «en sentido amplio, como omnicomprensivo de las situaciones de posesión tolerada o sin título, y de las en que el título invocado resulta ineficaz para enervar el de quien reclama la restitución», lo que implica que sea posible atender a través del juicio de desahucio acciones encaminadas a hacer cesar aquellas situaciones posesorias.

Más relevante y clarificadora es aún la cita de la STS de 11 de noviembre de 2010 cuando dice:

El art. 250 de la LEC de 2000 establece que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer la finca. Como dice la STS de 6 de noviembre 2008, se trata de una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no le corresponde, aunque estemos en la tenencia del mismo y por tanto sin título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho; supuestos suficientemente amplios para reconducir hacia el juicio de desahucio lo que aquí se plantea con relación a la posesión de una casa sin título o con título absolutamente ineficaz para destruir el de los actores y sin otra razón que la simple tolerancia de este último, evitando que la complejidad de la materia litigiosa, tan frecuente en la solución de los Tribunales en la anterior normativa, remita a las partes al juicio declarativo correspondiente, impidiendo constatar a través de un juicio apto para ello lo que constituye el fundamento de la situación de precario.

Y entre las más recientes, la STS de 28 de febrero de 2017, según la cual:

Esta sala ha definido el precario como «una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho» (sentencias 110/2013, 28 de febrero; 557/2013, 19 de septiembre; 545/2014, 1 de octubre).

A partir de todo lo expuesto, resulta erróneo el planteamiento del pronunciamiento que consta en los hechos del caso, ya que ello responde a una inadmisibles interpretación a contrario del artículo 437.3 bis de la LEC, según redacción dada por la Ley 5/2018, de 11 de junio. No cabe mantener que fuera del procedimiento allí diseñado, es decir, el juicio posesorio (interdictal) para la recuperación de la posesión de una vivienda, no quepa demandar a los ignorados ocupantes, sino que tal posibilidad se atiene a los criterios jurisprudenciales preexistentes sobre la institución, más allá de su regulación positiva para aquel tipo procedimental. Especialmente, en lo que al precario hace, si asumimos (como antes hemos hecho) que no es precisa una vinculación contractual previa con el ocupante sin título de suerte, que no necesariamente se ha de conocer su identidad y circunstancias personales. Es más, encuentra difícil explicación que la posibilidad que comentamos sea admisible para los juicios posesorios y no para los desahucios por precario, al no encontrarse razón bastante para tal distinción normativa.

De la mano de la sentencia de este tribunal de 18 de septiembre de 2012, diremos que en el caso de autos, como en otros más comunes en los que los demandados no quedan plena y perfectamente identificados (como sucede cuando se demanda a herederos desconocidos), su llamada a la causa como ignorados ocupantes del inmueble en cuestión ha sido tachada, con razón, de viciosa cuando a través de ella se pretendía burlar fraudulentamente los derechos e intereses de personas ciertas y conocidas (así, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1994 y 24 de marzo de 1995 o la del Tribunal Constitucional de 17 de septiembre de 2001). Pero nada de ello parece suceder en autos. La parte actora, como ha quedado dicho, ha intentado identificar a los eventuales ocupantes sin resultado positivo y carece de otros medios al uso para hacerlo. Así las cosas, no dar lugar a su recurso y por ende a la admisión de su demanda es tanto como restringir indebidamente el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva.

La Audiencia de Cádiz, en el auto de la Sección 8.ª de fecha 28 de noviembre de 2011, en supuesto análogo al de autos explicó lo que sigue:

Que tratándose de un desahucio por precario se cumplen las formalidades legales aun cuando no conste el nombre y apellido del demandado, cuando se destaque su relación con el objeto litigioso y se posibilite su comparecencia y defensa, como sucede en este caso en el que se designa el domicilio en que pueden ser citados, ya que en otro caso se estaría ocasionado una total indefensión a la parte que se vería impedida de poder ejercer su derecho a la tutela judicial para el desalojo de las personas desconocidas que indebidamente ocupen un inmueble de su propiedad, pues para la identificación necesitaría la ayuda de los poderes públicos. En este caso concreto consta que incluso el actor en primer lugar denunció en vía penal y se le archivó el asunto por ser una cuestión civil, no siendo de recibo que se le inadmita *in limine* la demanda por la razón alegada que le causa total indefensión, siendo otro problema diferente lo que tenga lugar durante la tramitación de la causa sobre la legitimación *ad causam*, que como

ya se ha dicho no es una cuestión procesal, sino que, por el contrario, se trata de cuestión referida al fondo, que debe ser resuelta en la sentencia, después de permitir a las partes la producción de la prueba pertinente sobre este extremo, con la necesaria contradicción.

Más en concreto, las citadas resoluciones aluden a las siguientes razones, todas ellas aptas y aplicables al supuesto litigioso, para admitir demandas interpuestas contra los ignorados ocupantes de un inmueble, bien con el matiz que luego trataremos de explicar:

1. Para la admisión a trámite de la demanda en el proceso civil no es necesaria la identificación plena del demandado con su nombre y apellidos, por no exigir expresamente la mención del nombre y apellidos los artículos 399.1 y 437.1 de la LEC en tanto que esos preceptos se limitan a exigir al actor que consigne en la demanda los datos y circunstancias de identificación del demandado. Ha venido siendo doctrina constante y reiterada (SSTS de 16 de diciembre de 1971, 15 de noviembre de 1974 y 1 de marzo de 1991) que la identidad del demandado se puede buscar por cualquier circunstancia que permita su determinación, bastando la indicación de circunstancias aptas para permitir tal identificación, o la concreción e individualización que permita conocer con exactitud aquel contra quien se entabla la acción. Es por ello por lo que de ordinario baste con que el actor consigne en la demanda los datos y circunstancias de que tenga conocimiento y que puedan permitir la identificación del demandado. En el caso del desahucio por precario será suficiente con la mención de los ignorados ocupantes demandados por su relación con el inmueble litigioso.
2. Ya se ha dicho que la inadmisión *ad limine* litis de la demanda no es sanción expresamente prevista para eventuales defectos de aquella, como los que aquí se han detectado.
3. Los derechos de cualquier poseedor susceptible de haber sido identificado que resultara condenado inaudita parte quedarían suficientemente preservados a través del expediente procesal previsto en el artículo 704.2 de la LEC en relación con el artículo 675.3 y 4 del texto procesal.
4. En línea con el anterior razonamiento, ha de tenerse en cuenta que la legitimación *ad causam* se determina en función de la relación existente entre una persona determinada y la situación jurídica en litigio, y consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina la aptitud para actuar en el mismo como parte (así, por ejemplo, SSTS de 18 de marzo de 1993 y 28 de febrero de 2002). En consecuencia, la legitimación *ad causam*, problema que en definitiva nos ocupa, no es una cuestión procesal, sino que, por el contrario, se trata de una cuestión referida al fondo, que debe ser resuelta en la sentencia, después de permitir a las partes la producción de la prueba pertinente sobre este extremo, con la necesaria contradicción.

En suma, la presencia de ocupantes cuya concreta identidad se desconoce no conlleva la carga procesal para el actor de identificar a las personas que están en posesión del inmueble reclamado, siendo entonces suficiente que la demanda se dirigiera contra los ignorados ocupantes del inmueble.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 1/2000 (LEC), arts. 250.1.2.º y 250.1.4.º.
- SSTS de 30 de junio de 2009 (NCJ050079), 11 de noviembre de 2010 (NCJ053672) y 28 de febrero de 2017 (NCJ062220).

Contrato administrativo y agencia estatal

Julio Galán Cáceres

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

Extracto

Se plantean en el supuesto práctico problemas derivados, esencialmente, de un contrato administrativo mixto de suministro y servicios en relación con: si es competente para su celebración un organismo vinculado a una agencia estatal; el ajuste a derecho del procedimiento de adjudicación pretendido; la posibilidad de plantear recurso especial en esta materia; si se ha de acceder a información solicitada por otro licitador no adjudicatario, y, finalmente, si las ofertas recibidas se ajustan a derecho o no y en la ejecución del contrato. Para acabar, se plantea la legalidad de un procedimiento sancionador al contratista, resuelto por un organismo de Cuenca, por la extracción continuada de aquella de un pozo subterráneo.

Palabras clave: contrato administrativo; contrato mixto de suministros y servicios; procedimiento de adjudicación; recurso especial en materia de contratación; licitadores.

Fecha de entrada: 27-02-2021 / Fecha de aceptación: 22-03-2021

Enunciado

El Instituto de Investigación de Ciencias de la Alimentación (CIAL) está vinculado a la Agencia Estatal del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). Se encarga del desarrollo de la investigación científica de calidad en el área de Ciencia y Tecnología de Alimentos y en la formación de investigadores.

El presidente del instituto desea contratar, por un año prorrogable por otro, los servicios de limpieza del instituto y aportación de productos que sean fabricados por la misma empresa por un valor estimado de 182.200 euros en lo que se refiere a la limpieza en sí, y de 100.000 euros en lo atinente a la fabricación de los referidos productos, dadas las características especiales de los mismos por la naturaleza del instituto (laboratorios, peligro de toxicidad, peligro de contagio, etc.).

El anuncio de licitación para la adjudicación se publicó en el perfil del contratante y en el BOE el día 30 de abril.

Como consecuencia de que el tiempo se echó encima, se pretende adjudicar, en principio, por el procedimiento con negociación y, además, sin publicidad, pues, por dejación, el problema se ha ido aplazando y está muy próxima la extinción o vencimiento del anterior contrato que se encargaba de esta tarea. Finalmente, se optó por utilizar el procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación.

Por otra parte, el CSIC pretende la colaboración conjunta con el British Council (organización internacional del Reino Unido para relaciones culturales y oportunidades), al objeto de la realización de proyectos curriculares integrados y actividades educativas conjuntas. El organismo ignora qué modalidad jurídica se debe emplear para dicha colaboración. En concreto, se cuestiona la posibilidad de no realizar contrato administrativo alguno.

Siguiendo con el contrato a que se refieren los primeros párrafos, es de hacer constar que, a punto de la adjudicación del mismo, una de las empresas licitadoras, que no estaba

muy convencida del ajuste a derecho del procedimiento de adjudicación seguido, pregunta si puede plantear, en este momento, el recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En un momento dado, tras la adjudicación, otra empresa que actuó como licitadora de un contrato de similares características con anterioridad con la Administración General del Estado solicita que se le facilite información, por parte del órgano de contratación, de todo lo actuado hasta ese momento en el expediente de contratación y se remita copia de todo ello. Este ignora si debe acceder a tal solicitud.

El anuncio de licitación del contrato se envió a la oficina de publicación de la Unión Europea el día 14 mayo, publicándose en el DOUE el día siguiente, 15 mayo, y se estableció como plazo para la presentación de solicitudes el mínimo, con carácter general, fijado por la ley.

Se presentaron a la licitación los siguientes:

- a) Una unión temporal de empresas que acompañará su proposición con una declaración responsable única firmada por todos los participantes con los requisitos exigidos en el Documento europeo único de contratación.
- b) Una empresa, SL, que presentó su declaración responsable y demás documentación en una oficina de Correos, próxima a su domicilio social, el día 12 junio, anunciando el mismo día al órgano de contratación el envío. La misma llegó a la sede del órgano de contratación, que era el lugar designado para la presentación de toda la documentación, el día 22 junio. La mesa de contratación no admitió esta oferta. Ante esta decisión, la empresa presentó recurso de alzada ante el órgano de contratación.
- c) Una empresa, SA, que se había constituido hace ya cuatro años. En el contrato se exigía como criterio de solvencia técnica la acreditación de la ejecución de otros contratos iguales al de ahora, en los últimos tres años. Al no acreditarse el cumplimiento de este requisito, ya que no había prestado contratos similares, la mesa de contratación la excluye, lo que dio lugar a la presentación del recurso administrativo oportuno por parte de aquella.
- d) Varios empresarios, que no se comprometieron, como exigían los pliegos y las condiciones del contrato, pero que si resultaban ganadores, el titular del contrato sería una sociedad que sería creada a tal fin.
- e) Finalmente, otra unión temporal formada por tres empresas, sociedades de responsabilidad limitada, de las cuales el objeto social de dos de las mismas era la fabricación de productos relativos a la limpieza de edificios y la prestación de estos servicios, mientras que la tercera empresa se dedicaba tan solo a la limpieza de edificios.

Adjudicado el contrato a una empresa, SA, que no había acreditado su capacidad ni su solvencia con anterioridad a la actuación de la mesa de contratación y que, pese a esta omisión, la mesa propuso al órgano de contratación su adjudicación, al quedar en primer lugar en la lista por ser la que tenía mejor puntuación, el resto de licitadores interpusieron recurso de reposición contra la decisión del órgano de contratación.

Por otra parte, la empresa adjudicataria, para el cumplimiento del objeto del contrato precisa la utilización de mucho caudal de agua, siendo obtenido el mismo por aquella de un pozo subterráneo que, luego, traslada en un camión cisterna. El caudal está sito en una finca de su propiedad que venía utilizándose desde el año 1978, afirmando la empresa que por prescripción adquisitiva o usucapión había adquirido la titularidad del pozo y del agua que producía.

Recibida denuncia por parte de otro propietario colindante, a quien perjudicaba la excavación de tan gran cantidad de agua de aquel pozo, sin, por otra parte, disponer de la oportuna autorización o concesión para ello, el organismo de Cuenca ordena incoar procedimiento sancionador por presunta infracción administrativa menos grave de «alumbramiento de agua subterránea, sin la correspondiente concesión o autorización, cuando se precisa». El procedimiento finaliza mediante resolución sancionadora por parte del organismo de Cuenca, imponiendo una multa por importe de 60.000 euros.

Contra dicha sanción interpone recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo.

Cuestiones planteadas:

1. Competencia del presidente del Instituto de Ciencias de la Alimentación para realizar el contrato a que se refiere el caso.
2. Naturaleza del contrato celebrado.
3. Publicación del anuncio de licitación.
4. El intento de adjudicación por procedimiento con negociación sin publicidad.
5. Colaboración con el British Council para proyectos curriculares integrados y actividades educativas conjuntas.
6. Respuesta a la empresa que consulta si se puede presentar en ese momento recurso especial de contratación contra el procedimiento seguido.
7. Contestación que debe dar el órgano de contratación a la solicitud de una empresa del ramo, que había participado en una licitación en otro contrato con la AGE, respecto a su petición de que se le informe sobre las actuaciones del expediente de contratación.

8. Comente las circunstancias jurídicas de las ofertas presentadas y el ajuste a derecho o no de la actuación de la mesa de contratación.
9. Comente la viabilidad y el fondo de la cuestión respecto al recurso de reposición interpuesto por dos licitadores contra la adjudicación realizada a una SA que no acreditó, con carácter previo a la actuación de la mesa de contratación, ni su capacidad ni su solvencia, y pese a ello la mesa propuso su adjudicación.
10. Comente todas las incidencias jurídicas relatadas respecto a la utilización de agua del pozo subterráneo y la resolución sancionadora dictada por el órgano de contratación, incluido el recurso interpuesto.

Solución

1. Competencia del presidente del Instituto de Ciencias de la Alimentación para realizar el contrato a que se refiere el caso

El Instituto de Investigación en Ciencias de la Alimentación (CIAL) pertenece a la agencia estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), que está adscrita al actual ministerio competente en materia de Ciencia, Innovación y Universidades, a través de la Secretaría de Estado de Investigación.

El CSIC es una agencia estatal que consta de presidente y de Consejo Rector.

No es competencia del presidente del CIAL realizar contratos administrativos, ya que no tiene personalidad jurídica propia; está vinculada y depende de la agencia estatal CSIC. Es una agencia estatal que, conforme al artículo 2 de la Ley 28/2006, de 18 julio, de agencias estatales, está dotada de personalidad jurídica pública y patrimonio propio y autonomía en su gestión, y es creada por el Gobierno para el cumplimiento de las políticas públicas.

El Real Decreto 1730/2007, de 21 de diciembre creó esta agencia y se aprobó su estatuto.

El artículo 28 señala que su normativa se rige por la normativa del sector público estatal, con las especialidades contempladas para los organismos públicos de investigación.

Según el artículo 323.2 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público (LCSP), para los contratos de las entidades públicas integrantes del sector público estatal son competentes los presidentes o directores de las mismas.

De manera que, al carecer aquel órgano de personalidad jurídica propia, y depender de la agencia estatal, no tenía competencias para celebrar contrato alguno, pudiendo ser calificado, si se vulnera esta regla, como vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015,

con la excepción de que hubiere existido delegación de competencias por parte del presidente o director de la agencia en el presidente del Instituto, ya que la materia de contratos administrativos no aparece prohibida como susceptible de delegación en el artículo 8 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público.

Por supuesto, todo ello sin perjuicio de lo que pudiera establecer el propio estatuto que regula la agencia estatal.

2. Naturaleza del contrato celebrado

Se trata de un contrato típico o nominado de servicios del artículo 17 de la LCSP, suponiendo que no se transfiere el riesgo financiero de su explotación al propio contratista, pues, en ese caso, estaríamos en presencia de un contrato de concesión de servicios.

Es un contrato sujeto a regulación armonizada, pues supera la cuantía establecida en el artículo 22.1 a) del mismo, al superar los 139.000 euros, pues el órgano de contratación debería haber sido la agencia estatal, y el valor estimado en la suma de 182.200 euros, correspondiente a la limpieza, y 100.000, correspondiente a la fabricación del material.

Parece un contrato mixto de servicios y suministros, a tenor de lo establecido en el artículo 18.1, debiendo aplicarse el carácter de la prestación principal, que aquí es la del contrato de servicios.

La dificultad radica en determinar cuándo dos prestaciones son objetivamente separables, ya que la necesidad de celebrar un único contrato puede deberse tanto a motivos técnicos como económicos (imaginemos el caso de construcción de un edificio único del que parte vaya a ser utilizada por el poder adjudicador interesado, y otra parte vaya a ser aprovechada sobre la base de una concesión para ofrecer al público plazas de aparcamiento).

Para que sea posible este contrato de naturaleza mixta es preciso que haya una unidad funcional.

Aunque es discutible, en el caso que comentamos, parece existir esa unidad funcional, porque el relato de hechos nos indica las características especiales que tenían que tener los productos de limpieza, debido a la naturaleza del instituto, especificándose, entre otros, la existencia de laboratorios, el peligro de toxicidad o el peligro de contagio.

Respecto al no fraccionamiento de los contratos en lotes, el artículo 99 de la LCSP, en su número 2 señala que «no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan». Y en el número 3 que «siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una

de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta».

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

- a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.
- b) El hecho de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico, o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.

Y el número 7, « en los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato».

Por lo tanto, era el órgano de contratación en el pliego el que debería justificar la opción de la no división en dos lotes en este caso.

3. Publicación del anuncio de licitación

Resultan ajustados a derecho los medios de publicación utilizados. Así, el artículo 135 de la LCSP señala que:

El anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará en el perfil de contratante. En los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas, el anuncio de licitación se publicará además en el «Boletín Oficial del Estado».

Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», debiendo los poderes adjudicadores poder demostrar la fecha de envío del anuncio de licitación.

La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea confirmará al poder adjudicador la recepción del anuncio y la publicación de la información enviada, indicando la fecha de dicha publicación. Esta confirmación constituirá prueba de la publicación.

3. Los anuncios de licitación y los anuncios de información previa a que se refiere la disposición adicional trigésima sexta no se publicarán en los lugares indicados en el primer párrafo del apartado primero anterior antes de su publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», en el caso en que deban ser publicados en dicho Diario Oficial, debiendo indicar la fecha de aquel envío, de la que los servicios dependientes del órgano de contratación dejarán prueba suficiente en el expediente, y no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio. No obstante, en todo caso podrán publicarse si el órgano de contratación no ha recibido notificación de su publicación a las 48 horas de la confirmación de la recepción del anuncio enviado.

En el supuesto de hecho se indica, en concreto en el tercer párrafo, que el anuncio se publicó en el perfil del contratante y en el BOE y, más tarde, que el anuncio de licitación del contrato se envió a la oficina de publicación de la Unión Europea el día 14 mayo, publicándose en el DOUE el día 15 mayo, o sea, con posterioridad a la publicación en el perfil del contratante y en el BOE, incumpléndose lo previsto en el artículo 135.3. Sin embargo, este defecto, en principio, ha de entenderse como de irregularidad no invalidante, pero teniendo en cuenta que el cómputo del plazo para la presentación de proposiciones se iniciará con dicha publicación en el DOUE y no con la realizada en el perfil del contratante y en el BOE.

4. El intento de adjudicación por procedimiento con negociación sin publicidad

No parece que concurran ninguno de los supuestos para aplicar el procedimiento con negociación con o sin publicidad contemplados en los artículos 167 (con publicidad) y 168 (sin publicidad), ya que el supuesto planteado, presumiblemente al amparo de lo dispuesto en el artículo 168.3 b), en el sentido de que por imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputable al mismo, demanden una pronta ejecución del contrato que no puede lograrse mediante la tramitación de urgencia regulado en el artículo 119. En este caso, no es aplicable este supuesto, porque a la situación se llega por culpa o negligencia de la Administración, que no tuvo en cuenta que el anterior contrato estaba próximo a su vencimiento y no puso en marcha el correspondiente expediente de contratación para resolver el problema de cara al futuro. Por tanto,

no se trata de acontecimiento imprevisible no imputable al órgano de contratación. Utilizar por este motivo el procedimiento con negociación sería una auténtica desviación de poder, consistente en utilizar las potestades administrativas para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico.

Por la misma razón, tampoco es aplicable lo dispuesto en el artículo 29.4 que señala que, no obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista, como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación, y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato, y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario, puesto que, como señalábamos anteriormente, la situación producida no debe su origen «a consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación».

5. Colaboración con el British Council para proyectos curriculares integrados y actividades educativas conjuntas

Respecto a esta colaboración no es posible formalizarla a través de un contrato sujeto a la LCSP. Deberá instrumentarse a través de un convenio a los que se refiere el artículo 6 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), que excluye de su ámbito de aplicación aquellos objetos sometidos a la LCSP.

El artículo 47.1 de la LRJSP permite estos convenios entre entidades de derecho público vinculadas o dependientes (el caso de la agencia estatal) y sujetos de derecho privado, siendo el presidente o director de la agencia el órgano competente según el artículo 48.2, precisando, con carácter previo, la autorización del Ministerio de Hacienda.

El artículo 6 de la LRJSP exige que se cumplan tres condiciones:

- a) Los entes intervinientes no han de tener vocación de mercado (se presume cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 % de las actividades objeto del convenio).
- b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación para garantizar que los servicios públicos que le incumben se presten de modo que se logren los objetivos.
- c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

6. Respuesta a la empresa que consulta si se puede presentar en ese momento recurso especial de contratación contra el procedimiento seguido

Al ser el contrato de servicios superior a 100.000 euros, según el artículo 44.1 a) de la LCSP cabría el recurso especial en materia de contratación.

El artículo 44.2 a) admite el recurso contra los pliegos del contrato.

La legitimación para interponerlo está fuera de toda duda, según el artículo 48, porque tiene un indudable interés en el asunto.

En relación con el plazo, según el artículo 51.1 b) es de 15 días hábiles desde el día siguiente a que se publicara en el perfil del contratante el anuncio de licitación, siempre que en este caso se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos (si no, el plazo será de 15 días desde el día siguiente a que se le entregaran los mismos o haya podido acceder al contenido del perfil del contratante).

Por todo ello, en este caso, lo lógico es que ya haya transcurrido el plazo para poder recurrir y el acto sea firme, por lo que nos encontramos en presencia de actos propios o consentidos.

Además, el artículo 139.1 señala que las proposiciones de los interesados suponen la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad su reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

7. Contestación que debe dar el órgano de contratación a la solicitud de una empresa del ramo, que había participado en una licitación en otro contrato con la AGE, respecto a su petición de que se le informe sobre las actuaciones del expediente de contratación

En primer lugar, la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, establece como derecho del interesado en el artículo 53 el poder conocer en cualquier momento el estado de tramitación del procedimiento y obtener copias de los documentos que contenga el expediente. Pero en este caso el solicitante de información no tiene la condición de interesado.

La Ley 19/2013, de acceso a la información pública, transparencia y buen gobierno establece la publicidad activa y pasiva en su artículo 8 y obliga a la Administración a informar sobre todos los contratos, en los elementos que allí se contienen (entre otros, el objeto, la duración, el plazo, el procedimiento, el número de licitadores, la identidad del adjudicatario, las modificaciones del contrato, etc.).

El artículo 15 exige que si contiene datos especialmente protegidos, es preciso consentimiento del afectado expreso y por escrito, salvo que ya lo hubiera hecho manifiestamente público con anterioridad a la solicitud.

Si no contiene datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirige la solicitud, previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos afectados, sobre todo, a la protección de datos de carácter personal, resolverá teniendo en cuenta los criterios que en el citado precepto se establece, como, por ejemplo, entre otros, el menor perjuicio a los afectados o la justificación de la solicitud.

Sin embargo, en el artículo 18 se establecen causas de no admisión de las solicitudes y, entre otras, en el apartado a) se señala cuando la información esté en curso de elaboración.

En nuestro caso, la información se solicita para la adjudicación, pero, con posterioridad, se debe requerir al interesado, según el artículo 153, para la formalización y acompañamiento de la documentación exigida. El cumplimiento de este trámite se realiza cuando se lleve a cabo la formalización, que es en el momento en que se perfecciona el contrato. En el caso de que el adjudicatario del contrato no lo haga así, se requerirá lo mismo al siguiente mejor postor.

Por lo tanto, la información solicitada, que era la remisión del contenido de todo el expediente de contratación, no se había realizado todavía, estando en curso de elaboración, por lo que, en principio, procede la no admisión de esta solicitud mediante resolución debidamente motivada, y, de momento, sin tener en cuenta la protección de datos de carácter personal, al no ser necesario para no admitir la misma.

8. Comenté las circunstancias jurídicas de las ofertas presentadas y el ajuste a derecho o no de la actuación de la mesa de contratación

A) UTE que presenta una sola declaración responsable con los requisitos exigidos en el documento europeo único

No resulta ajustado a derecho, pues el artículo 140.1 e) de la LCSP exige declaración responsable de cada empresa participante, en la que figurará la información requerida en estos casos en el formulario europeo único de contratación. Entre otras causas porque el citado artículo y apartado contiene la información que exige esa declaración responsable (que la sociedad esté válidamente constituida, clasificación en su caso de la misma, etc.) y puede darse el caso de que sea distinta para cada empresa.

Ahora bien, podría considerarse un defecto subsanable por la mesa de contratación, al calificar la declaración responsable, según el artículo 141.2, después de otorgar hasta tres días para su subsanación.

- B) Empresa SL, que envía el 12 junio la documentación por correo, la anuncia ese mismo día al órgano de contratación, pero no llega a este hasta el día 30 junio. La mesa la excluye del procedimiento

La actuación de la mesa es ajustada a derecho, pues el artículo 161.1 señala que en los contratos sujetos a regulación armonizada el plazo para la presentación de solicitudes no podrá ser inferior a 30 días desde la fecha del envío del anuncio de licitación a la oficina publicación de la Unión Europea. Se envió ese anuncio el día 14 de mayo. Si el relato de hechos dice que se estableció como plazo de presentación el mínimo fijado por la ley, con carácter general, es el plazo vencía el día 13 junio (salvo que fuese un día inhábil, en cuyo caso se habilitaba al primer día hábil siguiente). Luego, si la documentación llegó el día 22 de junio al lugar de presentación, esta oferta está fuera de plazo.

En este sentido, ha de entenderse derogado el artículo 80.4 del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LCSP, que admitía que la documentación enviada por correo, si el empresario justifica la fecha de imposición del envío en la oficina de Correos y anunciaba al órgano de contratación la remisión de la oferta, se admitía la documentación que llegara durante los 10 días siguientes a la finalización del plazo.

Por otra parte, es obligatorio, en el ámbito de la contratación administrativa, la presentación por vía electrónica de la documentación y ofertas presentadas por los licitadores, tanto por lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 39/2015, que obliga a relacionarse con la Administración electrónicamente a las personas jurídicas, como por lo establecido en la propia LCSP en este sentido.

- C) Empresa, SA, que se había constituido cuatro años antes y que no acredita la ejecución de servicios en los tres últimos años, como criterio de solvencia técnica exigido, porque no los había realizado, como exigía el contrato, por lo que fue excluida, igualmente, por la mesa de contratación

La actuación de la mesa de contratación fue ajustada a derecho, porque el artículo 90.4 de la LCSP señala que en los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal a la que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por los medios a que se refieren las letras b) a f) del referido artículo, sin que sea, en ningún caso, aplicable lo establecido en la letra a) (relativo a la ejecución de un número determinado de servicios).

En este caso, como ya hemos señalado, el contrato estaba sujeto a regulación armonizada.

Respecto al recurso que debía utilizar la empresa, al señalar el caso que se trata de un recurso administrativo, será el recurso especial en materia de contratación a que se refiere el artículo 44.

- D) Varios empresarios que no se comprometieron, como establecía el pliego; que si resultaban ganadores, el titular del contrato sería una sociedad que tendrían que crearse

Esta opción de exigir que el titular del contrato fuera una sociedad formada por varios empresarios que participaron en una licitación pública, lo permite el artículo 66.2 de la LCSP en el contrato de concesión de obras y concesión de servicios, pero no para el contrato de servicios. Por ello, esta cláusula no es ajustada a derecho. Ahora bien, mientras no se retire del ordenamiento jurídico, a través del oportuno recurso o revisión de oficio por la propia Administración o por revocación, porque en realidad se trata de un acto de gravamen, por la vía de los artículos 107 o 109 de la Ley 39/2015, regulará dicho contrato.

Respecto al recurso de los afectados, habrá que ver si había transcurrido el plazo de publicación o entrega del pliego, pues es a partir de ese momento cuando se inició el plazo para recurrir, bien a través del recurso especial en materia de contratación, o bien directamente del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses.

- E) UTE, formada por tres empresas, SL, de las cuales dos de ellas se dedicaban a la limpieza de edificios y a la fabricación de los productos exigidos en el contrato, y la empresa restante solo se dedicaba a la limpieza del servicio

El artículo 66.1 de la ley tiene establecido como norma especial de capacidad de obrar de las personas jurídicas la exigencia de determinarla en función de su objeto social.

La doctrina administrativa (informes de la Juntas Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 8/2005 y de Baleares 11/2008, y resoluciones 148/2011 y 561/2015 del Tribunal Central de Recursos Contractuales) sostiene una interpretación flexible en esta materia, habiendo señalado de forma casi unánime que es suficiente una relación directa e indirecta entre las prestaciones objeto del contrato y los fines u objetos de la empresa para entender que las personas jurídicas gozan de capacidad de obrar y que, en caso de las UTE, es suficiente con que cada uno de los integrantes acredite una relación directa o indirecta, ya sea total o parcial, entre su objeto social y el del contrato.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 febrero 2013, postula una interpretación rigurosa, exigiendo que el objeto social de todos los miembros de la UTE abarque la totalidad de las prestaciones objeto del contrato, porque así lo exige el artículo 24.1 del reglamento de 2001 de la Ley de contratos.

En conclusión, es una cuestión discutible y desde luego, en nuestro caso, si dos de las tres que conforman la UTE cuentan con la capacidad de obrar para todo el objeto social y solo una para una parte del mismo, podría admitirse que no constituye vicio de ningún tipo.

9. Comente la viabilidad y el fondo de la cuestión respecto al recurso de reposición interpuesto por dos licitadores contra la adjudicación realizada a una SA que no acreditó, con carácter previo a la actuación de la mesa de contratación, ni su capacidad ni su solvencia, y pese a ello, la mesa propuso su adjudicación

El recurso de reposición no es el procedente, sino que lo era el recurso especial en materia de contratos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44.1 a) de la LCSP, ya que el valor estimado del mismo supera los 100.000 euros y, o bien interponer alternativamente este recurso, o bien se tiene que acudir directamente a la vía contencioso-administrativa.

Respecto al fondo de la cuestión, tampoco tiene razón, pues la LCSP, en sus artículos 140 y 141, obliga a emplear el DEUC (Documento europeo único de contratación), con carácter general, para todos los procesos, en sustitución de la documentación acreditativa de la capacidad y la solvencia, lo que supone una profunda simplificación administrativa.

Esa declaración responsable supone que tan solo se tendrá que exigir la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia a los licitadores que presenten la oferta económica más ventajosa, e, incluso estos, no será necesario que la presenten si están inscritos en el Registro Oficial de Licitadores de Empresas Clasificadas del Sector Público o figuran en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, y estos son accesibles de modo gratuito (art. 140.1 LCSP).

10. Comente todas las incidencias jurídicas relatadas respecto a la utilización de agua del pozo subterráneo y la resolución sancionadora dictada por el órgano de contratación, incluido el recurso interpuesto

Es el Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de aguas (TRLA), el que debe aplicarse para resolver lo planteado.

El artículo 2 del mismo señala que forman parte del dominio público hidráulico: a) las aguas continentales, tanto la superficiales como las subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación.

Por otra parte, el artículo 12 establece el carácter de dominio público de los acuíferos o formaciones geológicas por las que circulan aguas subterráneas.

El artículo 54 permite el aprovechamiento del agua subterránea al propietario de una finca cuando el volumen anual no supere los 7.000 m³.

Por otra parte, el artículo 52 indica que no se podrá adquirir por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico. Por ello, la afirmación que hace la empresa titular de la finca de que por prescripción había adquirido la propiedad del pozo y de las aguas no es ajustada a derecho.

Además, la disposición transitoria primera del TRLA señala que quienes, conforme a la normativa anterior, a la ley anterior de aguas (Ley 29/1985, de 2 de agosto), fueran titulares de aprovechamiento de las aguas públicas, en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada, seguirán disfrutando de sus derechos durante un plazo máximo de 75 años a partir de la entrada en vigor de la Ley 29/1981, que ocurrió el día 1 de enero de 1986, de no fijarse otro plazo menor (suponiendo que tuviera la concesión administrativa o autorización exigible si el uso excedía de 7.000 m³).

También la disposición adicional tercera establece que el titular de derecho sobre aguas procedentes de pozo inscrito en el Registro de Agua se respetará por la Administración durante 50 años, a partir del día 1 de enero de 1986.

Por tanto, la propiedad privativa de dichas aguas ha desaparecido con la legislación actual.

Respecto a la sanción impuesta por una infracción administrativa menos grave, parece ser la del artículo 116.3 b) del TRLA, consistente en el «alumbramiento de agua subterránea sin concesión o autorización administrativa».

Lo primero que debemos señalar es que como la finca de su titular no excedía el uso de 7000 m³, no tenía por qué poseer título habilitante para la utilización del agua. Si este es el caso, no existía tipicidad de la presunta infracción de la que se la acusa.

Suponiendo que el procedimiento se instruyó porque se excedió en dicha cantidad, debemos tener en cuenta que la resolución no parece ajustada a derecho por lo siguiente:

- a) El artículo 117.1 del TRLA prevé para las infracciones menos graves una sanción máxima de 50.000 euros, y a se les sancionó con 60.000 euros.
- b) Al tratarse de una sanción superior a 50,000 euros, no era competente el organismo de Cuenca para imponer la sanción, sino que lo era, a tenor del artículo 117.3, el ministro competente en materia de Medio Ambiente.

Respecto al recurso contencioso-administrativo, el órgano competente era el Tribunal Superior de Justicia y no el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 29/1998, LJCA. Por ello, debe dictar auto declarándose incompetente y remitiendo las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 29/1998 (LJCA), art. 10.
- Ley 28/2006 (agencias estatales), art. 2.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 13, 48, 53, 107 y 109.

- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 6, 8 y 47.1.
- Ley 9/2017 (TRLCSJP), arts. 17, 18, 22.1, 29, 44, 51, 66, 90.4, 99, 135, 139, 140.1, 141, 161, 167, 168 y 323.2.
- Real Decreto legislativo 1/2001 (TR Ley de Aguas), arts. 2, 12, 52, 54, 116 y 117.
- Real Decreto 1098/2001 (Reglamento de la Ley de contratos), arts. 24.1 y 80.4.
- Real Decreto 1730/2007 (creación de la agencia estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas), art. 28.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1699-129X (en versión impresa) e ISSN-e 2531-2146 (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 revista@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.-



PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Cursos de formación a medida para empresas *(in company)*

Nos adaptamos a las necesidades formativas de la empresa

Escuchamos las necesidades formativas de pequeñas, medianas y grandes empresas para ofrecer una propuesta global a medida, trabajando en estrecha colaboración para que sus planes de formación alcancen la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales. Adaptamos para ello los contenidos según sus necesidades específicas, atentos siempre a los horarios y ubicaciones geográficas que demanden.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a lo largo del año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA.

+ 4.100

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 67.500

Profesionales formados

+ 74.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

Más información en www.cef.es/empresas



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2021

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

CEF.-

Modalidades

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 31.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 27.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 18.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 7.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 6.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

CEF.-

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

CEF.-

Lugar y plazo

Los trabajos, junto con el sobre cerrado, se remitirán a la secretaria del CEF.- de Madrid: Centro de Estudios Financieros, a la atención de Begoña Cob Montes, Paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección. El plazo finaliza el día **4 de mayo de 2021**, a las **20,00 horas**.

CEF.-

Solicitud de las bases

Puede solicitar las bases del premio visitando www.cef.es