

CEF Legal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 242 | Marzo 2021

ISSN: 1699-129X

Abogacía y responsabilidad civil: reclamación de indemnizaciones

María Victoria Álvarez Buján

**Personas jurídicas y representación
penal: conflicto de interés**

Marta Gerique Martí

**Legitimación activa para impugnar
autorizaciones de
comercio de medicamentos**

Gerard Ramo Solé

**Enriquecimiento injusto
en la contratación pública**
José Enrique Candela Talavero



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2021

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

Revista CEFLegal

Núm. 242 | Marzo 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

Icíar 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 €

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

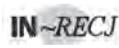
Artes Gráficas Coyve

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

Abogacía y responsabilidad civil profesional: prosperabilidad en la práctica de las demandas reclamando indemnización 5-38

Legal profession and civil responsibility: prosperity in the practice of lawsuits claiming compensation

María Victoria Álvarez Buján

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El conflicto de intereses en la representación procesal 39-62

Criminal liability and representation of legal persons: A conflict of interest in the criminal proceedings

Marta Gerique Martí

Constitucional-administrativo

La legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos: una muy necesaria revisión 63-92

The standing of pharmaceutical companies to challenge marketing authorisations of medicinal products: a much-needed revision

Gerard Ramo Solé

El enriquecimiento injusto en la contratación pública 93-128

Unjust enrichment and public procurement

José Enrique Candela Talavero

Casos prácticos

Civil

Vencimiento anticipado y resolución contractual: novedad jurisprudencial Adelaida Medrano Aranguren	129-136
Enriquecimiento injusto por plusvalía de la finca José Ignacio Atienza López	137-142
Acciones de protección sumaria de la posesión Casto Páramo de Santiago	143-148
Reconocimiento y ejecución en España de las resoluciones extranjeras José Ignacio Esquivias Jaramillo	149-156

Administrativo

Expropiación forzosa y contrato administrativo Julio Galán Cáceres	157-174
---	---------

Normas de publicación	175-176
-----------------------	---------

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>



Abogacía y responsabilidad civil profesional: prosperabilidad en la práctica de las demandas reclamando indemnización

María Victoria Álvarez Buján

Abogada. ICA de Ourense

Doctora en Derecho

victoriaalvarezbujan@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>

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 principal propósito de este trabajo estriba en proporcionar una visión global e ilustrativa de los elementos que, con arreglo a la doctrina y jurisprudencia de aplicación en la materia, conforman la responsabilidad civil de los profesionales de la abogacía, analizando por extensión los aspectos que necesariamente debe incluir toda demanda en la que se reclame una indemnización con motivo de la actuación errónea o negligente de un letrado, para que la misma pueda llegar a ser estimada. Pero este último punto no será el único abordado desde un enfoque práctico, dado que, al mismo tiempo, se aprovechará la ocasión para tratar de proporcionar, a partir de hipótesis concretas que constituyen supuestos de responsabilidad profesional, algunas claves de actuación a la hora de asumir y llevar a cabo la dirección letrada de asuntos, con la finalidad de evitar el problema de incurrir en negligencias. Asimismo, se facilitarán ciertos consejos y aclaraciones de interés sobre cómo reaccionar en la praxis ante la eventual comisión de una negligencia y, más en singular, frente a la interposición de una demanda en la que un cliente solicite una indemnización en tal sentido, tomando en consideración, además, la existencia y papel que juega el seguro de responsabilidad civil en este contexto.

Palabras clave: abogacía; negligencia; error; responsabilidad civil; indemnización.

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

Cómo citar: Álvarez Buján, M. V. (2021). Abogacía y responsabilidad civil profesional: prosperabilidad en la práctica de las demandas reclamando indemnización. *Revista CEFLegal*, 242, 5-38.



Legal profession and civil responsibility: prosperity in the practice of lawsuits claiming compensation

María Victoria Álvarez Buján

Abstract

The main purpose of this study is to provide a global and illustrative vision of the elements that, according to the doctrine and jurisprudence of application in the matter, make up the civil liability of legal professionals, analyzing by extension the aspects that must be included in any demand in which compensation is claimed due to the erroneous or negligent action of a lawyer, so that it can be estimated. But this last point will not be the only one examined from a practical point of view, given that, at the same time, will be offered, based on concrete hypotheses that constitute assumptions of professional responsibility, some keys in order to assume and carry out the legal direction of issues, with the purpose of avoiding the problem of committing negligence or mistakes. Besides, certain advices and clarifications of interest will be provided on how to react in practice before the eventual commission of negligence and, more specifically, against the filing of a lawsuit in which a client requests compensation in such meaning, taking into consideration, in addition, the existence and role that civil responsibility insurance plays in this context.

Keywords: legal profession; negligence; error; civil responsibility; compensation.

Citation: Álvarez Buján, M. V. (2021). Abogacía y responsabilidad civil profesional: prosperabilidad en la práctica de las demandas reclamando indemnización. *Revista CEFLegal*, 242, 5-38.



Sumario

1. Consideraciones introductorias
 2. Requisitos y pautas para determinar la existencia de responsabilidad civil profesional: falta de diligencia/negligencia, obligación de medios y teoría de la pérdida de oportunidad
 3. Hipótesis de responsabilidad civil profesional en la praxis: algunas particularidades
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Consideraciones introductorias

Como punto de partida de este trabajo no podemos hacer otra cosa que no sea ofrecer una definición del instituto de la responsabilidad en el ámbito del derecho civil que nos permita comprender su sentido y finalidad, y, a tal efecto, hemos optado por hacernos eco, entre otros, de Martínez-Calcerrada (1996, p. 20), autor que explicita que:

La responsabilidad implica el sometimiento a la reacción jurídica frente al daño. La finalidad de esa reacción, que equivale a la represión del daño, se logra por el derecho transfiriendo el peso del daño a sujeto distinto del perjudicado; este otro sujeto está obligado a soportar la reacción jurídica, independientemente de su voluntad.

En suma, y siguiendo, entre otros, a Cornet (2000, pp. 63-64), los presupuestos de la responsabilidad civil se pueden sintetizar básicamente en cuatro:

- a) La existencia de una conducta antijurídica, lo que significa que es preciso que se haya efectuado una acción ilícita o que suponga un incumplimiento de alguna norma del ordenamiento jurídico.
- b) La producción de un daño (material, personal, moral, etc.). Si no se sufre un daño o perjuicio, no cabrá ejercitar ninguna acción de responsabilidad civil.
- c) La concurrencia del nexo de causalidad, puesto que para poder exigir responsabilidad a una concreta persona es necesario que entre su acto/conducta y el daño provocado medie una relación de causa-efecto.
- d) La verificación de un factor de atribución, que puede ser subjetivo (dolo o culpa) u objetivo (la teoría del riesgo, la equidad, la garantía o la solidaridad social en relación con supuestos de derecho del trabajo), y supone el fundamento que justifica la obligación o deber de reparar¹.

¹ Esa reparación, a los efectos que nos conciernen en el presente trabajo, se materializará en una indemnización. En este sentido, como bien precisa Ortega Piana (2011, p. 59), la responsabilidad civil

implica finalmente asignar a determinada persona la asunción de un pago indemnizatorio como consecuencia de un daño o perjuicio generado, sea en el ámbito contractual o extracontractual, demanda con relación a dicha persona que se cumpla lo que bien puede denominarse como elementos o presupuestos constitutivos, siendo que la ausencia de uno solo de ellos es más que suficiente para que no se genere finalmente la referida obligación legal (heterónoma) de indemnizar.

Las anteriores matizaciones se encuentran plenamente relacionadas con la abogacía y la responsabilidad en el ejercicio de esta profesión, por cuanto al proceder al desempeño de la misma es claro que los abogados pueden cometer errores o negligencias que causen perjuicios a sus clientes y, en consecuencia, deriven en responsabilidad civil. Habida cuenta de tal potencial situación, el artículo 9 de la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales, dispone en su primer apartado que «los y las profesionales con titulación tienen el deber de cubrir mediante un seguro o garantía equivalente los riesgos de responsabilidad en que puedan incurrir a causa del ejercicio de su profesión»². Y a continuación, en su apartado segundo, añade que «en el supuesto de profesiones colegiadas, los colegios profesionales deben adoptar las medidas necesarias para promover y facilitar el cumplimiento del deber de seguro de sus colegiados en forma suficiente»³.

Asimismo, Cornet (2000, p. 64), haciéndose eco de Trigo Represas, afirma que:

La responsabilidad profesional es aquella en la que pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión, al faltar a los deberes específicos que ella impone; o sea, que tal responsabilidad deriva de una infracción típica de ciertos deberes

² Monterroso Casado y Escudero Herrera (2018, p. 204) precisan que

el seguro de responsabilidad civil proporciona una cobertura a la obligación que tiene una persona de reparar los daños y perjuicios causados a un tercero como consecuencia de una acción u omisión por la que deba responder. En cada póliza de seguro encontramos la extensión y los límites de los riesgos cubiertos.

³ Así, lo habitual en la práctica es que desde los colegios profesionales y, más en particular, por ser aquellos de concreto interés en atención a la temática de nuestro trabajo, por parte de los colegios de abogados se negocien las condiciones de las pólizas colectivas de responsabilidad civil con compañías o corredurías de seguros, para tratar de conseguir una mejores y más amplias coberturas con primas asequibles y, en su caso, franquicias más reducidas para sus colegiados. De esta forma se persigue la obtención de ventajas en la contratación del seguro (especialmente, en relación coberturas-precio), para lograr mejoras respecto de las condiciones que incluirían las pólizas de responsabilidad civil que individualmente (al margen de los colegios profesionales) puedan negociar los abogados por su cuenta. También es frecuente que las asociaciones de jóvenes abogados negocien, en similares términos, la contratación de pólizas colectivas de responsabilidad civil profesional al objeto de que sus miembros puedan decidir qué póliza les conviene o interesa más: la suscrita por el colegio de abogados, la concertada por la asociación o alguna otra que concierten a título individual (siendo esta opción la menos usual en la práctica, debido al coste que supone).

Resulta de interés reseñar que

el seguro de responsabilidad civil profesional del abogado nace ante el aumento en los últimos tiempos de las reclamaciones de los clientes a los Letrados, y ello dentro de una dinámica general que comenzó afectando a profesionales liberales como médicos, ingenieros, etc. llegando plenamente al colectivo de la Abogacía con posterioridad (González Ferrer, 2005, p. 55).

Además, como matiza Alonso Soto (2000, p. 195), el seguro de responsabilidad civil en general es un seguro moderno, ya que no surgió en su concepción actual hasta el primer tercio del siglo XIX.

propios de esa determinada actividad, ya que todo individuo que practique una profesión debe poseer los conocimientos teórico-prácticos de la misma, y obrar con la diligencia y la previsión necesarias ajustándose a las reglas y los métodos que corresponden.

Con certeza, la relación existente entre el abogado y su cliente, al no existir una figura expresamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico a tal fin, se incluye dentro del arrendamiento de servicios (Reglero Campos, 2007, pp. 790-791)⁴, siendo por tanto aplicable el régimen previsto en el Código Civil para la responsabilidad contractual en los supuestos en que se causen daños y perjuicios en el desempeño del encargo profesional⁵. En este contexto rige el plazo de prescripción de las obligaciones en general, esto es, 15 años (González Ferrer, 2005, p. 55). En consonancia, con tales ideas, como bien se precisa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 164/2015, de fecha 9 de junio de 2015, que se hace eco de la STS 283/2014, de 20 de mayo de 2014, rec. núm. 710/2010 (NCJ058520), no podemos perder de vista que

como recuerda la jurisprudencia (entre las más recientes, STS de 5 de junio de 2013, rec. núm. 301/2010 y las que en ella se citan), la relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato⁶.

Por otro lado, y si bien en el presente trabajo nos dedicaremos a abordar la responsabilidad de los profesionales de la abogacía a título individual (como profesionales liberales que trabajan por cuenta propia), no podemos obviar el hecho de que los abogados tam-

⁴ La STS 482/2006, de 23 de mayo, rec. núm. 3365/1999 (NCJ050028), afirmaba que

la calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en la inmensa mayoría de los casos (salvo muy concretas excepciones), de contrato de prestación de servicios, que define el art. 1.544 del Código Civil. La prestación de servicios, como relación personal «*intuitu personae*» incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del art. 1.258 del Código Civil y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional (Sentencia de 28 de enero de 1998). Incumplimiento total o cumplimiento defectuoso que da lugar a la obligación de resarcir los daños y perjuicios que en ellos traigan su causa.

⁵ Como recuerda Gaviria Londoño (2005, p. 29), «será civil contractual la obligación de asumir las consecuencias derivadas del hecho, acto o conducta que implica la violación de un deber regulado por la autonomía de las personas».

⁶ *Vid.* también SSTS 374/2013, de 5 de junio, rec. núm. 301/2010; 633/2005, de 14 de julio, rec. núm. 971/1999 (NCJ044746); 293/2006, 30 de marzo, rec. núm. 2001/1999; 186/2007, de 26 de febrero, rec. núm. 715/2000 (NCJ048250); 387/2007, de 2 de marzo, rec. núm. 1689/2000; 729/2007, de 21 de junio, rec. núm. 4486/2000 (NCJ042109), y 1133/2007, de 18 de octubre, rec. núm. 4086/2000 (NCJ038968).

bién pueden constituir una sociedad⁷, a través de la que facturen, existiendo aquí dos entes independientes: el abogado y la entidad, de suerte que en el caso de que algún cliente considerase que un trabajo/encargo no se ha efectuado diligentemente, podría reclamar tanto al profesional de la abogacía como a la sociedad, y esto último, con singularidad en los supuestos en que para la sociedad trabajen, como empleados, es decir, contratados por cuenta ajena, otros abogados y sea alguno de estos quien haya cometido o podido cometer la negligencia o el error⁸.

Con todo, la responsabilidad ante una eventual negligencia, error o mala praxis no nace automáticamente, sino que es preciso e inexcusable que se cumplan determinados requisitos o presupuestos, respecto de los cuales la carga de la prueba recaerá en la parte demandante, esto es, aquella que reclame una indemnización derivada de los daños y perjuicios causados por una determinada actuación –o falta de actuación– en el ejercicio de la profesión de la abogacía. En síntesis, deberá acreditarse la falta de diligencia o la negligencia / error / mala praxis en la prestación de los servicios, la concurrencia de un nexo de causalidad entre dicha negligencia y el daño producido y la existencia, así como el alcance de dicho daño o perjuicio, cuestión esta última que se encuentra en plena sintonía con la justificación de la pérdida de oportunidad, concepto al que nos referiremos más adelante en este trabajo⁹. Así, si acudimos a la jurisprudencia dictada en lo que concierne al ámbito de estudio que aquí nos concierne, podemos señalar que, para que surja la responsabilidad, se exige la presencia de determinados presupuestos:

- a) El incumplimiento de un deber.
- b) La prueba de dicho incumplimiento.
- c) La producción de un daño efectivo consistente en la disminución de las posibilidades de defensa.

⁷ De hecho, es muy habitual, por las ventajas fiscales que ello implica, que cuando se supera un determinado importe de facturación (100.000 euros al año) se conformen sociedades profesionales (sobre todo en formato sociedad limitada profesional, SLP).

⁸ Debemos tener claro que aquí, según lo previsto en el artículo 11 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales:

1. De las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada.

2. No obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan.

3. Las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que estas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social.

⁹ El cual, *mutatis mutandis*, también se aplica en lo que atañe a la responsabilidad médico-sanitaria.

- d) La existencia de un nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva, teniendo en cuenta que «el nexo de causalidad debe existir entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y solo se da si este último es imputable objetivamente, con arreglo a los principios que pueden extraerse del ordenamiento jurídico, al abogado»¹⁰.
- e) La fijación de la indemnización equivalente al daño proporcional a la pérdida de oportunidades¹¹.

En síntesis, en el presente estudio abordaremos los elementos que legal, doctrinal y jurisprudencialmente se requieren para establecer que de un determinado supuesto práctico se deriva responsabilidad por la actuación profesional de un abogado y para que, consiguientemente, una demanda en la que se reclame una indemnización en ese sentido pueda prosperar y ser estimada. A tal fin, partiremos de la ineludible premisa de que la obligación de todo letrado es, con carácter general, de medios y no de resultados, sin obviar que la comisión de una negligencia *per se* no implica que se haya incurrido en responsabilidad y que, por ende, deba otorgarse automáticamente una indemnización al cliente, sino que debe determinarse, acreditarse y cuantificarse la pérdida de oportunidad efectiva y concreta que ese cliente ha sufrido producto de la negligencia en cuestión.

Asimismo, descendiendo a un plano de corte más práctico, donde consideramos que reside el especial interés o enjundia de este trabajo, haremos referencia a diferentes y concretos supuestos de negligencias profesionales que en el ámbito de actuación de la abogacía conllevan responsabilidad, distinguiéndolos de aquellos otros que no derivan en ninguna responsabilidad, pese a poder parecerlo en línea de principio. Asimismo, por su estrecha conexión profesional en la esfera de la praxis judicial con los letrados, aludiremos a las funciones y obligaciones propias de los procuradores, poniendo, con peculiaridad, el acento en discernir las concretas actuaciones que resultan exigibles a estos últimos y cuyo incumplimiento deriva también en responsabilidad profesional, con independencia de la intervención y actuación del abogado que haya asumido la dirección técnica/letrada del asunto en concreto. Y todo ello se realizará con el propósito de poder proporcionar ciertas directrices o pautas prácticas que posibiliten, por una parte, hacerse una mejor composición de lugar sobre los aspectos y obligaciones clave a tener en cuenta como elementos integrantes de la *lex artis* por la que han de regirse los abogados a la hora de llevar un asunto (particularmente en el ámbito judicial) y, por otra parte, conocer el modo en el que un profesional de la abogacía debe reaccionar y actuar en el supuesto de que haya cometido (o considere que haya podido cometer) alguna negligencia en el desempeño de su actividad letrada¹².

¹⁰ Vid. SAP de La Coruña, Sección núm. 5, núm. 149/2018, de 16 de mayo.

¹¹ Vid. entre otras, SSTS 283/2013, de 22 de abril, rec. núm. 2040/2009, y 283/2014, de 20 de mayo, rec. núm. 710/2010 (NCJ058520).

¹² La negligencia se produciría cuando el profesional omita cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, no haga aquello que debe o haga menos de lo que debiera. Pero la negligencia no es la única

2. Requisitos y pautas para determinar la existencia de responsabilidad civil profesional: falta de diligencia/negligencia, obligación de medios y teoría de la pérdida de oportunidad

Enlazando con las ideas avanzadas en los últimos párrafos del epígrafe introductorio y como primer aspecto que tratar indefectiblemente en este apartado, hemos de incidir en el hecho de que la obligación del letrado es, en líneas generales, al igual que la de un médico¹³, de medios y no de resultados¹⁴. Para ofrecer mayor exactitud, siguiendo las palabras de Reglero Campos (2007, p. 791) debemos explicitar que:

Existirá obligación de medios (y no de resultados) en los casos en los que el resultado final pretendido por el cliente no dependa de forma exclusiva de la voluntad del abogado, sino de un tercero (Juez, contraparte [v. la STS de 25 noviembre 1999 (NCJ047236)], etc.).

En cambio,

habrá obligación de resultados, cuando habiendo recibido y aceptado el encargo del cliente, la obtención de aquellos dependa de forma exclusiva de la voluntad del Abogado. Así sucede cuando lo que debe hacer el Abogado es redactar informes, dictámenes, otros documentos (contratos, estatutos,...), realizar otros actos jurídicos (constitución de sociedades,...), etc. Como señala la citada STS de 3 octubre 1998 (RJ 8587; FD 3.º), se trata de un contrato de arrendamiento de servicios el que le vincula con su cliente, salvo que haya sido contratado para una obra determinada, como un informe o dictamen¹⁵.

faceta de la culpa. Esta también se puede proyectar a través de la comisión de una imprudencia, es decir, cuando se actúa precipitadamente, sin prever las consecuencias que derivarán de esa conducta irreflexiva. Asimismo, la culpa puede manifestarse a través de una impericia, lo que implica que el profesional haya actuado con desconocimiento o desatención de las reglas y métodos pertinentes y propios de su profesión (Cornet, 2000, p. 65).

¹³ Salvo en lo que concierne a supuestos relativos a ciertas intervenciones y tratamientos de medicina estética y odontología, donde se puede entender que la obligación es de resultados, especialmente cuando se pacta o garantiza un concreto resultado. *Vid.* STS 583/2010, de 27 de septiembre, cuyo ponente fue José Antonio Seijas Quintana.

¹⁴ Cornet (2000, pp. 66-72) detalla pormenorizadamente la disimilitud entre obligación de medios y de resultados, haciendo particular mención a la naturaleza jurídica de la obligación de los abogados y el contenido de su prestación. También efectúa una interesante alusión a esta dicotomía Espinoza Espinoza (2000, pp. 557-558).

¹⁵ Como ya hemos dejado entrever en la nota a pie de página núm. 13, algo similar sucede en relación con la profesión de la medicina, donde con carácter general las obligaciones son de medios (léase un diagnóstico), pero existen determinadas obligaciones parciales de resultado, como la

Así las cosas, podemos aseverar que cuando el encargo efectuado por un cliente consiste en llevar/tramitar un asunto ante un órgano judicial, dependiendo la decisión final de un tercero, es decir, el órgano judicial, no se puede predicar, respecto de los profesionales de la abogacía, el deber de conseguir una estimación de las pretensiones ejercitadas o una resolución favorable para su cliente¹⁶, sino que esto último dependerá de la prueba y de la convicción del órgano juzgador acerca de las alegaciones y de la inferencia probatoria que realice.

En sintonía con lo anterior y con una intención aclaratoria amén de complementaria, debemos matizar que, como se ha venido estableciendo jurisprudencialmente,

el juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador

obligación del médico de información asistencial previa al consentimiento del paciente, que es de resultado, y que puede convertir la obligación general de medios también en una de resultado, mediante la asunción de los riesgos inherentes a la intervención que no hayan sido previamente informados (Arbesú González, 2015, p. 84).

Asimismo, debe aclararse que

dentro de este tipo de intervenciones en las que el médico responde por la consecución de un resultado, se han encasillado las actuaciones médicas de la cirugía estética, de la vasectomía y la ligadura de trompas y de la odontología y, secundariamente, de algunos aspectos de la ginecología, análisis clínicos y la oftalmología (Arbesú González, 2015, p. 83).

¹⁶ No obstante lo anterior, debe precisarse que

existen casos en los que el actuar negligente del abogado causa un daño cierto al cliente que se concreta en la insatisfacción de un concreto interés estipulado en una determinada norma. Así ocurre, por ejemplo, cuando no se reclama, o se reclama de forma extemporánea, una indemnización a la que se tiene derecho (v. g., una prestación del FOGASA). En estos supuestos, el Supremo ha considerado que tal obligación del abogado no es de medios, sino de resultado, condenándole en consecuencia a abonar al cliente lo no percibido como consecuencia de no efectuar la reclamación (o de efectuarla tardíamente). Junto a ello, puede ocurrir también que la pretensión tenga un porcentaje de viabilidad del cien por cien. El caso aquí estudiado cuenta con la particularidad, a diferencia de otros resueltos por el Tribunal Supremo, de que existe una sentencia que concede una determinada indemnización a la que podrían haber accedido los demandantes de no ser por la negligencia del abogado. Es decir, la solución resulta más sencilla porque no hay que hacer una valoración de las posibilidades de éxito de la acción que se hubiera ejercitado, sino que existe ya una sentencia que tomar como base de comparación. Por tanto, el Supremo, concediendo idéntica cantidad, está entendiendo, en cierta manera, que no ejercitar la acción para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración constituye la frustración de la pretensión en sí misma, pues ha quedado patente su viabilidad atendiendo a las indemnizaciones concedidas a otros perjudicados (Chaparro Matamoros, 2014, p. 155).

(STS de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 26 de febrero de 2007, entre otras)¹⁷.

En efecto, el cumplimiento de las obligaciones que nacen de un contrato ha de ajustarse a la diligencia media razonable exigible según su naturaleza y circunstancias. Si un abogado incumple las obligaciones contratadas con su cliente o las que derivan de su actividad profesional, nos situaremos ante un supuesto de responsabilidad contractual. Además, «el resultado dependerá no solo del correcto actuar del Letrado (*lex artis ad hoc*), sino también de la pericia de la parte contraria y en todo caso de la valoración judicial de las pretensiones de las partes» (González Ferrer, 2005, p. 55).

La jurisprudencia es meridiana cuando declara que el deber de defensa judicial debe ceñirse al cumplimiento de la *lex artis* (esto es, las reglas del oficio o reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particularidades y circunstancias del caso en cuestión¹⁸. Así, entre los principales y más destacables deberes de los profesionales de la abogacía pueden enumerarse, a título ejemplificativo, los siguientes, a los que hace mención la STS 633/2005, de 14 de julio (NCJ044746):

- Informar de la gravedad de la situación.
- Informar de la conveniencia o no de acudir a los tribunales y de los costes del proceso, así como de las posibilidades de éxito o fracaso.
- Cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo.
- Observar las leyes procesales.
- Aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos¹⁹.

Allende lo anterior y en relación con el deber de información, según la STS 293/2006, de 30 de marzo, rec. núm. 2001/1999, los profesionales de la abogacía deben «informar de «pros y contras», riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad del éxito o fracaso». Asimismo, declara la citada sentencia que el letrado debe actuar con «lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa en Leyes Procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho»²⁰.

¹⁷ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo, núm. 492/2018, de 18 de septiembre.

¹⁸ STS 283/2013, de 22 de abril, rec. núm. 2040/2009.

¹⁹ *Vid.* ibídem.

²⁰ También hace alusión a la responsabilidad por incumplimiento del deber de información y del deber de no revelar secretos confiados por el cliente Crespo Mora (2006, p. 262). No obstante, en relación con la vulneración del deber de guardar secreto, esta autora plasma una reflexión de interés al explicar que

En definitiva, la esencia o *busilis* para determinar si existe responsabilidad profesional del abogado radica en examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio (el cual debe ser probado), se ha ocasionado (siempre y cuando no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto de la actuación judicial no susceptible de ser corregida por medios procesales) una disminución, que, según la jurisprudencia existente en la materia, ha de ser notable y cierta, de las posibilidades de defensa de la parte, suficiente para ser configurada como un daño que deba ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 del CC (STS 719/2008, de 23 de julio, rec. núm. 98/2002 [NCJ047556]). Esa disminución de posibilidades se identifica, entre otros extremos, con la denominada teoría de la pérdida de oportunidad (Martí Martí, 2012, pp. 25-30).

Al hilo de lo precedente, debe hacerse una disquisición acudiendo a la STS 739/2013, de 19 de noviembre, la cual recuerda que la doctrina jurisprudencial ha venido sosteniendo (SSTS 123/2011, de 9 de marzo, rec. núm. 1021/2007 [NCJ055272]; 628/2011, de 27 de septiembre, rec. núm. 1568/2008 [NCJ056206]; 772/2011, 27 de octubre, rec. núm. 1423/2008 [NCJ055817], y 437/2012, de 28 de junio, rec. núm. 546/2009 [NCJ057451]) que:

Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones -y, desde luego, en el caso enjuiciado-, tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico.

Y a renglón seguido, la citada STS 739/2013, de 19 de noviembre, precisa que justamente

de ahí que, en orden a su valoración económica, no pueda confundirse la valoración discrecional de la compensación que corresponde al daño moral con el deber de hacer un cálculo prospectivo de oportunidades del buen éxito de la acción, que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales. Mientras todo daño moral efectivo, siempre que deba imputarse jurídicamente a su causante, debe

pese a que la obligación de no revelar el secreto del cliente es uno de los deberes profesionales de más antigua tradición en nuestro ordenamiento jurídico (de hecho, pueden encontrarse vestigios del mismo incluso en el Digesto), y a pesar de que en la actualidad el secreto profesional disfruta de un amplio desarrollo legislativo, hasta la fecha nuestro Tribunal Supremo no se ha interesado por él. La razón que explica la ausencia de sentencias en este ámbito es, de nuevo, que el letrado frecuentemente infringe este deber sin que el cliente tenga conocimiento de ello y, en consecuencia, sin que llegue a interponer la correspondiente reclamación de responsabilidad civil contra el mismo (pp. 269-270).

ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad, pues en este caso el daño patrimonial debe considerarse inexistente (SSTS de 20 de mayo de 1996, rec. núm. 3091/1992, 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006, 28 de febrero de 2008, rec. núm. 110/2002, 23 de julio de 2008, rec. núm. 98/2002 [NCJ047556], 23 de octubre de 2008, rec. núm. 1687/03, y 12 de mayo de 2009, rec. núm. 1141/2004 [NCJ050070]).

En el orden de composición que nos atañe resulta, asimismo, reseñable como, entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense núm. 198/2016, de 24 de mayo, a la vista de la jurisprudencia existente en esta materia, y cuyos términos de mayor relevancia ya hemos citado *ut supra*, que afirma que para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad debe urdirse un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada,

pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades (SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006). En efecto «el daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no haya una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado».

Consecuentemente, y en atención a lo ya declarado en la STS 801/2006, de 27 de julio, rec. núm. 4466/1999 (NCJ047141) o en la STS 157/2008, de 28 de febrero, rec. núm. 110/2001 (NCJ045926),

la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral puede existir en esta privación, al menos en circunstancias normales²¹.

De modo complementario a lo anterior, De Cuevillas Matozzi (2005, p. 18) detalla, tomando también como referente la doctrina jurisprudencial y con adecuado criterio, en qué

²¹ *Vid.* también aquí STS 303/2009, de 12 de mayo, rec. núm. 1141/2004 (NCJ050070).

consiste la teoría de la pérdida de oportunidad como mecanismo para cubrir el daño mora²². Así, puntualiza que esta teoría

prevé la indemnización de la chance misma y no de la ganancia que era objeto de ella, es decir, que estamos ante una indemnización que se orienta a reparar el daño que se produce cuando el acto perjudicial ha frustrado la posibilidad –todavía no era una certidumbre– de obtener una cierta ventaja patrimonial o evitar una pérdida. La pérdida de la chance resulta así ser un daño actual, no hipotético, indemnizable porque implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que es frustrada. Es por ello que la chance puede ser valorada en sí misma, aun prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico que resulta frustrado por culpa del responsable. Aun cuando el resultado de la chance es siempre incierto, la chance y el perjuicio que se derivan de su frustración deben ser ciertos.

Además, el referido autor fija su mirada en la jurisprudencia italiana y, al amparo de la misma, colige que

es resarcible el daño derivado de la pérdida de una chance porque esta ya existe en el patrimonio del perjudicado y esta chance era idónea para producir, aunque solo probablemente y no con certeza absoluta, un determinado rédito.

En definitiva, para poder establecer que existe responsabilidad civil del profesional de la abogacía por la frustración en el ejercicio de una acción administrativa o judicial, es necesario que

el resultado dañoso se concrete, al menos, en una pérdida de oportunidades de buen éxito de la pretensión suficientemente justificada, lo cual exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas, ya que, siendo el daño derivado de dicha pérdida meramente hipotético, no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad de alcanzar un resultado favorable, debiéndose revelar la existencia del daño, atendidas las circunstancias, de forma patente e indiscutible (SSTS 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 27 de julio de 2006, 26 de febrero de 2007, 14 de julio de 2010 y 5 de junio de 2013)²³.

²² En efecto, tal y como explica De Cuevillas Matozzi (2005, p. 17)

hay sueños que son meras ilusiones, meros deseos, expectativas dejadas a la mano de Dios, cuyas posibilidades de realización no pueden ser previstas y que se encuentran más allá de lo jurídico. Sin embargo, existen otros sueños, otras ilusiones que podemos calcular, a los que llamamos probabilidades y que pueden ser objeto de consideración jurídica, en definitiva, el azar caprichoso, impredecible, por un lado, y el sueño calculable, objetivable, por otro.

A este último tipo de sueños o expectativas alude precisamente la teoría de la pérdida de oportunidad.

²³ *Vid.* SAP de La Coruña, Sección núm. 5, núm. 149/2018, de 16 de mayo.

Por su parte, y tratando de completar la idea anterior, hemos de reseñar que ya declaró la STS 296/2006, de 21 de marzo, rec. núm. 3752/1999 (NCJ050350), que

en supuestos de daños materiales, como son los aquí reclamados, esta Sala ha fijado el «quantum» indemnizatorio en lo dejado de percibir o que pudiera haberse obtenido, de no mediar la conducta negligente del Abogado o Procurador, así en sentencias, entre otras, de 17 de noviembre de 1995, 28 de enero y 3 de octubre de 1998, pero siempre cuando la existencia del daño, atendidas las circunstancias, se revelaba de forma patente e indiscutible.

Hasta aquí hemos ofrecido las principales pinceladas en lo que respecta al plano, más bien, teórico de lo que entraña y significa la teoría de la pérdida de oportunidad, en atención al criterio mantenido por la jurisprudencia en lo tocante a este concepto y a la materia relativa a la responsabilidad por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de la abogacía. En resumidas cuentas y, desde un punto de vista práctico, el *quid* tanto para colegir la existencia o no de una falta de diligencia o de una negligencia que implique responsabilidad como para determinar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, delimitando el alcance de la misma, reside en la prueba que se pueda proponer y practicar. Esta concepción obedece, fundamentalmente, a la circunstancia de que la responsabilidad de los profesionales de la abogacía en el ejercicio de su actividad como tal es subjetiva y de carácter contractual. En este sentido, la carga de la prueba de los elementos concernientes a la falta de diligencia en la prestación profesional, el nexo de causalidad con el daño producido y la existencia y alcance del mismo, corresponde a la parte que solicita la indemnización por incumplimiento contractual (STS 633/2005, de 14 de julio, rec. núm. 971/1999 (NCJ044746) y 729/2007, 21 de junio, rec. núm. 4486/2000 [NCJ042109])²⁴.

Expresado lo anterior en otras palabras, es la parte actora quien debe

probar la culpabilidad y los presupuestos de la responsabilidad del abogado, como es el nexo causal entre la conducta del letrado y la realidad del daño, el cual «ab initio» goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional, siendo al cliente que alega la negligencia del abogado al que le corresponde acreditar este incumplimiento contractual, que no puede ser presumido por el mero hecho de que la parte defendida por el letrado haya visto insatisfechas las expectativas en defensa de su interés o desestimadas las pretensiones formuladas en el juicio en el que este haya intervenido profesionalmente, ya que su éxito dependerá, al margen de una diligente conducta profesional, de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del Juzgador (SSTS 12 diciembre 2003, 14 de julio 2005, 23 marzo 2007, 23 julio 2008 y 14 julio 2010)²⁵.

²⁴ Vid. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo, núm. 492/2018, de 18 de septiembre.

²⁵ Vid. SAP de La Coruña, Sección núm. 5, núm. 149/2018, de 16 de mayo.

A mayores, en lo que respecta a la existencia de relación causal, podemos hacer referencia a la STS 293/2006, de 30 de marzo, rec. núm. 2001/1999 y poner aquí de relieve el hecho de que

cuando se acredita la producción de una negligencia profesional por incumplimiento de algunas de las obligaciones imputables al abogado, la apreciación del nexo de causalidad no se desenvuelve por lo general en un plano único de la causalidad física, cuya apreciación está reservada al tribunal de instancia como cuestión fáctica, sino que penetra en el terreno de la llamada imputación objetiva, que consiste en un proceso de valoración jurídica para determinar si, producida la negligencia, puede atribuirse a esta el daño o perjuicio producido con arreglo a los criterios de imputabilidad derivados de las circunstancias que rodean el ejercicio de la profesión desde el punto de vista de su relación jurídica y de la previsibilidad del daño con sujeción a reglas de experiencia, atendida la naturaleza de dicha función.

En definitiva, debe tener lugar una conjunción de factores, pues en la práctica no basta en modo alguno, al margen de lo que *a priori* podría pensarse, con que se haya producido un error o negligencia (o en su caso, una falta de diligencia) por parte del abogado, sino que es requisito *sine qua non* para poder determinar la existencia de responsabilidad y otorgar, en caso de que así proceda, una indemnización a favor del cliente que haya resultado perjudicado, la concurrencia acreditada de una pérdida de oportunidad, que además habrá de concretarse, delimitarse o moderarse, tarea esta que será en última instancia competencia del juez que conozca del asunto en cuestión.

La indemnización que se pueda reconocer ha de ser siempre equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades. En este sentido, no es preciso que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de las obligaciones del abogado. Empero, no podrá reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no se logre probar que la defectuosa actuación por parte del abogado disminuyó, por lo menos en un grado apreciable, las oportunidades de éxito de la acción. Y si efectivamente se verifica dicha disminución, podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción.

Por consiguiente, y llegados a este punto, podemos aseverar, a modo de conclusión/reflexión, que nos encontramos ante un tipo de responsabilidad civil por culpa y no de carácter objetivo²⁶, motivo por el cual

²⁶ «Se puede decir que el "dolo" y la "culpa" son la base de este tipo de responsabilidad, sin que pueda atribuirse a la actuación del letrado una responsabilidad por mero riesgo y así lo ha dicho T.S. que negó la responsabilidad objetiva» (Veiras Suárez y Villafáñez Gallego, 2006, p. 222).

las dudas u oscuridades sobre los hechos relevantes perjudicarían a la parte demandante al corresponderle pechar con la demostración plena de la actuación u omisión profesionalmente negligente, el daño y la relación de causalidad con el incumplimiento de los deberes profesionales. Una vez acreditado todo eso procedería entrar a valorar sobre el alcance de los perjuicios según las expectativas o posibilidad mayor o menor de la respuesta judicial frustrada (pérdida de oportunidades)²⁷.

Desde luego, una forma ilustrativa amén de didáctica de relacionar las cuestiones teóricas que afectan a nuestro concreto objeto de estudio, y que hemos sintetizado a lo largo de este epígrafe, es ver cómo se trasladarían las mismas a determinados supuestos de hecho, razonando sobre ello (a partir de una simbiosis entre pautas teóricas y supuestos prácticos) para poder colegir cuáles constituyen casos de responsabilidad profesional que den lugar al derecho a cobrar una indemnización, cuáles no y por qué. Acerca de estos extremos, entre otros de aquellos que hemos anunciado ya en la introducción, disertaremos en el siguiente apartado del presente trabajo.

3. Hipótesis de responsabilidad civil profesional en la praxis: algunas particularidades

En la práctica existen distintos supuestos que pueden originar responsabilidad derivada de la actuación profesional del abogado, destacando verbigracia las que menciona Salas Carceller (2007, pp. 421-424) y que explicamos someramente a continuación:

- a) No proponer en forma una prueba pericial, debiendo valorarse en este caso la pertinencia, necesidad, utilidad y relevancia de esta prueba a la hora de acreditar los hechos alegados, así como la imposibilidad de demostrar los mismos mediante otro medio de prueba que sí haya sido debidamente propuesto, admitido y practicado. Aquí, en suma, en caso de que se desestimase la demanda interpuesta, habría que razonar de forma argumentada y valorar debidamente si el motivo para dictar el fallo desestimatorio fue la falta de prueba de los hechos y si la forma (única e idónea en relación con el caso en concreto) de probar los mismos era precisamente por medio de una prueba pericial.
- b) Promover una acción una vez prescrita o caducada²⁸, puesto que dicho en sencillos términos, la acción ejercitada por medio de la demanda presentada estará abocada al fracaso de antemano, ya que la misma será desestimada por tales

²⁷ Vid. SAP de La Coruña, Sección núm. 5, núm. 149/2018, de 16 de mayo.

²⁸ Hemos de recordar aquí, con carácter incidental, que mientras la caducidad se aprecia de oficio, la prescripción solamente puede ser apreciada una vez que ha sido invocada a instancia de parte.

motivos, con una muy probable condena en costas ex artículo 394 de la LEC y sin que el juzgador entre siquiera a examinar el fondo del asunto. Tal situación, al margen de la imposibilidad de obtener la estimación de las pretensiones ejercitadas, conllevará una pérdida económica (los costes procesales) para ese cliente.

- c) No formular recurso de apelación y preparar fuera de plazo el recurso de casación, si bien en estos casos, al objeto de poder analizar si de tales negligencias debería dimanar responsabilidad y concederse alguna indemnización, habría que valorar y ponderar las posibilidades reales y efectivas de éxito de dichos recursos.
- d) Incurrir en falta de actuación, léanse los supuestos de no contestar a una demanda, no acudir a una audiencia previa o a un juicio o vista, no acometer un concreto encargo así pactado. etc.²⁹, sin perjuicio de que en estos casos tendremos que valorar y ponderar el daño efectivo que haya causado al cliente la ausencia de intervención o actuación por parte del abogado³⁰.
- e) Eludir el deber información³¹. Disponer de información es un derecho que asiste al cliente en primer término en su calidad de consumidor. Deontológicamente

²⁹ «En el supuesto contemplado por la STS de 3 de julio de 2001 se condena al abogado a indemnizar los daños causados a su cliente por no ingresar la cantidad que este último había puesto a su disposición para evitar la subasta de su vivienda que finalmente fue adjudicada a un tercero» (Salas Carceller, 2007, pp. 423-424).

³⁰ En palabras de Crespo Mora (2006, p. 261),

el comportamiento susceptible de generar responsabilidad puede producirse en momentos procesales diferentes. En primer lugar, en un elevado número de sentencias, el abogado incurre en responsabilidad civil por haber presentado la querrela una vez prescrito el delito o por haber interpuesto la acción fuera del plazo legal (*v. gr.*, la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual, la presentación fuera de plazo de la demanda laboral, etc.). En segundo lugar, la inactividad procesal puede consistir en la falta de contestación a la demanda o, posteriormente, en la falta de asistencia o personación al acto del juicio. Una vez iniciado el juicio, el comportamiento negligente del letrado puede producirse durante la tramitación del mismo (por ejemplo, por no aportar un elemento probatorio determinante para el éxito de la acción o recurso interpuesto). Terminado el juicio, la actuación negligente del abogado puede provenir de la no formalización o presentación extemporánea de los recursos correspondientes, error que resulta más frecuente en las jurisdicciones civil y laboral, debido, principalmente, a la brevedad de los plazos que establecen sus respectivas legislaciones para interponer recursos.

³¹ Igualmente recuerda el citado autor que se consideró como un supuesto de responsabilidad profesional el hecho de no reclamar (mediante petición expresa) los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de contrato de seguro, cuando el recargo del 20 % no resultaba aplicable de oficio. *Vid.*, en tal sentido, STS 1231/2002, de 30 de diciembre, rec. núm. 1908/1997. Asimismo, dicho autor refiere como otros supuestos constitutivos de responsabilidad profesional el de no reclamar el lucro cesante, sobre la base de lo declarado en la STS 996/2005, de 14 de diciembre, rec. núm. 1690/1999 (NCJ045495), y el de no acreditar ante un Juzgado de lo Social la representación de los clientes que se había asumido, conforme a lo explicitado en la STS 482/2006, de 23 de mayo, rec. núm. 3365/1999 (NCJ050028), en la que se sostiene que la falta de diligencia consistente en no obtener los poderes notariales, que justificasen la representación asumida por el letrado en cuestión, en el tiempo procesal oportuno, fue lo que dio lugar al archivo declarado por

te, informar de manera integral al cliente de los pormenores de su asunto es un deber de todos los letrados y se refiere no solo al deber de dar la opinión sobre las pretensiones del cliente, sino la forma de ejercitarlas (extrajudicial o judicialmente) y las posibilidades de éxito, el importe de sus honorarios y los criterios de aplicación de los mismos³², la evolución del asunto encargado, dando cuenta de todas las novedades, particularmente relativas a trámites procesales y resoluciones de relevancia y recursos que se puedan interponer contra las mismas, así como posibilidades de alcanzar un arreglo amistoso o transacciones³³. Igualmente es obligación del abogado advertir al cliente de las posibilidades de solicitar el beneficio de asistencia jurídica gratuita ante la posibilidad de que, por los datos facilitados por este pudiera reunir los requisitos preceptivos a tal fin. Y todo ello, sin dejar de lado el deber de comunicar las situaciones que pudieran afectar a la independencia y buen hacer del abogado en cuestión, verbigracia, relaciones familiares, de trabajo o de amistad con la parte contraria que puedan suponer un conflicto de intereses³⁴. Asimismo deberá informarse al cliente de la necesidad de intervención de otro profesional (procurador, perito judicial, etc.) y el coste que ello puede suponer³⁵.

el Juzgado de lo Social. En este caso, se entendió que la actuación negligente del abogado privó a sus clientes (los actores) de la oportunidad de someter sus pretensiones a la consideración del órgano judicial competente, vulnerándose con ello su derecho de acceso a la jurisdicción, como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución española.

³² En relación con este extremo, resulta de suma importancia que se confeccione por el abogado un presupuesto detallado (hoja de encargo) que se explicará al cliente al objeto de que lo firme. De tal forma, y en atención a la premisa de libertad de honorarios que rige respecto de los letrados, si el cliente conoce (y así puede acreditarse) el importe de los honorarios por los trabajos encargados con anterioridad a la realización de los mismos y los acepta, tal circunstancia limita sus posibilidades de reclamación, tanto a la hora de impugnar/discutir los honorarios (por ejemplo, en un eventual procedimiento de jura de cuentas regulado en el art. 35 de la LEC) como de cara a reclamar por alguna negligencia (léase falta de información respecto del cobro e importe de los honorarios).

³³ Dentro del deber de información por parte de los abogados, Ángel Yáguez (2008, pp. 4-6) destaca la obligación de informar sobre la existencia de una vía procesal para formular una pretensión o cualquier otro acto, informar sobre la marcha de un proceso, informar sobre la inviabilidad de una demanda, entregar al cliente la documentación del proceso y, de ser el caso, comunicar en debido tiempo la necesidad de consignar o avalar ante el juzgado la cantidad objeto de la condena.

³⁴ Hemos de reseñar aquí, a modo de matización, que

la obligación de información no viene recogida o establecida de forma general en los encargos a los letrados, a pesar de que la normativa deontológica sí obliga a ello, la obligación de información se configura como una obligación accesoria y viene encuadrada o recogida dentro de los deberes estatutarios del abogado (Delgado Alemany, 2019, p. 31).

³⁵ También deberá informarse al cliente, de ser el caso, de la posibilidad de solicitar la colaboración de otro profesional de la abogacía cuando la complejidad del asunto lo requiera, lo que resulta de interés en la práctica teniendo en cuenta que, en relación con determinados temas, muchos profesionales de la abogacía optan por mantener una relación de colaboración con otros despachos o profesionales dedicados específicamente a algún o algunos temas en particular.

A efectos prácticos, debemos hacernos el siguiente planteamiento, con carácter explicativo. Si la negligencia por la que pretende reclamarse es, por ejemplo, un supuesto relativo al transcurso de un plazo sin que se haya presentado una demanda o un recurso, el simple hecho de que dicho plazo haya transcurrido no implica que la indemnización se vaya a conceder directamente, sino que habrá que acreditar cuáles eran las posibilidades de que esa demanda o ese recurso fuesen estimados, es decir, cuál era su viabilidad y prosperabilidad y en qué porcentaje. En el supuesto de que se entienda, verbigracia, en atención a determinada doctrina jurisprudencial existente en la materia en cuestión, que la demanda o el recurso no tenían visos de prosperar, no habrá que indemnizar nada, porque la pérdida de oportunidades será aquí nula.

Del mismo modo, si el plazo que deja transcurrir negligentemente un abogado es el concedido para contestar a una demanda, habrá que ver y analizar la repercusión de no contestar a la misma. Igualmente deberá constatarse si la situación que se decretara al no presentar el escrito de contestación a la demanda, esto es, la denominada rebeldía, se prolonga en momentos posteriores y hasta que se dicte y notifique la sentencia o si, por el contrario, el abogado se persona (con procurador, salvo en los supuestos en que no sea preceptiva la representación)³⁶ y comparece con posterioridad, por ejemplo en la audiencia previa o incluso antes de que tenga lugar la misma, pero después de que haya expirado el plazo para contestar a la demanda. Hemos de tener muy presente en este contexto que la circunstancia de no contestar a una demanda no implica la asunción de los hechos relatados en la misma, antes bien viene a significar que la parte demandada se opone a la misma (de una forma genérica). Además, la carga de la prueba residirá igualmente en la parte actora, que deberá probar (con el objetivo de que la demanda interpuesta pueda prosperar) los hechos constitutivos de su pretensión³⁷.

Lógicamente, al no presentar escrito de contestación/oposición a la demanda, la parte demandada no podrá esgrimir en el marco del procedimiento alegaciones/motivos de oposición concretos ni hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. Tampoco podrá proponer prueba documental ni pericial en relación con los mismos, puesto que tales facultades/posibilidades habrán precluido. Ahora bien, si comparece en la audiencia previa, todavía podrá proponer otro tipo de prueba, testifical o testifical/pericial (que no pretenda propo-

³⁶ Ex artículo 23 de la LEC.

³⁷ En este sentido, hemos de matizar que

la rebeldía no implica allanamiento ni implica admisión de hechos, salvo que la Ley lo disponga expresamente (art. 496.2; por ejemplo *vid.* 440.3 para el juicio de desahucio). Ni siquiera implica la rebeldía *ficta confessio*, pues al contrario de las respuestas evasivas en la contestación, que sí pueden tomarse como *ficta confessio*, la no contestación (con rebeldía o sin ella) no tiene regulado en la Ley procesal española ese efecto; mucho menos supone aceptación de la existencia de hechos, como en el caso del interrogatorio, pues el juez no podría valorar la ausencia del litigante, y por ende la falta de contestación a las preguntas del interrogatorio como aceptación de los hechos que ellas puedan contener (Cortés Domínguez y Moreno Catena, 2015, pp. 155-156).

ner obviamente con el objetivo de encubrir una pericial) que sirva al objeto de desvirtuar la prueba y los hechos alegados por la parte actora³⁸.

En definitiva, el hecho de no presentar una contestación a la demanda en el plazo conferido a tal efecto³⁹, aunque ello sea en sí una actuación negligente cuando el abogado hubiera olvidado hacerlo o la hubiera presentado fuera de plazo, no implica directamente la concesión, por parte del órgano judicial competente, de una indemnización en caso de que se interponga una demanda reclamando la misma por responsabilidad profesional del letrado, pues en este supuesto tendrá que comprobarse en qué medida perjudicó a la persona en cuestión (cliente) la no presentación de esa contestación a la demanda y habrá, asimismo, que valorar y ponderar qué papel desempeñó el abogado después, en la audiencia previa y en el juicio.

No podemos olvidar que una demanda puede ser desestimada aunque la parte demandada permanezca durante todo el proceso en situación de rebeldía, y en la hipótesis de que

³⁸ Sin olvidar que en el supuesto de que se produzca algún hecho nuevo o de nueva noticia sí se podría alegar el mismo y proponer la práctica de cualquier medio de prueba al respecto, y ello en los términos previstos en el artículo 286 de la LEC, el cual dispone que:

1. Si precluidos los actos de alegación previstos en esta Ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer ese hecho, alegándolo de inmediato por medio de escrito, que se llamará de ampliación de hechos, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto del juicio o vista. En tal caso, se llevará a cabo en dichos actos cuanto se prevé en los apartados siguientes.
2. Del escrito de ampliación de hechos el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a la parte contraria, para que, dentro del quinto día, manifieste si reconoce como cierto el hecho alegado o lo niega. En este caso, podrá aducir cuanto aclare o desvirtúe el hecho que se afirme en el escrito de ampliación.
3. Si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuese reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil del modo previsto en esta Ley según la clase de procedimiento cuando fuere posible por el estado de las actuaciones. En otro caso, en el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto sobre las diligencias finales.
4. El tribunal rechazará, mediante providencia, la alegación de hecho acaecido con posterioridad a los actos de alegación si esta circunstancia no se acreditase cumplidamente al tiempo de formular la alegación. Y cuando se alegase un hecho una vez precluidos aquellos actos pretendiendo haberlo conocido con posterioridad, el tribunal podrá acordar, mediante providencia, la improcedencia de tomarlo en consideración si, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes, no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos.

En este último caso, si el tribunal apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación, podrá imponer al responsable una multa de 120 a 600 euros.

³⁹ Diez días hábiles en el caso del juicio verbal (ex art. 438.1 de la LEC) y veinte días hábiles (ex art. 404.1 de la LEC) con respecto al juicio ordinario, contados a partir del día siguiente a aquel en que se reciba la notificación de la demanda.

la misma fuese estimada, habiéndose producido negligencia por parte de abogado de la persona demandada, habría que considerar cuáles eran las posibilidades reales de que la postura que pretendía mantener esta última parte prosperase. Dicho de otro modo, habría que examinar los motivos de oposición que podrían esgrimirse y cómo y hasta qué punto podrían probarse, es decir, en resumidas cuentas, habría que analizar cuáles eran las posibilidades de que la contestación-oposición a la demanda prosperase y en qué medida la inactividad del abogado perjudicó al cliente, en concreto y cuál fue la pérdida de oportunidades real y efectiva que este sufrió. Sobre este punto debería centrarse precisamente la dirección letrada de cualquier asunto en el que se reclame una indemnización en relación con la actuación de un letrado, ya sea si se asume la defensa de la entidad aseguradora del profesional o la del propio profesional o, incluso, cuando el mismo letrado se encargue de la defensa de ambos⁴⁰.

Al hilo de lo anterior, hemos de poner de manifiesto que en la práctica lo más correcto, con el ánimo de evitar problemas relativos a franquicias, es demandar tanto al letrado en cuestión como a su compañía aseguradora, dado que puede existir en la póliza alguna franquicia de cuyo importe, en su caso, haya de hacerse cargo el abogado. No obstante, también podría demandarse solo al abogado, en cuyo caso, obviamente, la compañía respondería igualmente, una vez que, si es el supuesto, se dicte sentencia condenatoria concediendo una indemnización en favor del cliente que reclama. De hecho, la defensa del letrado negligente puede ser asumida por el letrado de la compañía de seguros si así lo solicita aquel tras poner en conocimiento de la entidad aseguradora el siniestro en cuestión.

También podría demandarse solamente a la compañía aseguradora, particularmente si se tiene conocimiento de que no existe ninguna franquicia en la póliza de seguro de responsabilidad civil del abogado, pues, de lo contrario, al no demandar a ambos (compañía y abogado) o únicamente al abogado, el cliente que reclama su indemnización perdería el importe relativo a la franquicia, aun cuando se estimase su demanda. En otras palabras, si le concediesen una indemnización, a título de ejemplo, de 15.000 euros, de la misma habría que descontar el importe correspondiente a la franquicia, el cual perdería la parte actora al no haber demandado al abogado negligente y dirigir su demanda únicamente contra la compañía aseguradora.

En contraposición a lo hasta aquí expuesto, hemos de señalar que puede considerarse que no son hipótesis generadoras de responsabilidad, a las que ya aludía también Salas Carceller (2007, pp. 424-425), las que a continuación se reseñan:

1. No solicitar mayor indemnización, modificando conclusiones provisionales en un proceso penal, a la vista del informe forense sobre secuelas. Ello por cuanto no podría concluirse, al hilo de lo declarado en la STS 293/2006 de 30 de marzo, rec.

⁴⁰ En la praxis judicial, abogado y entidad aseguradora pueden actuar representados y asistidos por el mismo procurador y abogado o por profesionales jurídico-procesales distintos. Los codemandados podrían actuar también representados por el mismo procurador y asistidos de diferente letrado.

núm. 2001/1999, que la consecuencia de no recibir una indemnización de mayor cuantía puede ser objetivamente imputada a la conducta de letrado, teniendo en cuenta que en esta sentencia se afirma que

el resultado objetivo consistente en la asignación de una determinada indemnización por la secuela padecida revelada en el nuevo informe forense no puede imputarse con certeza razonable (no ya con absoluta seguridad, puesto que no es este, como se ha visto, el canon aplicable) a la falta de modificación de la cuantía de la indemnización solicitada por parte del abogado defensor. La sentencia recurrida pone de manifiesto, en efecto, que la sentencia penal no hace ninguna referencia a este tipo de limitación, y que la indemnización concedida, equivalente a la solicitada también por el Ministerio Fiscal, no se ofrece en una apreciación jurídica como manifiestamente improcedente desde el punto de vista de su cuantía (circunstancia que pondría de relieve que esta había sido impuesta por la limitación derivada de la solicitud formulada), puesto que la trascendencia de la invalidez que podía derivarse de la limitación funcional destacada en el informe forense aparecía vinculada a un posible empeoramiento de las lesiones que el tribunal penal no pudo tener en cuenta en el momento de dictar la sentencia, como corroboró el Tribunal Supremo al inadmitir el recurso de casación que se fundaba en la opinión contraria.

2. No proponer la comparecencia de determinados testigos, y ello por cuanto no podrá determinarse que la intervención y declaración de tales testigos o incluso la aportación de un informe de un detective privado hubiera sido determinante, esto es, decisiva para variar el sentido del fallo⁴¹.
3. Presentar demanda ante un juzgado que se declara territorialmente incompetente, pues en estos casos se procederá de acuerdo con lo dispuesto en la LEC, en función de si nos encontramos ante un fuero imperativo (de acuerdo con lo establecido en el artículo 54.1 de la LEC)⁴², supuesto en el cual la competencia territorial es indisponible por las partes y regirá la revisión de oficio, teniendo en cuenta que, incluso ex artículo 67 de la LEC, se admitirán alegaciones de falta de competencia territorial, en el marco de los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal cuando, en el caso de que se trate, fueren de aplicación

⁴¹ Vid. en relación con esta peculiar cuestión, STS 498/2001, de 23 de mayo, rec. núm. 914/1996.

⁴² Conforme al cual

las reglas legales atributivas de la competencia territorial solo se aplicarán en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción. Se exceptúan las reglas establecidas en los números 1.º y 4.º a 15.º del apartado 1 y en el apartado 2 del artículo 52 y las demás a las que esta u otra Ley atribuya expresamente carácter imperativo. Tampoco será válida la sumisión expresa o tácita en los asuntos que deban decidirse por el juicio verbal.

normas imperativas. Si el fuero no es imperativo (y, por ende, la competencia territorial es materia disponible por las partes), cabría interponer, si así interesa al demandado, declinatoria en los términos y plazo que establecen los artículos 63 y siguientes de la LEC en relación con el artículo 59 del mismo cuerpo legal⁴³.

4. No vigilar la actuación del procurador, profesional judicial independiente y con funciones distintas y claramente discernibles a las del abogado.

Con certeza, y en relación con el último de los supuestos mencionados que, en principio, no implican responsabilidad de los abogados, hemos de precisar que estos no son los únicos profesionales del ámbito judicial a los que se les puede exigir responsabilidad civil, sino que la misma, por razones obvias, también resulta predicable respecto de los procuradores y los peritos judiciales⁴⁴. En el escenario que plantea un procedimiento judicial puede ocurrir que se confundan las obligaciones de unos y otros profesionales, de suerte que en un inicio no parezca claro, en el caso de que se haya producido algún perjuicio a un cliente, a quién ha de imputarse la negligencia o falta de diligencia y, por tanto, a quién debe achacarse la responsabilidad del mismo.

En este orden de cosas, y a título ejemplificativo de la casuística que en la praxis se puede plantear, debe especificarse que no vigilar la actuación del procurador no puede considerarse como una hipótesis susceptible de generar responsabilidad para el abogado, ya que según se indicaba en la STS 213/2006, de 27 de febrero, rec. núm. 1950/1999, a la que alude Salas Carceller (2007, p. 425), relativa a un caso en que el procurador actuante no había informado oportunamente al abogado de la emisión, en el marco de un proceso penal, de un auto fijando la cuantía máxima que podría reclamarse al amparo del seguro obligatorio de automóviles en el ulterior proceso civil,

no puede exigirse al abogado una obligación de vigilancia sobre el cumplimiento por el procurador de las obligaciones profesionales que le incumben y que derivan tanto de la relación de mandato con su cliente como de su propio estatuto profesional.

⁴³ Vid. al respecto de este particular aspecto STS 598/2000, de 8 de junio, rec. núm. 2446/1995 (NCJ045242), la cual consideró, en relación con el asunto que en cuestión era objeto de discusión, que

la presentación de la demanda en el Juzgado territorialmente competente, desconociendo la cláusula de sumisión de un contrato cuya nulidad de postula, es una cuestión jurídica, no solo discutible, sino perfectamente atendible (motivo sexto); en uno y otro supuesto, no cabe imputar incumplimiento contractual y derivar responsabilidad.

En cuanto a la declinatoria cabe matizar colateralmente que también podría interponerse la misma cuando nos encontremos en un caso de existencia de un fuero imperativo, sin perjuicio de que si la misma no se interpone, el juez pueda examinar de oficio la competencia territorial, apreciar su falta y proceder en los términos que la ley procesal le permite.

⁴⁴ Resultan de interés la información y reflexiones plasmadas en lo que concierne a la responsabilidad de procuradores en Salas Carceller (2007, pp. 428-432).

En la misma línea, la STS 460/2006, de 11 de mayo, recuerda que:

Esta Sala tiene declarado que el abogado director del asunto no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los procuradores (STS de 27 de febrero de 2006), los cuales deben tener conocimiento de cuáles son sus obligaciones y facultades y de cómo las particularidades de la representación de oficio les imponen especiales deberes de vigilancia para garantizar la continuidad de las acciones procesales cuando la posible sustitución de unos profesionales por otros, permitida por la ley, puede redundar en perjuicio de quienes han obtenido la declaración de justicia gratuita⁴⁵.

Deteniendo por un momento nuestra atención en la profesión de la procura (a modo de comparanza con la profesión de la abogacía), debemos tener presente que el artículo 26.2.3.º de la LEC dispone que:

Aceptado el poder, el Procurador quedará obligado: 3.º A tener al poderdante y al Abogado siempre al corriente del curso del asunto que se le hubiere confiado, pasando al segundo copias de todas las resoluciones que se le notifiquen y de los escritos y documentos que le sean trasladados por el Tribunal o por los Procuradores de las demás partes.

Además, tal y como resalta la STS 598/2017, de 8 de noviembre, rec. núm. 1562/2015 (NCJ062867), el procurador se halla vinculado su cliente por

un contrato de mandato (art. 27 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil que indica la aplicación de las normas de este contrato a falta de disposiciones expresas), con su contenido obligacional, singularmente la confianza, que está obligado a cumplir, ajustándose a las instrucciones del mandante y respondiendo de los daños y perjuicios que pudiera causar (arts. 1709 a 1739 CC); en concreto la LEC le impone (art. 26) tener al cliente y al letrado siempre al corriente del negocio que se le hubiere confiado, hasta haber concluido el pleito.

Es cierto que el deber de los/ profesionales de la procura de mantener informados de las novedades del asunto a sus clientes se diluye en la práctica judicial por el hecho de que a quien se informa (por costumbre) es al letrado que ejercita la dirección técnica del asunto, profesional que, además, mantiene un contacto más próximo o directo con el cliente. De hecho, la estrategia defensiva que los procuradores hacen valer, en ocasiones, en la práctica, cuando se ven involucrados en procesos judiciales donde se les reclama una indemnización por un supuesto de negligencia, y consiguiente responsabilidad, por falta de información,

⁴⁵ Cfr. también STS 702/2005, de 26 de septiembre, rec. núm. 698/1999 (NCJ043776).



notificación a los clientes, pasa por esgrimir como argumento el hecho de que al abogado sí le remitieron en tiempo y forma la notificación sobre la que pivote la controversia (cuando ello lógicamente se haya efectuado). Cabe entonces preguntarse, necesariamente, hasta qué punto esto es efectivamente así, cuando *de facto* incluso existen circulares internas de los colegios de procuradores que avalan la práctica de notificar a los abogados que llevan la defensa de los asuntos y no a los clientes (poderdantes) directamente.

Pues bien, en relación con esta cuestión, la STS 250/2010, de 30 de abril, cuyo ponente fue Xiol Ríos, concluía que el ejercicio de la profesión de la procura

comporta no sólo la recepción y diligente transmisión de las resoluciones judiciales al abogado, sino también un análisis de tales resoluciones suficiente al menos como para captar los perjuicios que puede causar al cliente una determinada omisión y advertirle de ello.

Por otro lado, debe advertirse que cuando el procurador no disponga de instrucciones o estas fueran insuficientes, deberá actuar conforme a lo que requiera la naturaleza o índole del asunto, y ello por cuanto

la adecuación de la conducta del Procurador a la «práctica habitual» no puede exonerarle de responsabilidad, siquiera sea por la elemental razón de que los tribunales no pueden legitimar prácticas no ajustadas al estatuto legal de una profesión por más habituales que sean, ya que entonces caería por su base el enjuiciamiento de la responsabilidad civil profesional desde la perspectiva de las reglas o normas rectoras de la profesión de que se trate⁴⁶.

Esta idea debe ser conjugada con la postura mantenida en la STS 598/2017, de 8 de noviembre, rec. núm. 1562/2015 (NCJ062867), resolución en la cual se declara que:

La diligencia del procurador en su actuación ante los tribunales es la que resulta de las obligaciones legalmente impuestas y el cumplimiento de estas obligaciones en modo alguno resultaba de imposible cumplimiento. La sentencia 3003/2009, de 12 de mayo, declara que «el cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias» y «la responsabilidad por negligencia o morosidad concurre cuando, producido objetivamente el incumplimiento, el obligado no acredita, si, como normalmente ocurre, está en su mano, haber actuado con el grado de cuidado exigible con arreglo a dichas circunstancias y haber concurrido

⁴⁶ *Vid.* SAP de Álava núm. 25/2014, de 3 de febrero (FJ 5.º).

circunstancias imprevisibles o inevitables que impidieron el cumplimiento en los términos convenidos».

En este orden de composición cabría, pues, plantearse la responsabilidad del procurador en un supuesto en que le hubiese realizado las notificaciones directamente al abogado que dirige el asunto y que este no le haya contestado, ni acusado recibo, ni respondido a llamadas telefónicas, haciendo caso omiso de los intentos de puesta en comunicación efectuados por el procurador, hasta el punto de, por ejemplo, no presentar escritos de tramitación procesal o no acudir a la audiencia previa, al juicio o a la vista. Se suscita aquí la duda de si existiría una responsabilidad solidaria entre ambos profesionales judiciales o si habría que deslindar las responsabilidades de uno y otro en el caso de que, ante la actitud omisiva y de inactividad del abogado, transcurriese algún plazo o el justiciable, como consecuencia de la inactividad del abogado, sufriese algún perjuicio que suponga una pérdida de oportunidad acreditada.

Antes de finalizar este epígrafe, no podemos sino referir algunas pautas o consejos a tener en cuenta desde el punto de vista del ejercicio profesional de la abogacía. Así, en primer término debe resaltarse la importancia de explicar al cliente todos los pormenores del asunto cuya gestión/solución haya encomendado, incluidas las dificultades, posibilidades de éxito/fracaso y coste. Indudablemente, la mejor opción, como ya hemos comentado con anterioridad, es dejar constancia por escrito de que el cliente ha recibido esta información. Como, en la práctica, entregar un documento, en el que consten las complejidades y posibilidades de fracaso del asunto para que el cliente lo lea y firme, puede generar una cierta desconfianza para este, una posibilidad aceptable es la de utilizar, a tal efecto, una hoja de encargada detallada en la que figuren todas las actuaciones que se prevea efectuar y los honorarios que abonar en función de la efectiva realización y resultado de las mismas. De esta suerte, se estarían mostrando indirectamente las complejidades del asunto y las posibilidades de éxito o fracaso de las pretensiones de cliente.

En segundo término, debemos saber cómo actuar en el momento en que se advierta que se ha cometido o podido cometer una negligencia. Resulta aquí de suma importancia, por un lado,

intentar minorar las consecuencias económicas del posible error mediante las acciones que correspondan y siempre mediante instrucciones por escrito del cliente y, por otro lado, no asumir pagos derivados del error, por cuenta del cliente, sin conocimiento y consentimiento de la aseguradora (González Ferrer, 2005, p. 57).

Por último, hemos de traer a colación que, ante un supuesto de comisión de una negligencia de un abogado, no es inusual que, previamente a la vía judicial, se lleve a cabo un proceso de mediación extrajudicial en el marco del colegio de abogados al que pertenezca el abogado que supuestamente haya cometido o podido cometer la negligencia. La perso-

na que actúa en calidad de mediador suele ser el decano del referido colegio profesional, y las partes entre las que va a mediar serán el abogado negligente y el abogado que ahora represente al cliente descontento con la actuación de su primer abogado. La principal pretensión de estos procesos de mediación radica en aproximar posturas y llegar a un acuerdo, no tanto en relación con el fondo del asunto, cuanto en lo que respecta a la decisión de dar parte del posible siniestro a la compañía de seguros con la que se encuentre suscrita la póliza colectiva de responsabilidad civil profesional negociada a través del colegio de abogados. Si se llega a un acuerdo en tal sentido, se levanta acta del mismo, que se traslada a la compañía aseguradora, con la finalidad de que por parte de sus tramitadores y asesores jurídicos se estudie el asunto, se valore si efectivamente puede considerarse que se ha producido un siniestro relativo a la concreta actuación negligente o constitutiva de mala praxis por parte del letrado en cuestión y, en su caso, se examinen las posibles vías/soluciones que adoptar.

Si posteriormente se acude a la vía judicial, ha de recordarse que si el mediador es citado por alguna de las partes litigantes o por ambas para declarar como testigo, podrá y deberá acogerse a su deber de secreto profesional. En este sentido, salvo que las partes involucradas en el proceso de mediación lo hubiesen dispensado expresamente de tal obligación⁴⁷, podrá negarse a responder a aquellas preguntas que comprometan su deber de confidencialidad⁴⁸, y ello en virtud de lo establecido en el artículo 9 de la Ley 5/2012, de 6

⁴⁷ No podemos olvidar que el principio de confidencialidad tiene excepciones o límites en determinados casos y, en síntesis, en los siguientes: cuando exista aceptación expresa de las partes al respecto, a efectos elaboración de estadísticas, cuando la información no es personalizada y se emplea para fines formativos o de investigación, cuando se revela información por razones de orden público, es decir, porque dicha información supone un peligro para la vida o la integridad física o moral de una persona y, finalmente, cuando las partes acuerdan ejecutar, ratificar u homologar el resultado de la mediación (Viola Demestre, 2010, p. 7).

⁴⁸ Toda mediación debe estar impregnada por un conjunto de principios que sustancialmente son: voluntariedad y libre disposición de las partes, igualdad, imparcialidad y neutralidad de los mediadores y confidencialidad. Para un estudio a mayor abundamiento de los principios informadores de la mediación, resultan, entre otros varios, de sumo interés los trabajos de López Fernández (2017, pp. 29-46) y Ortiz Pradillo (2011, pp. 2-34).

Asimismo, debe ponerse de manifiesto que Magro Servet (2017), tras un concienzudo análisis, aboga por la posibilidad de que mediante una reforma *de lege ferenda* se introduzca la mediación civil y penal con carácter preceptivo en los asuntos de reclamaciones por responsabilidad profesional, en relación con abogados, procuradores, profesionales sanitarios, economistas, titulados mercantiles, administradores de fincas, ingenieros, etc. (todos ellos colegiados). Como principales ventajas de su idea destaca, entre otras, el hecho de agilizar la resolución de la controversia y de evitar la estigmatización que para el profesional supone verse inmerso en un proceso judicial.

Asimismo, en relación con la anterior idea, con la que convenimos, Iturmendi Morales (2012, p. 17) opina que

la mediación puede solucionar extrajudicialmente, de forma económica, rápida y sin causar daño a la reputación, gran cantidad de conflictos de responsabilidad civil que saturan los ór-

de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴⁹ en relación con lo previsto en los artículos 307, 371 y concordantes de la LEC⁵⁰.

4. Conclusiones

A modo de colofón, tras todo lo analizado a lo largo del presente trabajo, hemos de plasmar las siguientes reflexiones críticas y de implicación práctica, referidas tanto desde

ganos jurisdiccionales, mediante procedimientos adaptados a cada modalidad de riesgo de responsabilidad civil y las necesidades de las partes.

⁴⁹ Dicho precepto se encuentra literalmente redactado en los siguientes términos:

Artículo 9. Confidencialidad. 1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

- a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
- b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

⁵⁰ El artículo 307 de la LEC preceptúa que:

1. Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.

2. Cuando las respuestas que diere el declarante fuesen evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento previsto en el apartado anterior.

Por su parte, el artículo 371 de la LEC dispone lo siguiente:

1. Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interroge, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta.

2. Si se alegare por el testigo que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, el tribunal, en los casos en que lo considere necesario para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia, pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter.

El tribunal, comprobado el fundamento de la alegación del carácter reservado o secreto, mandará unir el documento a los autos, dejando constancia de las preguntas afectadas por el secreto oficial.

la perspectiva del abogado que pueda haber cometido una negligencia profesional como desde la óptica de aquellos clientes que, ante un descontento justificado por una posible negligencia, error o falta de diligencia profesional del abogado que habían contratado para un determinado asunto, tengan como pretensión la de reclamar una indemnización por responsabilidad civil en el ejercicio de la profesión a dicho profesional.

Pues bien, en primer lugar, desde la óptica del abogado hemos de indicar que ante una eventual negligencia debería comunicar el siniestro/problema a su compañía aseguradora, verificando primero si en su póliza de responsabilidad civil existe franquicia y el importe de la misma, que será, en última instancia, la cantidad que haya de sufragar con cargo a su disponibilidad económica.

Con todo, el abogado deberá valorar que la compañía de seguros tratará de defender sus intereses y, en su caso, abonar la indemnización de menor cuantía posible, lo que implica que, salvo que la cuestión esté muy clara y no haya lugar a dudas, no admitirá un acuerdo amistoso y defenderá la oposición a la demanda del cliente, lo que hará que el procedimiento se alargue en el tiempo. En este contexto el abogado demandado o que potencialmente pueda llegar a ser demandado, deberá valorar qué le interesa más desde su óptica profesional, esto es, si tratar de llegar particularmente a un arreglo con premura (para evitar revuelo) con el cliente, asumiendo el pago del mismo, antes de dar parte a la compañía aseguradora, o incluso después, si la compañía aseguradora no está de acuerdo con abonar la indemnización (y menos en la cuantía total que se reclama). En este sentido, el arreglo al que llegue el abogado debería plasmarse por escrito, haciendo que el cliente se comprometa a no reclamar ninguna indemnización al margen de la recibida por esa negligencia y las cuestiones relacionadas a la misma ni al abogado ni a la compañía aseguradora. Esto último es de relevancia a efectos de que el acuerdo suscrito entre cliente que reclama y abogado resulte válido y eficaz, visto que de conformarse un acuerdo solamente entre abogado y cliente, este último podría plantearse reclamar con posterioridad las cantidades que pudieran faltar en concepto de indemnización a la entidad aseguradora y, según el caso y el enfoque, dicha reclamación podría prosperar, suponiendo un problema nuevamente para el abogado que no vería zanjado el asunto. Y tal situación, a su vez, podría generar un problema o controversia entre el abogado asegurado y la compañía en cuestión.

No obstante, tampoco puede perderse de vista que formalizar un acuerdo con prontitud para impedir que se extiendan valoraciones negativas acerca de la profesionalidad del abogado en concreto es solamente conveniente en caso de que la negligencia cometida no resulte defendible. De lo contrario, entendemos que debería tratar de defenderse el asunto, porque un arreglo, al fin y a la postre, implica un reconocimiento de que se ha cometido una negligencia. Y como ya hemos reseñado, aun cuando se haya incurrido en una negligencia o falta de diligencia, la misma puede ser intrascendente si no lleva aparejada una pérdida efectiva de oportunidad para el cliente debidamente acreditada y, en todo caso, la indemnización reclamada inicialmente por el cliente puede ser moderada y, por ende, minorada,

lo que de cara al público también tendrá repercusión⁵¹. Todos estos aspectos deben ser tenidos en cuenta por el abogado supuesta o potencialmente negligente para tomar una decisión al respecto de la tramitación de la eventual reclamación que su cliente formule.

En lo que concierne a los intereses de un cliente potencialmente perjudicado por una supuesta negligencia, hemos de incidir en la necesidad de corroborar primeramente la existencia de tal negligencia y el alcance y perjuicios provocados por la misma. Como hemos visto, no es suficiente para poder obtener una indemnización por responsabilidad profesional de un abogado el mero hecho de que se haya cometido una negligencia o un error, léase, que al abogado se le haya pasado un plazo sin interponer la demanda que tenía encargada o sin interponer un recurso, etc., sino que será necesario que ese error/negligencia haya causado un perjuicio efectivo y cuantificable, además de acreditable a dicho cliente, es decir, es imprescindible (así lo ha venido estableciendo la jurisprudencia) que se haya originado una pérdida de oportunidad real, que habrá de cuantificarse/ponderarse/valorarse, al objeto de determinar la responsabilidad del letrado y, de forma subsiguiente, calcular la indemnización que correspondería al cliente perjudicado.

En resumidas cuentas, si ese recurso/medio de impugnación o esa demanda no tenían visos de prosperar o si, pese a los motivos de oposición a esgrimir en una contestación a la demanda, era fundadamente previsible que las pretensiones del cliente resultasen desestimadas (estimándose, por consiguiente, la demanda interpuesta por la parte actora), y ello, particularmente, por motivos legales o jurídicos de fondo (normas o jurisprudencia de aplicación a una determinada materia), poca o ninguna relevancia va a desplegar a efectos prácticos la comisión de la negligencia, dado que si las pretensiones que iba a ejercitar el cliente no resultaban viables/prosperables⁵², no habrá pérdida de oportunidad

⁵¹ Probablemente, sobre todo en ciudades de pequeña población donde los profesionales del ámbito jurídico y esferas afines se conocen, si un abogado comete una negligencia, la misma se conocerá (al margen de lo que pueda publicarse en medios de comunicación). En este sentido, es muy importante la decisión y actitud que tome el abogado en cuestión al respecto. Por ejemplo, si inicialmente salta a la luz una noticia sobre una reclamación de miles de euros contra un abogado y después resulta que no se concede indemnización alguna al cliente o que se le otorga una indemnización mucho menor, estimamos que ello sería positivo para rehabilitar la imagen del abogado. En cambio, si se llega a un acuerdo para tratar de zanjar las consecuencias del «rumor», indirectamente se estará asumiendo la efectiva comisión del mismo, lo que jugará en detrimento de la imagen/reputación profesional.

⁵² Con independencia de esto, recordemos que un abogado puede defender a un cliente ejercitando pretensiones que *a priori* puedan resultar inviables, siempre que informe a este de la situación y dificultades. Inviabilidad e insostenibilidad son extremos desemejantes. Mientras una pretensión no sea insostenible no hay inconveniente para que un abogado la ejercite, siempre que su cliente esté claramente informado.

A título aclaratorio, podemos indicar que la insostenibilidad rozaría los límites de una aberración jurídica por suponer una manifiesta carencia de fundamento, mientras que la inviabilidad estaría relacionada con las dificultades para que una concreta acción pueda prosperar y que pueden referirse a problemáticas de prueba, a la existencia de una concreta doctrina jurisprudencial que perjudique los intereses y pretensiones del cliente, etc. No obstante, la acción, aunque en prin-

efectiva⁵³. En otras palabras, la actuación o falta de actuación del letrado se considerará irrelevante, ya que se concluirá que el resultado, tanto con la comisión de la negligencia en cuestión como sin ella, sería el mismo y se traduciría en la desestimación de las pretensiones del cliente y, así las cosas, ninguna indemnización correspondería a este.

En atención a lo anterior, y a título de sugerencia, no conviene precipitarse a la hora de reclamar una indemnización a un abogado por una presunta negligencia, sino que es recomendable cerciorarse previamente de la prosperabilidad de una demanda en tal sentido, puesto que de lo contrario, amén del perjuicio que ya ha sufrido (o cree que ha sufrido) el cliente por mor de la supuesta negligencia por la que desea/prende interponer demanda de reclamación de cantidad por responsabilidad civil profesional, podría arriesgarse a que se desestimaran las pretensiones ejercitadas en la misma con una condena en costas, con lo que ello supone desde el punto de vista económico, particularmente si la cuantía de la demanda reclamando indemnización por la actuación irregular o indebida o la falta de actuación negligente de un letrado es elevada. Y este singular aspecto debe ser especialmente tomado en consideración por el abogado que asesore a un cliente para reclamar contra otro letrado.

cipio sea inviable, podría ejercitarse igualmente, considerándose que el abogado actúa diligentemente, puesto que las tornas pueden cambiar y en el momento del juicio puede conseguirse la prueba, o el juzgador puede considerar suficiente la prueba practicada (aunque aparentemente al inicio no lo fuese). Incluso recordando la característica de independencia judicial, el concreto juez competente podría (aunque no sea lo más habitual) apartarse de la línea jurisprudencial dominante y, ante tal situación, quedaría la pelota en el tejado de la parte contraria para decidir, siempre que hubiese lugar a ello, si interponer o no el ulterior recurso que proceda. Y también podría darse una coyuntura (no previsible inicialmente) de cambio de criterio jurisprudencial durante la tramitación procesal del asunto en cuestión que afectase favorablemente a la hora de dictarse sentencia en relación con el mismo.

Asimismo, hemos de reseñar que la diferencia existente entre insostenibilidad e inviabilidad de las pretensiones puede inferirse del contenido de los artículos 15 y 32 a 35 de la Ley 1/1996, de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita.

⁵³ Esto sería lo que se denomina como criterio o juicio de prosperabilidad (Martí Martí, 2012, pp. 28-30). Así, el órgano judicial competente para conocer del asunto deberá llevar a efecto

un razonamiento en torno a la verosimilitud del éxito (o grado del mismo) de la pretensión del cliente que la culpa del abogado frustró. Esta línea de pensamiento, que en el Derecho anglosajón se conoce como «juicio dentro del juicio», entiende que no cabe atribuir al abogado, sin más, el resultado negativo del asunto confiado por el cliente. Y establece la condena, en su caso, en función, como decía, de las posibilidades razonables de éxito de la pretensión que el cliente dice habersele frustrado. Se entiende, que en casos como estos, el tribunal pueda llegar a la conclusión de que el daño del cliente fue la totalidad del interés que él tenía en juego en el asunto. Si, por ejemplo, el órgano judicial partiera de la consideración de que, de no haber sido por la culpa del abogado, toda la pretensión del cliente habría hallado éxito (Ángel Yáñez, 2008, p. 39).

Referencias bibliográficas

- Alonso Soto, R. J. (2000). Responsabilidad civil y seguro. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 193-204.
- Ángel Yágüez, R. de (2008). La responsabilidad civil del Abogado. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 1-54.
- Arbesú González, V. (2015). La naturaleza jurídica de la obligación en odontología curativa y estética. *RDUNED. Revista de Derecho UNED*, 16, 81-120.
- Cornet, M. (2000). Responsabilidad civil del abogado. *Anuario de Derecho Civil*, 5, 61-87.
- Crespo Mora, M. C. (2006). La responsabilidad civil del abogado en el derecho español: perspectiva jurisprudencial. *Revista de Derecho. División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, 25, 257-285.
- Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (2015). *Derecho Procesal Penal. Parte General*. (8.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Cuevillas Matozzi, I. de (2005). Indemnizar los sueños: reflexiones al hilo de una sentencia del Tribunal Supremo. *La Toga*, 153, 15-24.
- Delgado Alemany, R. (2019). El deber de información del abogado como fuente generadora de Responsabilidad Civil. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 70, 27-44.
- Espinoza Espinoza, J. (2000). La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 53, 549-582.
- Gaviria Londoño, V. C. (2005). Responsabilidad Civil y Responsabilidad Penal. *Derecho Penal y Criminología*, 26(78), 25-52.
- González Ferrer, J. J. (2005). El aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del abogado. *La Toga*, 152, 55-57.
- Iturmendi Morales, G. (2012). La mediación en conflictos de Responsabilidad Civil. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 41, 9-40.
- López Fernández, R. (2017). Los principios que informan el procedimiento de mediación. En Quesada López, P. M. (Coord.), *La mediación como método para la resolución de conflictos* (pp. 29-46). Dykinson, Universidad de Jaén.
- Magro Servet, V. (2017). La mediación obligatoria en materia de responsabilidad profesional. *Diario La Ley*, 8913.
- Martí Martí, J. (2012). Doctrina jurisprudencial reciente sobre el error de abogado. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 44, 23-30.
- Martínez-Calcerrada, L. (1996). *La responsabilidad civil profesional. De los Teleinformáticos, Auditores de Cuentas, Periodistas, Arquitectos-Peritos, Médicos-Peritos y de los Peritos Judiciales en general*. Colex.
- Monterroso Casado, E. (Coord.) y Escudero Herrera, C. (2018). *Presupuestos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil extracontractual*. Ediciones CEF.-
- Ortega Piana, M. A. (2011). Responsabilidad civil y seguros. *Ius et Veritas*, 43, 58-75.
- Ortiz Pradillo, J. C. (2011). Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 65(2.135), 2-34.
- Reglero Campos, L. F. (2007). La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia



dencia del Tribunal Supremo. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 11, 785-814.

Salas Carceller, A. (2007). La responsabilidad civil de los abogados, procuradores y notarios y registradores de la Propiedad. En Seijas Quintana, J. A. (Coord.), *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales* (pp. 415-448). Sepín.

Veiras Suárez, C. y Villafañez Gallego, R. (2006). La responsabilidad profesional en la juris-

prudencia reciente del Tribunal Supremo (médicos, abogados, procuradores y notarios). En Rodríguez-Montero, R. P. (Coord.), *Responsabilidad civil de profesionales y empresarios: Aspectos nacionales e internacionales* (pp. 183-234). Netbiblo.

Viola Demestre, I. (2010). La confidencialidad en el procedimiento de mediación. *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, 11, 1-10.



Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El conflicto de intereses en la representación procesal

Marta Gerique Martí

Abogado en Gómez-Acebo & Pombo

martagerique@icam.es | <https://orcid.org/0000-0001-9045-2163>

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

Este trabajo se centra en la problemática que puede surgir habitualmente en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas y, en particular, de las sociedades mercantiles, debido al modelo legal español de representación en el procedimiento elegido por el legislador, que apuesta por la figura de un representante especialmente designado. Debido a la arquitectura interna de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puede tener lugar un conflicto de intereses en los casos en los que la persona física que ocupa la representación de la sociedad en el procedimiento es, al mismo tiempo, investigada a título personal.

Este potencial conflicto de intereses es un daño colateral del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el que la legislación les atribuye responsabilidad penal, bajo determinadas circunstancias, en caso de comisión de determinados delitos en el seno de su estructura empresarial por parte de ciertas personas determinadas legalmente, esto es, los administradores o personas con responsabilidad o por omisión de sus deberes de vigilancia. Y son precisamente las personas investigadas como persona física y autores materiales del delito quienes en muchas ocasiones son llamadas a ser designadas para la representación de la sociedad en el proceso penal, debido tanto a los puestos que ocupan como a su conocimiento de los hechos investigados.

Este conflicto de intereses puede, potencialmente, comprometer el derecho a un proceso con todas las garantías y lesionar la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa de la sociedad investigada, con los riesgos que ello supone tanto para la propia persona jurídica como para el resto de implicados y la administración de justicia que, en ciertas ocasiones, puede verse obligada a declarar una nulidad de actuaciones y repetir el procedimiento.

Este artículo aborda el estado de la cuestión en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia con el ánimo de sintetizar las consecuencias procesales y sobre cómo puede reaccionar el ordenamiento para minimizar este riesgo procesal para las sociedades.

Palabras clave: personas jurídicas; conflicto de intereses; responsabilidad penal.

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

Cómo citar: Gerique Martí, M. (2021). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El conflicto de intereses en la representación procesal. *Revista CEFLegal*, 242, 39-62.



Criminal liability and representation of legal persons: A conflict of interest in the criminal proceedings

Marta Gerique Martí

Abstract

This work focuses on the issue that can often appear in the criminal prosecution of legal persons and, more specifically, companies, due to the Spanish legal model of representation in the proceedings chosen by the legislator, that opts for the concept of a representative specially appointed. A conflict of interest can occur within the inner architecture of the criminal liability of legal persons in those cases where the natural person that represents the company in the proceeding is also prosecuted in his or her own name at the same time.

This potential conflict of interest is a collateral damage of the criminal liability's system for legal persons, which can be legally accountable for a crime, under certain circumstances, in the case of a crime being committed within the company's structure by certain people according to the law, that is, directors or people in charge, or by breach of their duties of surveillance. Many times these people who are prosecuted as natural persons as perpetrators of the crime are the representatives of the company in the legal proceedings, due not only to the positions they hold, but also to their knowledge of the facts under investigation.

This conflict of interest can, potentially, jeopardize the right to a fair process and breach the procedural guarantees and defense right of the prosecuted company, which, in turn, can create risks for the legal person as well as for the rest of the people involved and for the administration of justice, that in certain cases can be compelled to declare the nullity of the proceedings and its repetition.

This article discusses the state of the matter in law, doctrine and case law to synthesize the criminal consequences and how the law can react to minimize this procedural risk for companies.

Keywords: legal persons; conflict of interest; criminal liability.

Citation: Gerique Martí, M. (2021). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El conflicto de intereses en la representación procesal. *Revista CEFLegal*, 242, 39-62.





Sumario

1. Introducción
 2. La persona jurídica en la regulación procesal criminal
 - 2.1. Planteamiento
 - 2.2. Síntesis de la regulación sobre enjuiciamiento de personas jurídicas en la LECRIM: a propósito del «representante especialmente designado»
 - 2.3. Conflicto de intereses y derecho de defensa de la sociedad
 3. Instrumentos frente a la indefensión de la sociedad en el proceso penal
 - 3.1. Deberes de lealtad y buena fe
 - 3.2. Remedios procesales
 - 3.3. Reforma legislativa
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida en nuestro ordenamiento a través de las modificaciones a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP) y al Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de enjuiciamiento criminal (LECRIM), que se llevaron a cabo a partir del año 2010. En el ámbito sustantivo, el CP fue modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (LO 5/2010), y posteriormente por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En el ámbito procesal, la LECRIM fue modificada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (Ley 37/2011).

Hasta esta modificación del Código Penal, las personas jurídicas eran susceptibles de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil, pues gobernaba el sistema el principio *societas delinquere non potest*. Con el cambio de paradigma operado por la reforma del CP y de la LECRIM, las personas jurídicas son también responsables penalmente por los delitos cometidos por determinadas personas físicas al amparo de su estructura y organización. Las consecuencias accesorias (arts. 127 y ss. CP) han quedado reservadas a las entidades sin personalidad jurídica.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene un régimen propio y diferenciado del de las personas físicas en varios aspectos. Se predica únicamente de determinados delitos que pueden cometer algunas de las personas físicas relacionadas con la persona jurídica, en un sistema de *numerus clausus* como establece el CP y recuerda la jurisprudencia¹.

¹ STS de 18 de diciembre de 2019 (rec. núm. 1785/2018 [NCJ064794]) y AAP de Valencia, Sección 5.ª, de 13 de diciembre de 2019 (rec. núm. 1716/2019).

Así, las personas jurídicas responderán por los delitos cometidos por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto por determinadas personas, que pueden dividirse en dos grupos: responsables y subordinados. Los responsables cuyos delitos son aptos para generar responsabilidad penal de la persona jurídica pueden ser los representantes legales, los que estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o los que ostenten facultades de organización y control. Los subordinados son las personas sometidas a la autoridad de los responsables, y que cometan delitos en el ejercicio de actividades sociales «por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad» (art. 31 bis CP). La responsabilidad de la persona jurídica solo quedará excluida (o, en su caso, atenuada) en caso de que haya desarrollado e implantado «modelos de organización y gestión» que contengan «las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión» (los conocidos como programas de cumplimiento, modelos de *compliance* penal, etc.). La reforma del CP también puso el foco de atención sobre la figura del encargado de cumplimiento o *compliance officer* en las sociedades, como responsable de estos «modelos de organización y gestión», sobre los que tendrá funciones más o menos amplias, según la relación del *compliance officer* con la sociedad (orgánica, laboral, mercantil, etc.).

La LECRIM contiene, desde la reforma de octubre del año 2011 (con cierto *décalage* con respecto a la reforma sustantiva del CP en junio de 2010), una serie de previsiones destinadas a regular el procesamiento de las personas jurídicas para adaptar las exigencias del derecho de defensa y la tutela judicial efectiva a las características propias de este sujeto pasivo. Este trabajo se centra en estas implicaciones procesales y, más concretamente, en el derecho de defensa de las sociedades mercantiles. Aunque este régimen se aplica a la gran mayoría de entidades con personalidad jurídica (con las exclusiones del art. 31 quinquies del CP), abundaremos en los aspectos que atañen a las sociedades reguladas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (LSC). La reflexión se centra en la opción de legislador por ordenar que las actuaciones en el procedimiento penal se entiendan con un «representante especialmente designado» por la persona jurídica, según señala la LECRIM. La exposición de motivos de la Ley 37/2011 afirmaba que venía a regular «las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas» y, en particular, el «derecho de defensa de las personas jurídicas». No obstante, la cuestión no está resuelta, lo que viene generando debate en la doctrina y en la práctica judicial. Incluso el Tribunal Supremo ha señalado que la regulación actual sobre la figura de este «representante especialmente designado» puede no garantizar el derecho de defensa de la persona jurídica investigada, poniendo de relieve, asimismo, la elevada «trascendencia procesal»² de esta cuestión, como seguidamente veremos.

² STS núm. 154/2016, de 29 de febrero (rec. núm. 10011/2015 [NCJ060873]).

2. La persona jurídica en la regulación procesal criminal

2.1. Planteamiento

Con carácter previo, debemos señalar que las personas jurídicas gozan de los mismos derechos que las personas físicas en el seno de un procedimiento penal. En particular, características intrínsecas de las sociedades reguladas por la LSC como el carácter mercantil, la naturaleza impersonal, o el ánimo de lucro, no suponen *per se* merma alguna del estándar de sus derechos procesales. Es cierto que existen determinados derechos que, por su naturaleza, solo pueden predicarse como propios de las personas físicas por su condición humana. No obstante, en el contexto de un proceso, no cabe realizar dicha distinción, más allá de las limitaciones propias de esa condición no humana, como derechos vinculados a la intimidad, la dignidad, etc³.

Ya la Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010 (Circular 1/2011) analizaba la reforma del CP y anticipaba, antes de la modificación de la LECRIM, lo siguiente:

La única excepción en este sentido se podría plantear respecto de aquellas garantías que solo tuvieran sentido en razón de la condición de persona física del imputado, pero ninguna de las enunciadas en el artículo 24 de la Constitución Española está concebida sobre esta premisa.

Actualmente, el artículo 409 bis de la LECRIM establece que a la declaración de la persona jurídica tras su imputación

le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.

La jurisprudencia también ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo número 221/2016, de la Sala de lo Penal, de 2 de marzo de 2016 estableció [cursiva enfática añadida]⁴:

La responsabilidad de las personas jurídicas –ya se suscriba un criterio vicarial, ya de autorresponsabilidad– solo puede declararse después de un proceso con todas las garantías. *La imposición de cualquiera de las penas –que no medidas–*

³ STS de 8 de mayo de 2018 (rec. núm. 10311/2017).

⁴ Salvo que se indique lo contrario, de ahora en adelante el énfasis es añadido.

del catálogo previsto en el art. 33.7 del CP solo puede ser el desenlace de una actividad jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del ius puniendi.

Incide en este punto la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016:

«La tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc. [...] ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones». Esa afirmación no es sino consecuencia del nuevo estatuto de la persona jurídica en el proceso penal.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 123/2019, Sala de lo Penal (Sección 1.ª) (rec. núm. 1763/2018) de 8 de marzo de 2019 confirmó lo siguiente: «Los derechos esenciales reconocidos al acusado en el marco del proceso penal, sea material o procesal su contenido, deben ser igualmente reconocidos a las personas jurídicas».

2.2. Síntesis de la regulación sobre enjuiciamiento de personas jurídicas en la LECRIM: a propósito del «representante especialmente designado»

La LECRIM contiene determinadas previsiones específicas para la instrucción y enjuiciamiento de procesos en los que sea investigada una persona jurídica. En lo que atañe al derecho de defensa y al tema sobre el que orbita este trabajo, debemos referirnos especialmente a los artículos 119, 409 bis, 786 bis y 787 de la LECRIM.

En primer lugar, el artículo 119 de la LECRIM establece una serie de particularidades para los casos en que haya de procederse a la imputación de una persona jurídica. Así, señala que se requerirá a esta para que «proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento». La falta de designación del representante –puntualiza– no impedirá la sustanciación del procedimiento con los profesionales designados. A falta de designación, se procederá a su designación de oficio (aunque sin beneficio de asistencia jurídica gratuita en el caso de las sociedades mercantiles). A este representante de la persona jurídica se refiere la LECRIM como «representante especialmente designado».

De entrada, debemos señalar que esta fórmula para el procedimiento penal se aparta de la legislación supletoria de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC). Conforme a la LEC, las personas jurídicas tienen capacidad para ser parte (art. 6.1.3.º LEC), y en el procedimiento, en su nombre «comparecerán quienes legalmente las representen» (art. 7.4 LEC). Los representantes legales de la sociedad mercantil serán los miembros del órgano de administración en la forma que adopte en cada caso (art. 209 LSC) o el represen-

tante voluntario, de haber sido apoderado debidamente a tal fin⁵. En caso de concurso de la sociedad en fase común o de convenio, habrá que estar a la intervención o sustitución de las facultades de la sociedad deudora por parte de la administración concursal, conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (LC), en su artículo 33 apartado 1 letra b) ordinales 12.º y 13.º. Debemos señalar que en caso de disolución de la sociedad, la responsabilidad penal se extingue de conformidad con el artículo 130.2 del CP. No así la responsabilidad civil, cuyo crédito puede perseguirse contra la sociedad disuelta y en liquidación, en cuyo caso la representación de la misma correspondería a los liquidadores (370 LSC) o a la administración concursal (art. 50.4 LC).

La LECRIM, como decíamos, se separa de este sistema y aboga por un «representante especialmente designado». A lo largo de la LECRIM encontramos la referencia a esta figura para regular su intervención en diferentes momentos procesales. No obstante, el artículo 786 bis de la LECRIM se refiere al mismo en los siguientes términos, bastante indicativos de la razón por la que el procedimiento penal posee un sistema de representación propio: «Cuando el acusado sea una persona jurídica, esta podrá estar representada *para un mejor ejercicio del derecho de defensa* por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados».

La expresa mención de la finalidad de la designación de un representante especial, «para un mejor ejercicio del derecho de defensa», revela las razones de fondo por las que el legislador ha establecido un sistema de representación diferente para el proceso penal en la LECRIM respecto al procedimiento civil regulado en la LEC. El estándar civil de representación y defensa puede no estar a la altura de los intereses en juego en un procedimiento criminal. Por ello, la LECRIM obliga al órgano de administración de la sociedad a tomar la decisión de designar un representante para el proceso penal *ad hoc*. En palabras de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 2.ª (Roj: SAP O 1895/2018), de 13 de junio de 2018: «El representante especialmente designado será el reflejo de la persona jurídica durante la tramitación del proceso penal».

Asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona (Roj: AAP T 1899/2018) (Sección 4.ª) de 31 de julio de 2018 declaró que:

Recuérdese que el programa de imputación de la persona jurídica no se satisface con el simple traslado de la misma a sus legales representantes. Estos o los órganos societarios correspondientes deben nombrar a un representante *ad hoc* para el proceso penal en curso que «humanice», valga la expresión, la titularidad y ejercicio de los derechos de defensa.

La única norma que establece la LECRIM a la hora de designar a una persona física para el puesto de representante especialmente designado es una prohibición frente a quien «haya

⁵ AAP de Madrid de 23 de noviembre de 2017 (rec. núm. 746/2017).

de declarar en el juicio como testigo» (art. 786 bis LECRIM). Esta limitación se debe a la incompatibilidad procesal del estatuto del acusado (con derecho a guardar silencio, rehusar preguntas y no confesarse culpable) y del testigo (con obligación de decir verdad). Así lo explica el Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Roj: AAN 1622/2018) (Sección 4.ª) de 4 de octubre de 2018:

El límite legal se fija en el artículo 786 bis 1.2.º LECrim , que señala para la fase de Juicio Oral que «no se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo». Pero si tal circunstancia se conoce antes, por ejemplo, en la fase de instrucción, *este veto, que pretende evitar fraudes, debe adelantarse a las designaciones que se realicen en esa fase, con el objeto de evitar que una misma persona pueda mentir y lo contrario según la fase del proceso y el carácter con que lo haga. Pues el testigo declara bajo juramento y obligación de decir verdad con apercibimiento de incurrir en delito de falso testimonio si mintiere, características que no son de aplicación a quien declare en representación de la PJ. Ante este conflicto y para evitar que se «blinde» designándose como representante a quien deba declarar como testigo –sobre hecho ajeno y no propio–, el legislador opta por proteger la verdad real que persigue el carácter público del Derecho Procesal Penal.*

Aparte de esta limitación por razones procesales, la LECRIM no establece más reglas. Esta libertad parece, en principio, necesaria para el derecho de defensa de la sociedad, que incluye, lógicamente, el derecho a elegir tanto a su representante procesal como a los profesionales que guíen la estrategia de defensa en el procedimiento. Además, la infinita casuística que puede arrojar la realidad impide establecer más reglas sobre la designación de este representante. Resultaría casi imposible establecer criterios abstractos preconcebidos sobre la idoneidad de una persona para desempeñar el cargo de representante penal de la persona jurídica. Esta idoneidad –en estrictos términos de conformidad a los estándares del derecho de defensa– dependerá de una miríada de factores y circunstancias fácticas imposibles de prever para el legislador. En este sentido resulta muy elocuente el Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal (Roj: AAN 1622/2018) (Sección 4.ª) de 4 de octubre de 2018, que dice así:

En efecto, nuestra LECrim opta por la antropomorfización en la representación y defensa de la entequeia ontológica que es la Persona Jurídica (en adelante: PJ), de modo que el nombramiento de «la persona especialmente designada» por la misma para «declarar» es puntual para cada caso penal concreto (esto es, para cada específica Diligencias Previas), no estableciendo criterio apriorístico para su selección y por tanto debe hacerse conforme a la normativa que regule la concreta configuración de los acuerdos para tal nombramiento, según el tipo de PJ afectada.

El legislador otorga plena libertad a la PJ para que en cada caso concreto designe a quien considere que mejor vaya a representar los intereses de la PJ, selección que se realizará normalmente en función del tipo de delito, del momento en que se produjo, o incluso del departamento en que ocurrieron los hechos.

Tampoco obliga la LECRIM a la designación e intervención del representante especialmente designado de la persona jurídica. Su incomparecencia en cualquiera de las actuaciones de instrucción o en el acto del juicio conllevará que se celebre la vista de que se trate con la presencia del abogado y el procurador de la persona jurídica.

Esta aparente libertad desde el texto legal a la hora de designar al representante procesal de la persona jurídica, junto con el rol que desempeña, abocan, como veremos, en la mayoría de los casos, a un conflicto de intereses procesales.

2.3. Conflicto de intereses y derecho de defensa de la sociedad

La controversia a la que nos referimos obedece a la conjunción de dos factores: (a) la relevancia del papel de este representante especialmente designado y (b) el sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

La figura y trascendencia de este «representante especialmente designado» no es anecdótica. Esta figura no se limita a hacer «corpórea» en el procedimiento a la persona jurídica. Al contrario, es la persona con rostro, voz y cuerpo que, además de encarnar la inmaterialidad de la persona jurídica, ejercerá la representación y, con ello, la defensa de la persona jurídica en el procedimiento. De su actuación en el mismo, a través de sus declaraciones tanto en fase de instrucción como en las sesiones del juicio, por la información que revele y cómo lo haga (o sobre lo que decida guardar silencio) dependerá, en cierta medida, el resultado del procedimiento. Este representante especialmente designado ejerce el derecho de defensa de la persona jurídica a la que representa. El derecho de defensa (art. 24 de la Constitución española) tiene diversas manifestaciones concretas en el ámbito penal, que recogen los artículos 118 y 786 bis de la LECRIM: principalmente, derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, a examinar las actuaciones, a designar libremente abogado, derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, a rehusar contestar alguna pregunta, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a tener la última palabra en el acto del juicio. Así, el representante especialmente designado comparecerá en nombre de la persona jurídica y declarará tanto en la primera comparecencia en la que se le comunique la existencia del proceso contra su persona, como en las subsiguientes que puedan tener lugar y, finalmente, en el acto del juicio. Tendrá conocimiento directo de las actuaciones, responderá preguntas e, incluso, si tiene poder especial, podrá manifestar la conformidad de la persona jurídica para que se le imponga una pena reducida (art. 787.8 LECRIM).

Por norma general, la persona física que actúe como representante especialmente designado en el procedimiento penal no será una persona extraña o ajena a la sociedad. Al contrario, deberá ser una persona con conocimiento del devenir social y de los asuntos internos de la sociedad para poder ejercer el derecho de defensa con suficiente conocimiento de causa y articular la mejor estrategia de defensa procesal posible (y ello, aunque la estrategia procesal elegida sea acogerse al derecho a no declarar si se considera que es

la mejor opción o, incluso, la decisión de no comparecer y que las diligencias se entiendan con el abogado y el procurador). Esta persona puede coincidir (o no) con el administrador de la sociedad, dado que la LECRIM no lo prohíbe. Simplemente, deberá ser apoderado *ad hoc*, de manera expresa por la sociedad para representarla en el concreto procedimiento penal. No obstante, el derecho de defensa de la persona jurídica puede quedar comprometida si el representante especialmente designado es también investigado en el procedimiento, lo que ocurrirá con cierta frecuencia dado que la responsabilidad penal de la persona jurídica depende, precisamente, de que una persona física haya cometido un delito en su seno, como hemos visto al inicio. Y no cualquier persona física, sino concretamente «personas físicas idóneas para provocar la contaminación penal de la sociedad»⁶. Conforme al artículo 31 del CP:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Esto es, no puede haber condena en un procedimiento penal contra una persona jurídica sin que, de alguna manera, tengan también responsabilidad en ello los «representantes legales», las personas autorizadas «para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica», aquellas que ostenten «facultades de organización y control dentro de la misma», o las personas sometidas a la autoridad de estos, que por en la omisión en sus deberes de supervisión hayan podido cometer el delito. Es cierto que el artículo 31 ter del CP establece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible «siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse» por las personas antes referidas, «aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella». Ello no impide que el autor, aunque no haya podido ser identificado, pueda tener interés en repeler toda atención y responsabilidad lejos de sí. Además, la responsabilidad de las personas físicas autoras de este delito no tiene por

⁶ SAP de Valencia de 27 de diciembre de 2017 (Roj: SAP V 5732/2017).

qué ser únicamente penal. Podría tratarse también, en el caso de los administradores, de responsabilidad en la gestión social por no haber implantado y ejecutado correctamente un programa de *compliance*, o por haber omitido, en sus cargos de autoridad, sus deberes de vigilancia sobre las personas a las que se refiere la letra b) del artículo 31 bis, apartado 1, del CP. Las consecuencias en este segundo caso, limitadas al plano civil, podrían ser censura de la gestión social por los socios o partícipes (arts. 160 y 164 LSC) y una eventual acción social (art. 238 LSC) o individual (art. 241 LSC) de responsabilidad. Según Pérez Arias (2014):

El hecho de la representación corporativa no ofrece problema alguno en cualquier otra rama del Derecho, pero adquiere unas connotaciones muy singulares en el ámbito penal, ya que las personas jurídicas se encontrarán imputadas por un delito cometido por su representante legal, bien directamente bien por no haber ejercido este el debido control sobre el personal dependiente. Por tanto, siempre que una persona jurídica esté implicada en un procedimiento penal también lo estará, directa o indirectamente, la persona física que la representa en el tráfico jurídico-económico (pp. 205-206).

En otras palabras, el conflicto de intereses existe porque por voluntad del legislador y una ficción legal, hay una dislocación de personalidades y responsabilidades que, sin embargo, recaen sobre unos únicos «hechos base»: el delito de la persona física (sin perjuicio de los requisitos propios que permiten construir la responsabilidad de la persona jurídica). El artículo 409 bis de la LECRIM resulta muy ilustrativo, pues establece que «cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado». Continúa diciendo –y aquí está el problema– que «la declaración irá dirigida a la *averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización*».

Esta situación de conflicto, según Gudín Rodríguez-Magariños (2017, p. 133), «es potenciada incluso por el ordenamiento, al objeto de llegar a la verdad material sobre la realidad de los hechos». En palabras de Gascón Inchausti (2012, p. 109), nos enfrentamos a «las dificultades que para la pureza del proceso se pueden derivar de la existencia de un eventual conflicto de intereses entre personas físicas y persona jurídica que busquen la exculpación propia a través de la incriminación ajena».

Queda de manifiesto el potencial conflicto de intereses que puede existir en la elección del representante especialmente designado, cuando esta persona física esté personalmente involucrada en los hechos investigados y pueda sufrir la tentación de evadir su responsabilidad cargándola sobre la persona jurídica. Además, como no existe ninguna norma procesal que prohíba que determinada persona sea designada representante de la persona jurídica en el procedimiento (más allá del testigo), en palabras de Chozas Alonso (2015, p. 403), «solo cabe esperar que la propia persona jurídica evite esa situación de conflicto y designe como representante en juicio a una persona que no se encuentre imputada».

Preveía este problema la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, al establecer:

Resulta por lo demás claro que, dado que nuestro sistema vincula la responsabilidad penal de la persona jurídica a la existencia de un delito cometido por ciertas personas relacionadas con la sociedad a las que ya se hizo referencia, *el legal representante de la misma puede aparecer igualmente imputado a título personal en el procedimiento, siendo posible la producción de un eventual conflicto de intereses defensivos –generador de cierta esquizofrenia procesal– que debería resolverse mediante el nombramiento de un nuevo representante legal o una doble dirección letrada.*

Debemos deslindar este conflicto de intereses del que atañe al letrado que se ocupa de la defensa de dos acusados (lo que puede ocurrir en cualquier tipo de procedimiento). En este caso, el profesional actuante está afectado por las normas deontológicas y penales que sancionan la defensa de dos clientes con intereses contrapuestos.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de subrayar los potenciales conflictos de intereses y, en su caso, la merma del derecho de defensa, en procedimientos contra personas jurídicas, por la identidad de la persona física que ostenta las facultades de representante especialmente designado de la persona jurídica con el autor del delito que da origen al procedimiento. En particular, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha abordado esta cuestión en varias ocasiones. Una de las más relevantes es la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016, que, de modo muy elocuente, expone esta situación de conflicto:

En este caso, a diferencia de los anteriores, podría pensarse, al menos inicialmente, que le asiste la razón a la recurrente pues, en efecto, se le habría privado del derecho a hacer uso, en su propia defensa, del referido trámite y, yendo aún más lejos, de poder ejercer plenamente ese derecho suyo a defender los intereses que le eran propios y exclusivos, distintos y hasta contradictorios con los de la persona física que en su nombre intervino a lo largo de todo el procedimiento.

Nos enfrentamos con ello ante un importante problema que la LO 37/2011, de 10 de octubre, sobre medidas de agilización procesal, que introdujo las reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal consideradas pertinentes para adaptar la regulación adjetiva a la presencia de la persona jurídica como eventual autora de delitos, no resolvió en su día.

[...]

Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de

la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (*vid.* art. 31 quáter b) CP).

En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a esta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación.

Sobra decir que no necesariamente existirá siempre este conflicto de intereses, o incluso aunque exista, no tiene por qué resultar en un menoscabo efectivo del derecho de defensa de la sociedad (o de la persona física). No obstante, sí existirá siempre este riesgo potencial cuando haya confusión de intereses en la persona física. Así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona (Roj: AAP T 1899/2018) (Sección 4.ª) de 31 de julio de 2018 se pronunció el respecto de manera notablemente categórica:

En la práctica totalidad de los casos, y para evitar situaciones de evidente incompatibilidad de posiciones jurídicas e intereses materiales, estos representantes especialmente designados no podrán coincidir con los que ejercen las funciones normativas y estatutarias de administradores.

Sobre este punto, igualmente, se expresa la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 4.ª) de 15 de julio de 2016 (Roj: SAN 3037/2016):

Mas ahora nos hallamos ante el dilema siguiente: Imanol Lucas, que representaba legalmente en el plenario a sus cuatro sociedades, siendo todas ellas asistidas por la misma defensa letrada que defendía a su dueño, en el trámite de « conclusiones definitivas » se adhirió el Ministerio Fiscal, conformándose con el relato de hechos, calificación jurídica de los mismos y petición punitiva instada por el Ministerio Fiscal para el representante y las representadas.

Previamente, en sesiones anteriores del plenario, Imanol Lucas en su interrogatorio admitió los hechos que se le atribuían a él y a sus sociedades, y sin embargo sus sociedades no fueron prácticamente ni aludidas en la vista, como si no existieran; y aunque no se aprecie contraposición de intereses entre aquel y estas, la indefensión para las mismas derivada de este estado de cosas, nos parece clamoroso; por lo

que atendiendo a las enseñanzas del Tribunal Supremo plasmadas en su sentencia n.º 154/2016 de 29 de febrero de 2016, nos parece que nos hallamos ante un compendio de situaciones variadas, indeseables, que se deben intentar evitar, a falta de la deseable reforma legislativa que se encargue de hacerlas desaparecer.

[...]

La repetida sentencia nos habla de la indefensión que supone el que la representación en juicio de la persona jurídica la ostenta la persona física también acusada y posteriormente condenada como autora del delito originario.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2019 también ilustra la problemática a la que se enfrenta la persona jurídica investigada en un procedimiento:

Decíamos entonces que «... dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a esta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación».

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2016 establece:

La importancia de que entre la persona física a la que se imputa el hecho delictivo –en el supuesto objeto del presente recurso, [...] como autor de un delito de estafa– y la persona jurídica a la que también se condena no exista una colisión de intereses que pueda jugar en perjuicio de uno u otro de los sujetos de la imputación. Esta llamada de atención ya fue objeto de nuestra anterior STS 154/2016, 29 de febrero.

[...]

Son, por tanto, dos los sujetos de la imputación, cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos llamado a defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados.

Por último, la víctima de este conflicto de intereses no será únicamente el derecho de defensa de la sociedad, con las repercusiones que tenga sobre la misma y en el interés social. También podrán resultar fuertemente perjudicados los acreedores de la sociedad que,

tras la imposición de la pena que resulte, pueden ver comprometida su capacidad para hacer frente a las deudas. Se trata de los acreedores, trabajadores, y también los socios o partícipes. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016:

La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, *que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.*

3. Instrumentos frente a la indefensión de la sociedad en el proceso penal

El ordenamiento jurídico ofrece mecanismos para salvaguardar el derecho de defensa de las personas jurídicas investigadas en un procedimiento criminal cuando se ven expuestas a indefensión por un conflicto de intereses procesales en su representación. Se trata tanto de instrumentos preventivos *ex ante*, para evitar que acontezca este conflicto de intereses de las personas físicas relacionadas con la sociedad, como remedios paliativos *ex post*, que pueden llevarse a cabo a instancia de parte o de oficio en el seno del procedimiento, para subsanar las posibles situaciones de indefensión de la sociedad a que haya abocado la existencia del conflicto de interés.

3.1. Deberes de lealtad y buena fe

En primer lugar, los administradores de las sociedades mercantiles tienen el deber de lealtad para con la sociedad que administran, conforme a los artículos 227, 228 y 229 de la LSC. Una de las manifestaciones del deber de lealtad de los administradores es, precisamente, el deber de evitar situaciones de conflictos de intereses. El supuesto que nos ocupa quedaría englobado en este deber genérico, ya que no encajaría en ninguna de las manifestaciones concretas –aunque no taxativas– de este deber reflejadas en el artículo 229 de la LSC. Este deber implica que el órgano de administración de la sociedad deberá abstenerse de designar como «representante especialmente designado» a uno de sus miembros (o a sí mismo, en el caso del administrador único), cuando de su implicación en los hechos investigados pueda surgir ese conflicto de intereses. El administrador afectado por el conflicto de interés deberá informar a los demás miembros del órgano de administración (o a la junta general, en caso de ser un administrador único) y esta situación será objeto de reflejo en la memoria (art. 229.3 LSC). Las consecuencias del incumplimiento de este deber y la provocación de un perjuicio a la sociedad están previstas en los artículos 227 y 232 de la LSC. El artículo 227, en su apartado segundo, establece que el ad-

ministrador infractor del deber de lealtad vendrá obligado no solo a «indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también [a] devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador». Por su parte, el artículo 232 de la LSC dispone que podrán ejercitarse, además de la «acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes» (arts. 238 y 241 LSC), las acciones «de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad».

El resto de posibles representantes en el proceso penal no están ligados por un estatuto legal tan exigente frente al conflicto de intereses. Así, por ejemplo, los socios o partícipes de la sociedad, por su parte, también tienen un deber de lealtad para con la sociedad. No obstante, este deber está normativamente muchísimo menos desarrollado que el de los administradores. El deber de lealtad de los socios, con anclaje en el genérico deber de buena fe (arts. 7 y 1.258 Código Civil) cuenta con una previsión específica en la LSC respecto a los conflictos de intereses con la sociedad (art. 190 LSC). No obstante, ninguno de los supuestos contemplados es exactamente aplicable al conflicto de intereses procesales. Además, los remedios que ofrece la LSC (privación del voto del socio afectado o régimen especial de impugnación del acuerdo adoptado) no resultan de aplicación a nuestro supuesto, puesto que no es competencia de la junta general el nombramiento de representantes.

Por lo que respecta a otros posibles sujetos, como los empleados de la sociedad, estarían vinculados por el también genérico deber de buena fe y diligencia previsto tanto en los artículos 7 y 1.258 del Código Civil como en el artículo 5 a) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (ET).

La situación del *compliance officer* y otros directivos dependerá de la naturaleza de su relación con la sociedad. Si se trata de una persona jurídica de reducidas dimensiones (autorizada a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada según el artículo 31 bis apartado 3 CP), las funciones y figura del *compliance officer* pueden ser asumidas por el órgano de administración, en cuyo caso resultaría de aplicación el deber de lealtad y de evitar situaciones de conflicto de interés que hemos visto. En caso contrario, el *compliance officer* estará vinculado por el genérico deber de buena fe contemplado en los artículos 7 y 1.258 del Código Civil (y 5.a ET en caso de tener una relación laboral), además de por el concreto contenido contractual en cada caso, según sea un encargado interno o externo.

3.2. Remedios procesales

Por otro lado, para el caso de que las anteriores normas no impidan la designación de un representante afectado por un conflicto de intereses procesales, la jurisprudencia ha esbozado, con base en los principios de defensa y tutela judicial efectiva, un análisis casuístico, por parte de las autoridades judiciales, para evitar la indefensión de la persona jurídica.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2016 indicaba al respecto:

La regla prevista en el art. 786 bis de la LECrim no está exenta de dificultades. No aborda muchos de los problemas imaginables. *Será la experiencia la que vaya marcando las pautas para eludir el riesgo de colisión de intereses* que se traduzca en una práctica orientada a camuflar las responsabilidades individuales de las personas físicas autoras del delito de referencia, haciéndolo bajo el paraguas protector de una estrategia de defensa al servicio de aquella.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016, por su parte, exhortó el Alto Tribunal a los jueces a ejercitar una suerte de control sobre estas circunstancias:

No obstante, tras dejar constancia para ulteriores ocasiones de *tales exigencias, a las que tanto Jueces Instructores como Juzgadores habrán de prestar en futuros casos la oportuna atención*

[...]

para futuras ocasiones, se haya de prestar atención a las anteriores consideraciones dirigidas a Jueces y Tribunales para que, en la medida de sus posibilidades, intenten evitar, en el supuesto concreto que se aborde, que los referidos riesgos para el derecho de defensa de la persona jurídica sometida a un procedimiento penal lleguen a producirse, tratando de impedir el que su representante en las actuaciones seguidas contra ella sea, a su vez, una de las personas físicas también acusadas como posibles responsables del delito generador de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2016:

Nos hallamos ante un compendio de *situaciones variadas, indeseables, que se deben intentar evitar*, a falta de la deseable reforma legislativa que se encargue de hacerlas desaparecer.

Y ahora debemos referirnos a las orientaciones e instrucciones concretas que nos suministra nuestro Tribunal Supremo en su sentencia n.º 154/2016, de 29 de febrero de 2016, en orden a las *situaciones procesales que, en lo sucesivo, se deben evitar con el fin de impedir que las mismas conlleven un grave menoscabo del derecho de defensa en las personas jurídicas.*

Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2019 confirmó esta postura en los siguientes términos:

Pero, en primer lugar, es responsabilidad del Tribunal (STC 137/2017) verificar que las partes, en este caso los acusados, han sido citados y comparecen debidamente

representados al acto del plenario, para que puedan ser oídos. En un caso como el presente en el que, ya desde la instrucción, se había apreciado la existencia de conflicto de intereses que justificaba que la sociedad acusada estuviera representada por persona distinta de la persona física contra la que también se dirigía la acusación, era necesario asegurarse de que la persona jurídica acusada era citada en la persona designada, precisamente, para su representación.

[...]

La designación de la persona física que ha de operar en la causa penal como representante de la persona jurídica imputada o acusada tiene trascendencia respecto de las posibles estrategias de defensa y de la posición que pueda adoptar en el proceso respecto de las imputaciones efectuadas a la persona jurídica, de manera que es preciso tener en cuenta los posibles conflictos de intereses *evitando, en esos casos que la persona jurídica comparezca en el proceso representada por otro de los acusados que pueda tener intereses contrapuestos*, no solo respecto de las cuestiones de fondo, atinentes a la existencia o no del delito imputado, sino incluso en relación con la orientación que deba darse al mismo ejercicio del derecho de defensa.

[...]

Por otro lado, tampoco puede dejar de valorarse que, en el caso, *la persona jurídica y el acusado persona física comparecían representados por el mismo Procurador y defendidos por el mismo Letrado, lo cual parece difícilmente compatible con la contraposición de intereses ya apreciada en la instrucción y que había dado lugar a la designación de un representante especial y distinto del otro acusado*, sin que se constate ningún suceso que la hubiera hecho desaparecer.

No obstante, como hemos visto, la LECRIM no se ocupa de regular este conflicto de intereses y, consiguientemente, no regula cuáles son las actuaciones concretas que han de poner en marcha las autoridades judiciales cuando constaten la existencia del mismo en el curso de un procedimiento penal. La jurisprudencia tampoco aclara en qué podría consistir este trámite *a priori* pues se expresa en términos amplios y vagos acerca de este control.

La situación es más clara, en cambio, cuando se trata de remediar la indefensión una vez ha tenido lugar, es decir, cuando el representante especialmente designado ha realizado una actuación en el procedimiento que ha lesionado el derecho de defensa de la sociedad representada.

El artículo 238.3.º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial (LOPJ) dispone la nulidad de pleno derecho de los actos procesales, entre otros, en los casos en que «se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión». Entre las normas esenciales del procedimiento están, lógicamente, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa en el procedimiento penal, con sus diversas manifestaciones concretas, que ya hemos visto. Así, si la sociedad ha visto lesionado su de-

recho de defensa en el procedimiento por la existencia de un conflicto de intereses en la persona física que la representa, podrá ser anulado el acto del procedimiento en que haya tenido lugar esta indefensión y retrotraer las actuaciones para repetir el proceso desde este punto.

Debemos tomar esta posibilidad con cautela, puesto que para anular un acto procesal se exige que esté viciado y haya provocado una indefensión real y relevante. A título ilustrativo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Penal, Sección 1.^a (Roj: STS 3210/2017), de 19 de julio de 2017, expone:

Desde el punto de vista material o de fondo, es decir desde la necesidad de indagar en qué medida puede anudarse algún género de indefensión a esa supuesta omisión (un trámite formal de última palabra a una persona jurídica que estaba defendida por letrado, cuyos titulares reales eran parte en el juicio, y que no había designado a nadie diferente para ostentar su representación, designación que en todo caso correspondía a esos propietarios reales también partes en el proceso y que por tanto lo conocían de sobra su existencia y vicisitudes), las conclusiones no pueden ser más contundentes: ninguna indefensión ha podido producirse.

Frente a la jurisprudencia más antigua que consideraba que la desnuda constatación de la ausencia de ofrecimiento al acusado del derecho a manifestar lo que conviniera al término del juicio bastaba para provocar la nulidad (STS 891/2004 entre otras) es doctrina común hoy que *solo cuando esa omisión ha supuesto una efectiva privación de un medio de defensa con contenido real será planteable un desentlace anulatorio*. Básica en este punto es la STC 258/2007, de 18 de diciembre: tras razonar que *una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento solo alcanza relevancia constitucional cuando produzca un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien la denuncie*, concluye que la vulneración del derecho a la última palabra no se debe configurar como una mera infracción formal desvinculada de la comprobación de que se ha generado una indefensión material. Argumentar sobre esa indefensión material es carga procesal del recurrente. Solo habrá indefensión material con relevancia cuando no sea descartable que el trámite omitido hubiera sido decisivo en términos de defensa, en el sentido de que hubiera podido determinar un fallo diferente.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016, por su parte, el Alto Tribunal manifestó:

En el presente supuesto un pronunciamiento de nulidad semejante no procede, toda vez que *no se concreta el perjuicio para la recurrente, constitutivo de verdadera indefensión*, que hubiera podido sufrir, resultando además excesivamente complejo, inadecuado y, sobre todo, de escasa utilidad práctica, incluso por las razones que acaban de exponerse en el párrafo anterior, de modo que lo que *ha de concluirse, a la postre, es en la desestimación del motivo, a causa de esa inutilidad práctica y ausencia de lesión efectiva de su derecho*.

En cuanto al procedimiento para acordar la nulidad de un acto procesal por indefensión, el artículo 240 de la LOPJ establece que deberá solicitarse por las partes mediante los recursos que procedan contra la resolución de que se trate, y en el caso de apreciarse dicha nulidad de oficio, podrá declararse previa audiencia a las partes, siempre que no haya recaído resolución que ponga fin al procedimiento. En cualquier caso, la vulneración del derecho de defensa ha de denunciarse por las partes tan pronto se advierta, para poder reproducir esta cuestión en recursos posteriores. En caso de que la indefensión causante de la nulidad se produzca en un momento procesal en el que no quepa recurso ordinario ni extraordinario, y no haya podido denunciarse antes de que recaiga resolución que ponga fin al proceso, el artículo 241 de la LOPJ prevé la posibilidad de plantear un incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

Por su parte, la LECRIM completa este régimen con un trámite específico al inicio del juicio oral. Así, el artículo 786.2 de la LECRIM dispone que, tras la lectura de los escritos de acusación y defensa, a instancia de parte, el juez o tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de una serie de cuestiones y, entre ellas, la «vulneración de algún derecho fundamental» o la «nulidad de actuaciones». El juez o tribunal resolverá en el mismo acto sobre dichas cuestiones, decisión frente a la cual no cabe recurso sin perjuicio de formular protesta y reproducir la cuestión, en su caso, en el recurso frente a la sentencia que recaiga. El artículo 790.2 de la LECRIM establece que, a la hora de recurrir la sentencia recaída, en caso de que se pidiera la declaración de nulidad del juicio «por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia», deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación. En última instancia, y agotados todos los recursos ordinarios y extraordinarios, podría interponerse un recurso de amparo constitucional (arts. 41 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

La jurisprudencia ha apreciado la nulidad de pleno de derecho en procedimientos criminales en los que se había lesionado el derecho de defensa de la persona jurídica. Se trata, por ejemplo, de la STS de 8 de marzo de 2019:

Después de resaltar estos aspectos, decíamos en la STS n.º 154/2016, de 29 de febrero (Pleno), que *«en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella», se acordará «la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de*

representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones.

[...]

En el mismo sentido, en la STC 128/2017, se decía que «para que la indefensión alcance dimensión constitucional, es necesario que sea imputable y que tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan» (por todas, STC 179/2014, de 3 de noviembre).

[...]

En consecuencia, *ha de apreciarse un déficit relevante en las condiciones en las que la persona jurídica compareció y pudo desarrollar su defensa en el plenario, y no solamente por no haber sido adecuadamente citada la persona especialmente designada para su representación en la causa penal, sino también porque fue representada procesalmente por la misma Procuradora y defendida por el mismo Letrado que actuaban en representación y defensa de otro acusado con el que se había apreciado la existencia de intereses contrapuestos, lo que en el caso, dadas las circunstancias, bien pudo haber causado un déficit en la defensa.*

[...]

4. La existencia de una situación de indefensión para la persona jurídica impone la nulidad de la sentencia y del juicio oral en lo que a ella se refiere.

3.3. Reforma legislativa

Finalmente, la solución última a este sistema incompleto sería la reforma del mismo mediante la modificación de la LECRIM. El propio Tribunal Supremo, en la STS de 29 de febrero de 2016, tras exponer las consideraciones que hemos visto acerca de las cautelas que ha de tomar el órgano jurisdiccional, llama al legislador a acometer una modificación procesal en este sentido:

Por otro lado, unas admoniciones semejantes así mismo deberían de servir de advertencia al Legislador para que remedie normativamente la posibilidad de que se produzcan situaciones indeseables de esta clase, con una regulación adecuada de la materia.

Esta misma sentencia continúa haciéndose eco de otras opciones legislativas en el derecho comparado:

Semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, *como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de «defensor judicial» de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (art. 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al «director del sistema de control interno de la entidad» (el denominado también como «oficial de cumplimiento»)*, evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por esta Sala.

En este último punto, la atribución de la defensa de la persona jurídica al *compliance officer*, coincide también la doctrina, por ejemplo, Agudo Fernández (2016):

En un futuro, además, deberán introducirse ciertas mejoras que eviten posibles conflictos de intereses entre las personas físicas acusadas del delito y las personas jurídicas que sean representadas por esas mismas personas físicas, atribuyendo, por ejemplo, la defensa al oficial de cumplimiento (Compliance Officer), para asegurar así la efectividad del derecho de defensa de la persona jurídica (p. 57).

Resume la situación a la perfección la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2016: nos encontramos ante «un compendio de situaciones variadas, indeseables, que se deben intentar evitar, a falta de la deseable reforma legislativa que se encargue de hacerlas desaparecer».

4. Conclusiones

En nuestro ordenamiento, el conflicto de intereses procesales en la defensa penal de la persona jurídica es un riesgo muy difícil de evitar. La escasa regulación de la representación procesal de la persona jurídica deja espacio para la vulneración de sus garantías procesales. No solo eso, sino que la propia técnica legislativa, tal y como ha diseñado el sistema, propicia la aparición de este tipo de situaciones. La representación de la persona jurídica tiende a recaer, por inercia, en las personas físicas que tienen participación o conocimiento directo de los hechos base que dan origen a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Y extraño será que esas personas físicas no tengan responsabilidad personal en esos hechos, bien sea penal como acusado u otro tipo de responsabilidad (sea directa, indirecta, civil, laboral, penal, por acción u omisión, etc.). Nos encontramos ante un círculo vicioso que condena a la persona jurídica a ver comprometido su derecho de defensa. Aunque la jurisprudencia se ha ocupado de esta cuestión y ha tratado de poner el foco de atención sobre la misma para

arrojar algo de claridad, la realidad de la práctica procesal sigue siendo insatisfactoria, como demuestra el llamamiento a una reforma legislativa por parte del Alto Tribunal.

Por otro lado, debemos reconocer que esta parca y –en este punto– deficiente regulación de la representación de la persona jurídica en términos de defensa, es tal vez inevitable. Ello, habida cuenta de la complejidad de la realidad societaria, que arroja infinitos escenarios llenos de particularidades, nunca idénticos. Resulta extraordinariamente complejo, además, conjugar la autonomía de la voluntad con los estándares del derecho de defensa, pues también resultaría lesivo imponer normativamente los criterios para la designación del representante especialmente designado. Habrá que estar a cada caso concreto, para salvaguardar la libertad de defensa.

Una posible modificación de la LECRIM podría ser añadir, junto con la prohibición de que declare como testigo en el juicio quien sea representante especialmente designado de la persona jurídica, la exclusión de las personas físicas investigadas en la causa penal. Sin embargo, incluso esta posibilidad encontraría un escollo en las sociedades de reducidas dimensiones, en las que el abanico de posibles candidatos puede ser extraordinariamente estrecho y una limitación así podría apartar a las pocas personas mínimamente vinculadas con la sociedad, con conocimiento de los hechos y voluntad de proteger el interés social.

El modelo de representación penal de las personas jurídicas es, en definitiva, imperfecto. El reconocimiento de este problema y el incremento de la práctica judicial permitirá, al menos, evitar este conflicto de intereses en algunos pocos casos y, en otros, remediar sus consecuencias. No obstante, mientras el legislador no reforme la LECRIM, deberemos aprender a convivir con esta ambigüedad y, cuando el sistema falle, poner en práctica instrumentos para garantizar el derecho de defensa.

Referencias bibliográficas

Agudo Fernández, E. (2016). *La persona jurídica como nuevo sujeto de la responsabilidad penal. Fundamento y cuestiones de parte general. Aspectos procesales*. Dykinson.

Chozas Alonso, J. M. (Coord.). (2015). *Los sujetos protagonistas del proceso penal*. Dykinson.

Gascón Inchausti, F. (2012). *Proceso penal y persona jurídica*. Marcial Pons.

Gudín Rodríguez-Magariños, A. E. (2017). La imputabilidad de las personas jurídicas y su capacidad para ser parte en el proceso penal. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 43.

Pérez Arias, J. (2014). *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Dykinson.



La legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos: una muy necesaria revisión

Gerard Ramo Solé

Abogado especializado en derecho farmacéutico

gerardramo@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-2856-4548>

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 presente estudio tiene por objeto revisar la profusa doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional que durante las últimas dos décadas ha venido negando, de forma reiterada y sistemática, la legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos de otros laboratorios, impidiendo que estos pudieran acceder a la jurisdicción para cuestionar la legalidad de las autorizaciones de sus competidores y el uso de los resultados de sus estudios clínicos para obtener dichas autorizaciones. Así, mediante un análisis de la jurisprudencia comunitaria y nacional, a la luz de la casuística propia del sector farmacéutico, se pretende discernir si realmente existe algún título legitimador que esos laboratorios ostenten y que la Audiencia Nacional haya ignorado. El estudio realizado lleva a concluir de forma clara la existencia de una serie de derechos subjetivos implícitos e intereses legítimos competitivos susceptibles de fundar esa legitimación activa, y cuya concurrencia será innegable en algunos casos, si bien deberá acreditarse en el resto de supuestos, pero de lo que debe derivar en todo caso la liquidación del criterio actual de nuestros tribunales al respecto, pues su aplicación supone una evidente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos laboratorios.

Palabras clave: legitimación activa; autorización de comercialización; medicamento; exclusividad de datos.

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

Cómo citar: Ramo Solé, G. (2021). La legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos: una muy necesaria revisión. *Revista CEFLegal*, 242, 63-92.



The standing of pharmaceutical companies to challenge marketing authorisations of medicinal products: a much-needed revision

Gerard Ramo Solé

Abstract

The purpose of this study is to review the profuse case law of the Audiencia Nacional, which over the last two decades has repeatedly and systematically denied the standing of pharmaceutical companies to challenge marketing authorisations of medicinal products from other companies, preventing them from gaining access to the jurisdiction to question the legality of the authorisations of their competitors and the use of the results of their clinical trials to obtain such authorisations. Therefore, by means of an analysis of European and national case-law, in the light of the reality of the pharmaceutical sector, this study seeks to establish whether there is in fact a legitimising title which those pharmaceutical companies hold and the Audiencia Nacional has ignored. The study leads to the clear conclusion that there are a series of implicit subjective rights and legitimate competitive interests susceptible of justifying such standing, the existence of which will be undeniable in some cases, although it will have to be proved in the rest of the situations, but from which, in any event, the liquidation of the current criterion of our courts in this regard must derive, since its application entails an evident violation of the right to an effective judicial remedy of those companies.

Keywords: standing; marketing authorisation; medicines; data exclusivity.

Citation: Ramo Solé, G. (2021). La legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos: una muy necesaria revisión. *Revista CEFLegal*, 242, 63-92.

Sumario

1. Introducción
 2. Consideraciones previas: La autorización de comercialización de medicamentos
 3. La legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos
 - 3.1. La ostentación de un interés legítimo como título legitimador
 - 3.1.1. El interés legítimo competitivo en la anulación de la autorización de comercialización de medicamentos
 - 3.1.2. La doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo
 - 3.1.2.1. La idoneidad sanitaria como única finalidad del procedimiento de concesión de autorizaciones de comercialización de medicamentos
 - 3.1.2.2. La distinción entre la concesión de la autorización de comercialización de un medicamento y su comercialización efectiva
 - 3.1.2.3. La confidencialidad del expediente del procedimiento de autorización de comercialización de medicamentos
 - 3.2. La titularidad de un derecho subjetivo como título legitimador
 - 3.2.1. Las patentes farmacéuticas como derecho subjetivo
 - 3.2.2. Los requisitos de las solicitudes abreviadas como derecho subjetivo
 - 3.2.2.1. El reconocimiento de un derecho subjetivo respecto a los requisitos de las solicitudes abreviadas: la doctrina Olainfarm
 - 3.2.2.2. La identificación de las facultades asociadas al derecho subjetivo implícito derivado de los requisitos de las solicitudes abreviadas
 - 3.2.2.3. La aplicación de la doctrina Olainfarm en la casuística propia del ámbito del medicamento
 4. Consideraciones finales
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

En el sector farmacéutico, la protección que nuestro ordenamiento jurídico otorga a la innovación y al desarrollo de nuevos medicamentos constituye el pilar fundamental sobre el que sostiene el sistema. Así, de no ser por los mecanismos de protección legalmente previstos, cualquier nuevo medicamento o innovación incremental podría ser fácilmente copiado y utilizado por otros competidores en el mercado, que sin tener que soportar los elevados costes de investigación y desarrollo que dichas invenciones han supuesto para el laboratorio innovador, podrían comercializar el mismo medicamento a un precio sustancialmente inferior, de modo que aquel laboratorio nunca acabaría recuperando la inversión realizada, imposibilitando así el más mínimo atisbo de innovación en el ámbito del medicamento. Por ello, el ordenamiento jurídico otorga a los laboratorios innovadores una serie de prerrogativas, que se manifiestan en la concesión de un monopolio legal, que permite a esos laboratorios recuperar la inversión que ha supuesto la investigación y el desarrollo del medicamento innovador mediante su comercialización en régimen de exclusividad. No obstante, y como es natural, ese monopolio tiene carácter temporal, de forma que, una vez este llega a su fin, otros laboratorios competidores empiezan a comercializar versiones prácticamente idénticas de esos medicamentos, los medicamentos genéricos, que gozan de la misma eficacia, seguridad y calidad que los medicamentos innovadores de los que derivan, y que hacen disminuir de forma sustancial su precio y cuota de mercado, promoviendo así la competencia en el mercado y la sostenibilidad de los sistemas nacionales de salud, los principales clientes del sector.

Como resulta entendible, esta dinámica tan característica del ámbito del medicamento comporta que tanto laboratorios innovadores como laboratorios de genéricos destinen importantes recursos económicos a intentar ensanchar o reducir respectivamente ese periodo de exclusividad comercial. Al respecto, el principal frente en el que se enfrentan innovadores y genéricos gira en torno a los derechos de patente, que en el ámbito farmacéutico pueden proteger, desde el principio activo del medicamento, hasta vías de administración, formas farmacéuticas, procesos de fabricación e incluso indicaciones terapéuticas, y que conceden periodos de exclusividad comercial sobre dichas invenciones, ampliables en ciertos casos

mediante los certificados complementarios de protección. De esta forma, es habitual que año tras año, se produzcan ante los juzgados de lo mercantil españoles numerosos litigios alrededor de esas patentes, ya sea por acciones de infracción interpuestas por laboratorios innovadores, ya sea por acciones de nulidad interpuestas por laboratorios de genéricos, que dan cuenta de la vital importancia que puede tener la modificación de esos periodos de exclusividad comercial para los laboratorios, incluso cuando dicha modificación sea mínima.

No obstante, los derechos de patentes no son la única arma del arsenal legal con el que cuentan los laboratorios innovadores para proteger su monopolio legal. Así las cosas, para comercializar un medicamento en España, es necesario obtener una autorización de comercialización, cuya concesión requiere de la demostración de la eficacia, seguridad y calidad del medicamento mediante la realización de los estudios y ensayos clínicos pertinentes. Pues bien, dado que dichos estudios comportan la inversión de importantes recursos económicos, estos también cuentan con su propio periodo de protección, el régimen de exclusividad de datos, que prohíbe la utilización de esos datos durante un periodo de tiempo determinado para la solicitud de autorizaciones de comercialización posteriores por parte de otros solicitantes, dotando de facto a la laboratorios innovadores de otro periodo de exclusividad comercial paralelo a la protección otorgada por el sistema de patentes, pues los laboratorios genéricos no podrán utilizar esos datos para la solicitud de sus autorizaciones de comercialización hasta que no transcurra dicho periodo de exclusividad, y rara vez desarrollan estos sus propios estudios. Así, la impugnación de autorizaciones de comercialización de medicamentos por incumplimiento de ese régimen de exclusividad de datos, así como por cualquier otro requisito legal o técnico para su concesión, constituye otro mecanismo adicional que sirve a la protección de ese monopolio legal, mediante el cual puede expulsarse efectivamente a los competidores del mercado.

Dicho lo anterior, debe señalarse que, en contraposición a las múltiples y constantes disputas que se producen en el ámbito de las patentes farmacéuticas, el régimen de exclusividad de datos apenas es utilizado en España por los laboratorios innovadores para defender su monopolio legal, debido a que estos se han venido encontrando, ya desde los inicios de la realidad genérica en nuestro país, con un muro infranqueable que les ha impedido la tutela judicial efectiva respecto a dicho régimen, en forma de una abundante, profusa y conocida doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional, que se ha mantenido intacta a lo largo de los últimos 20 años, y que ha negado, de forma sistemática y categórica, la legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos, dejando así huérfana a la industria farmacéutica española de uno de los principales mecanismos que el ordenamiento jurídico le ha otorgado para proteger sus innovaciones, no pudiendo ni defender sus derechos derivados del régimen de la exclusividad de datos ni cuestionar la legalidad y validez de las autorizaciones de comercialización de medicamentos de laboratorios farmacéuticos competidores.

Pues bien, ante este escenario, se presenta el siguiente estudio, como un análisis detallado y en profundidad de la legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para im-

pugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos ante los tribunales españoles, a la luz de una muy necesaria revisión de aquella reiterada doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional y de otros pronunciamientos recientes, y sin perder de vista, obviamente, la casuística propia de este sector tan particular, para dilucidar si realmente esos laboratorios pueden ostentar algún interés o derecho susceptible de fundar esa legitimación activa y que la Audiencia Nacional haya ignorado, intentado arrojar así un poco de luz sobre una cuestión sumamente compleja, sobre la cual, si bien algo se ha escrito ya (Faus Santasusana, 2015; Martínez Suárez, 2018), sigue presentándose, aún a día de hoy, muy oscura.

2. Consideraciones previas: La autorización de comercialización de medicamentos

Como ya hemos avanzado, la comercialización de un medicamento en España está sujeta a la obtención de una autorización de comercialización previa (art. 9.1. RDLeg. 1/2015). Siendo cierto que dicha autorización puede ser concedida por la Comisión Europea mediante un procedimiento centralizado que permite la comercialización del medicamento en todo el territorio de la Unión Europea bajo una misma autorización, dicho procedimiento se limita a una serie de medicamentos tasados (art. 3 del Reglamento [CE] 726/2004), de modo que el resto de medicamentos deben ser autorizados en cada Estado miembro en el que se pretenda su comercialización por la autoridad nacional competente, que en el caso de España es la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (art. 9.1. RDLeg. 1/2015), ya sea a través de un procedimiento exclusivamente nacional, ya sea a través de un procedimiento descentralizado o de reconocimiento mutuo, basados en la colaboración de las distintas agencias nacionales (arts. 28 y ss. Directiva 2001/83). El presente estudio se centrará en las autorizaciones de comercialización de medicamentos concedidas mediante estos últimos tres procedimientos de ámbito nacional, pues de su impugnación conocen los tribunales españoles, ante los que se presenta la problemática objeto de estudio.

En cualquier caso, y con independencia del ámbito territorial del procedimiento, el solicitante de una autorización de comercialización de un medicamento debe demostrar la eficacia, la seguridad y la calidad de ese medicamento a través de la aportación de los datos de las pruebas clínicas, preclínicas y farmacéuticas necesarias para ello (art. 8.3.i Directiva 2001/83). No obstante, dado que algunas de estas pruebas se realizan en seres humanos y animales, su repetición innecesaria se considera contraria al orden público (considerando 10.º Directiva 2001/83), por lo que el legislador comunitario también ha previsto que el solicitante pueda probar, en ciertos casos, la eficacia, la seguridad y la calidad del medicamento, a partir de datos ya aportados en otros expedientes previos o en literatura científica ya publicada (Later-Nijland, 2017). Dicha posibilidad ha sido articulada mediante un complejo entramado de solicitudes y bases legales, cuya comprensión resultará esencial para el seguir el presente estudio, pues de la presentación de una solicitud u otra podrá depender la legitimación activa del recurrente para impugnar la correspondiente autorización de comercialización.

Pues bien, por un lado, la autorización de comercialización de un medicamento puede solicitarse a través de una solicitud completa, que exige al solicitante aportar todos los datos necesarios para demostrar la eficacia, la seguridad y la calidad del medicamento, ya sea mediante una solicitud autónoma, a partir de los resultados de estudios propios (arts. 8.3 y 10 ter Directiva 2001/83), mediante una solicitud bibliográfica, a partir de literatura científica previamente publicada (art. 10 bis Directiva 2001/83), o mediante una solicitud mixta, a partir de una combinación de ambas fuentes de datos (arts. 8.3 y 10 ter Directiva 2001/83). Asimismo, también se ha previsto que pueda presentarse una solicitud duplicada, a partir de todos los datos de otra solicitud previa, cuando se tenga el consentimiento del solicitante para ello (art. 10 quater Directiva 2001/83). La elección de la solicitud será decisión del solicitante, si bien dicha decisión se verá sustancialmente condicionada por varios factores, como la disponibilidad de literatura científica relevante, los requisitos establecidos para cada tipo de solicitud, los derechos de exclusividad sobre los datos publicados y el criterio de la autoridad evaluadora respecto a la suficiencia y pertinencia de los datos aportados.

Por el otro lado, también existe la posibilidad de presentar una solicitud abreviada, en cuyo caso no es necesario demostrar la eficacia, seguridad y calidad del medicamento a partir de la aportación de datos, sino que el solicitante puede referirse al expediente de otro medicamento ya autorizado mediante una solicitud completa, denominado medicamento de referencia, para utilizar los datos contenidos en dicho expediente, lo cual será posible siempre y cuando se comparta con dicho medicamento composición cualitativa y cuantitativa en principios activos y la misma forma farmacéutica, y se demuestre asimismo la bioequivalencia con ese medicamento de referencia (art. 10.1.-10.2 Directiva 2001/83), si bien se permite que cuando no se cumplan todas las condiciones anteriores, puedan presentarse estudios adicionales para cubrir esas diferencias mediante una solicitud híbrida (art. 10.3 Directiva 2001/83). Por último, también existen las solicitudes biosimilares (art. 10.4 Directiva 2001/83), que no serán tratadas aquí, puesto que estas deben tramitarse, en su inmensa mayoría, por el procedimiento comunitario centralizado (art. 3 Reglamento [CE] 726/2004).

Tabla 1. Las solicitudes de autorización de comercialización de medicamentos

	Solicitud	Base legal	Fundamento de la solicitud
	Autónoma	Artículo 8.3 o 10 ter	Resultados de las pruebas farmacéuticas, clínicas y preclínicas necesarias (datos propios).
Solicitudes completas	Bibliográfica	Artículo 10 bis	Referencias bibliográficas a literatura publicada sobre un uso médico bien establecido durante +10 años (datos ajenos).
	Mixta	Artículo 8.3 o 10 ter	Mezcla de resultados de pruebas farmacéuticas, clínicas y preclínicas y referencias bibliográficas (datos propios y ajenos).

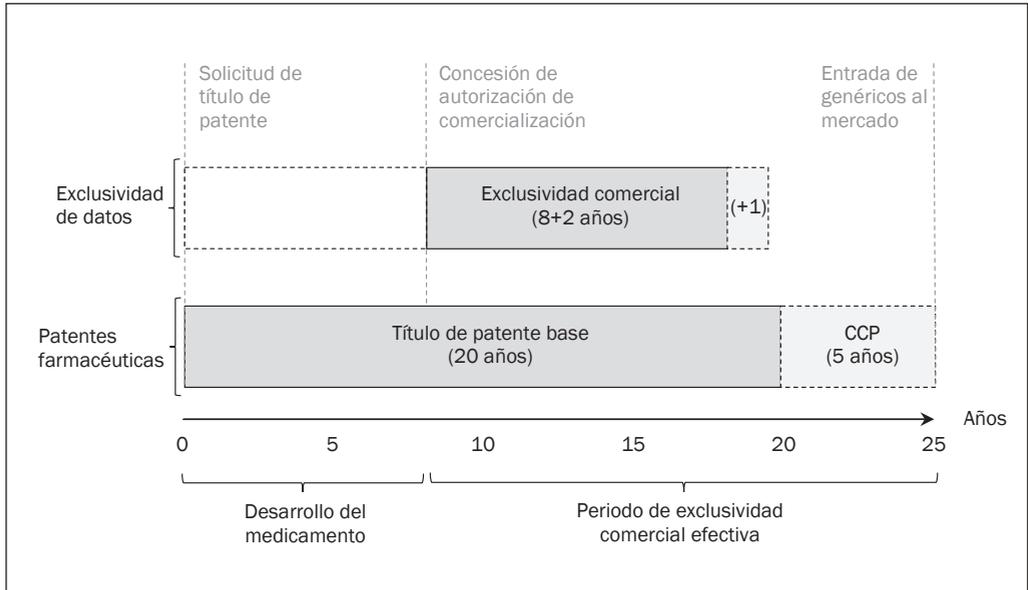


	Solicitud	Base legal	Fundamento de la solicitud
Solicitudes completas (cont.)	Duplicada	Artículo 10 quater	Consentimiento informado de otro solicitante para realizar un duplicado de su expediente (datos ajenos).
	Genérica	Artículo 10.1.-10.2	Referencia a expediente del medicamento de referencia (datos ajenos) y demostración de bioequivalencia (datos propios).
Solicitudes abreviadas	Híbrida	Artículo 10.3	Referencia a expediente del medicamento de referencia (datos ajenos) y resultados de pruebas adicionales (datos propios).
	Biosimilar	Artículo 10.4	Referencia a expediente del medicamento de referencia (datos ajenos) y resultados de pruebas adicionales (datos propios).

No obstante, y como ya hemos avanzado, en el caso de estas solicitudes abreviadas, dado que la realización de las pruebas necesarias para demostrar la eficacia, la seguridad y la calidad del medicamento comportan la inversión de tiempo e importantes recursos económicos, se ha previsto un sistema de protección de los datos contenidos en los expedientes de los medicamentos de referencia, el régimen de exclusividad de datos, también conocido como «fórmula 8+2+1», compuesto por un periodo de exclusividad de datos de 8 años desde la primera autorización del medicamento de referencia en la Unión Europea, en el que no se pueden utilizar los datos de su expediente para presentar solicitudes abreviadas, y un periodo de exclusividad comercial de 2 años adicionales en el que los medicamentos genéricos autorizados a partir de esas solicitudes abreviadas no pueden ser comercializados, periodo ampliable por 1 año adicional cuando se autoricen nuevas indicaciones terapéuticas con un beneficio clínico significativo (art. 10.1 Directiva 2001/83).

Debe señalarse que los laboratorios de genéricos podrían presentar sus propios estudios para demostrar la eficacia, la seguridad y la calidad del medicamento de sus medicamentos mediante una solicitud completa, y no someterse así al régimen de exclusividad datos. Sin embargo, dados los costes y el tiempo que requiere la realización de esos estudios, dicha opción les resultaría poco rentable, de modo que los laboratorios de genéricos suelen esperar al transcurso del periodo de exclusividad de datos de 8 años para presentar sus solicitudes abreviadas y al transcurso del periodo adicional de 2 años para comercializar sus medicamentos (Shaikh, 2016). Así pues, este régimen de exclusividad de datos se ha convertido, como decíamos, en un auténtico periodo de exclusividad comercial para laboratorios innovadores, paralelo al periodo de exclusividad comercial otorgado por el sistema de patentes, cuya relevancia será mayúscula cuando la protección de la patente expire antes que la exclusividad regulatoria, lo cual, si bien sucede en una minoría de casos, dado que el periodo de exclusividad concedido por las patentes es más largo, puede darse en varios supuestos, como cuando se declare la nulidad de la patente o el desarrollo del medicamento se alargue en el tiempo (Gaessler y Wagner, 2018).

Gráfico 1. La exclusividad comercial del medicamento innovador



En cualquier caso, si bien es cierto que el régimen de exclusividad de datos previsto legalmente únicamente rige sobre las solicitudes abreviadas, la Comisión Europea, a través de la Comunicación para Solicitantes, instrumento de *soft law* elaborado conjuntamente con las autoridades nacionales competentes, ha señalado que dicho periodo de exclusividad también debe ser respetado por el resto de solicitudes, incluyendo las solicitudes mixtas y bibliográficas, ya que, si bien en estos casos no se utiliza un medicamento de referencia, sí pueden aportarse datos mediante referencias a literatura publicada, y dado que dicha literatura puede consistir en los datos aportados en otros expedientes previos, no someter dichas autorizaciones de comercialización al régimen de exclusividad de datos posibilitaría la elusión de dichas normas (apartado 6.1.6 del capítulo 1 del volumen 2A de la Comunicación para Solicitantes).

Lo anterior es especialmente relevante, pues si bien los laboratorios de genéricos normalmente obtendrán sus autorizaciones de comercialización a partir de solicitudes abreviadas, otras veces obtendrán sus autorizaciones a través de solicitudes completas. Así sucederá por ejemplo en los casos en los que no pueda identificarse de forma clara un medicamento de referencia, en cuyo caso se podrá presentar una solicitud completa bibliográfica (Borg, 2014), o cuando se pretenda obtener la aprobación de un medicamento con el mismo principio activo que el medicamento de referencia, pero el nuevo medicamento tenga propiedades considerablemente diferentes en cuanto a seguridad o eficacia, en cuyo caso podrá presentarse por una solicitud completa mixta (Schulze, Potthast y Hofer, 2016). Asimismo, incluso cuando la solicitud genérica o híbrida se presenta como la vía más óp-

tima, a veces los laboratorios de genéricos optan por la presentación de solicitudes completas para saltarse el régimen de exclusividad de datos ante ciertas lagunas legales que lo permiten, o para dotar de protección a ciertos datos que mediante una solicitud abreviada no la obtendrían (Vogel, 2012).

Analizado lo anterior, debe señalarse aquí que, en la práctica, las disputas en este ámbito se suelen producir una vez los laboratorios de genéricos obtienen sus autorizaciones de comercialización para entrar en el mercado, sea a través de solicitudes abreviadas, sea a través de solicitudes completas, con los laboratorios innovadores impugnando esas autorizaciones para frenar la comercialización de los medicamentos genéricos, basándose normalmente, de forma cumulativa o alternativa, en la vulneración del régimen de exclusividad de datos de su medicamento (en este sentido, SJCCA de 13 de marzo de 2003 [rec. núm. 7/2002]; STSJ de Madrid 373/2004, de 28 de abril [rec. núm. 1212/1998], y SAN de 24 de noviembre de 2010 [rec. núm. 349/2010]) o en el incumplimiento de los requisitos legales y regulatorios para la concesión de la autorización de comercialización impugnada (en este sentido, SAN de 10 de junio de 2009 [rec. núm. 168/2009]; SAN de 26 de diciembre de 2012 [rec. núm. 154/2012], y SJCCA 89/2018, de 2 de julio [rec. núm. 11/2017]), si bien este tipo de disputas también se pueden producir entre laboratorios innovadores, por la entrada de otros medicamentos innovadores competidores con la misma indicación terapéutica al mercado, o incluso entre laboratorios de genéricos (en este sentido, la Sentencia del Alto Tribunal de Justicia de Inglaterra y Gales de 29 de julio de 2016, Napp contra el secretario de estado de Sanidad).

3. La legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos

La impugnación de una autorización de comercialización de un medicamento dictada en el ámbito nacional, como acto administrativo sujeto a derecho administrativo y dictado por una entidad de derecho público, ha de ventilarse en el seno del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [LJCA]).

Pues bien, en este ámbito procesal, la legitimación activa para interponer una acción en relación con una determinada pretensión recae, de forma general, en aquellas «personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo» (art. 19.1.a LJCA). Ello, como es bien sabido, se vincula directamente con el derecho de acceso a la jurisdicción, como manifestación particular del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1. de la Constitución, y cuya configuración legal en este sector del ordenamiento procesal condiciona esa legitimación a la existencia de un vínculo con el objeto de dicho procedimiento, un título legitimador, que puede consistir en la titularidad de un derecho subjetivo o

en la ostentación de un interés legítimo, siendo la concurrencia alternativa de uno de estos títulos, de forma general, *conditio sine qua non* para la apreciación de la legitimación activa en el procedimiento, pues no basta con que se discrepe de un acto administrativo, o se considere que el mismo no es conforme a derecho, para proceder a su impugnación ante los jueces y tribunales de este orden jurisdiccional (STS 1209/2019, de 23 de septiembre [rec. núm. 374/2017]).

De lo anterior deriva que, de conformidad con el principio *pro actione* que opera sobre los presupuestos procesales previstos legalmente derivados del derecho al acceso a la jurisdicción, no pueda impedirse la legitimación activa por interpretaciones de la misma que eliminen u obstaculicen, de forma injustificada, dicho acceso, de forma que la apreciación del derecho subjetivo o interés legítimo en el ámbito contencioso no solo debe realizarse de una manera razonable y razonada, y sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en un sentido amplio y no restrictivo, de manera no formalista, y de forma favorable a la producción del efecto perseguido por ese derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos al que responde el artículo 24.1. de la Constitución (STS 154/2019, 29 de mayo [rec. núm. 3767/2015]), lo que por otro lado no será impedimento para negar esa legitimación activa cuando no concurren esos derechos o intereses.

En cualquier caso, y dada la configuración de la legitimación activa en este orden jurisdiccional, el presente estudio deberá partir de un análisis dual de la posible concurrencia de intereses legítimos y derechos subjetivos susceptibles de fundar esa legitimación. A este efecto, no puede obviarse aquí que, respecto a ese binomio derecho-interés como fundamento de la legitimación activa en el ámbito contencioso, parte de la doctrina más autorizada se ha venido cuestionando la pertinencia y utilidad de establecer una distinción entre ambos títulos (Gómez Díaz, 2014). No obstante, no puede negarse que, ante la distinción de títulos legitimadores que hace la propia ley procesal, apoyada en la distinta naturaleza y fundamento que alberga la legitimación activa sostenida en uno u otro título, dicha distinción tiene importantes consecuencias en la práctica, como veremos en su momento, por lo que se mantendrá aquí, pues si bien también es cierto que la distinción entre ambos títulos no es siempre sencilla, dicha delimitación se presenta sorprendentemente clara en este ámbito.

3.1. La ostentación de un interés legítimo como título legitimador

La ostentación de un interés legítimo en la anulación del acto administrativo ha venido siendo el fundamento alegado en la mayoría de procedimientos en los que se ha impugnado una autorización de comercialización de un medicamento para sostener la legitimación activa del laboratorio recurrente, alegándose un interés de carácter económico y competitivo en la anulación de la autorización preceptiva necesaria para poder comercializar un determinado medicamento competidor, al eliminar así a un operador con el que se compite en el mercado y evitar que se activen los diversos mecanismos previstos por la normativa sectorial que agravan los perjuicios competitivos típicos del libre mercado con la entrada

de nuevos competidores, ostentando así, a juicio de esos laboratorios, un claro interés legítimo competitivo suficiente para poder recurrir esas autorizaciones de comercialización.

Pues bien, el interés legítimo, como fundamento de la legitimación activa en el ámbito contencioso, cuenta con una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, que lo ha venido dotando de una mayor amplitud que al interés directo, pero sin llegar a un interés por la mera legalidad, requiriendo de la concurrencia de una relación unívoca entre el recurrente y el objeto de la pretensión, eso es, el acto impugnado, y que debe comportar que la anulación de ese acto impugnado produzca para el recurrente de modo inmediato un efecto positivo, el beneficio, o la evitación de un efecto negativo, el perjuicio, que puede producirse en un momento actual o futuro, pero que en todo caso, su concurrencia, de anularse el acto, deberá ser cierta (STS de 2 de junio de 2014 [rec. núm. 41/2013]). Ello pues, presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético y potencial, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega la legitimación; y en todo caso ha de ser cierto y concreto, sin que baste su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (STS 1663/2016, de 7 de julio [rec. núm. 3702/2014]).

Asimismo, debe señalarse que, caracterizado ese interés legítimo como cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida, este puede ser de naturaleza muy variada, pudiendo albergar un contenido de carácter patrimonial, competitivo o profesional, e incluso moral o de vecindad (STS de 19 de febrero de 2008 [rec. núm. 43/2006]), no exigiéndose que el acto administrativo tenga por objeto incidir en esos ámbitos, sino que su anulación provoque una utilidad de ese carácter. Vemos, pues, que el interés legítimo se erige como la utilidad derivada de las consecuencias que acarrearía la hipotética anulación del acto impugnado para el recurrente, cuyo acontecimiento cierto además legitima para impugnar el acto administrativo mediante la alegación de cualquier infracción de derecho, sin que esta deba vincularse necesariamente al interés alegado (STS de 3 de marzo de 2015 [rec. núm. 6060/2011]). Ello resulta lógico, pues las consecuencias que sustentan el interés legítimo se producirán con independencia del motivo por la cual se anule el acto, por la anulación de dicho acto en sí misma.

3.1.1. El interés legítimo competitivo en la anulación de la autorización de comercialización de medicamentos

Pues bien, como advertíamos, el interés legítimo de carácter competitivo ha sido admitido como fundamento de la legitimación activa por parte del Tribunal Supremo, que ya se ha pronunciado en casos parecidos al aquí estudiado, en los que se impugnaba una licencia o autorización necesaria para participar en el mercado por parte de un competidor, afirmando que en estos casos la legitimación activa es evidente, pues el operador recurrente «obtenería el beneficio derivado de eliminar un competidor que actúa en su propia área mercantil, reservándose para sí un negocio que, en caso negativo, tendría que compartir» (STS de 2 de

octubre de 2000 [rec. núm. 4597/1993]), señalando incluso, en algún otro caso muy similar al analizado aquí, respecto a la impugnación de autorizaciones de comercialización de productos fitosanitarios, que la legitimación activa del competidor recurrente debe admitirse, al constituir interés legítimo «tratar de impedir que respecto de los productos que emplean la misma sustancia activa, otra mercantil obtenga una autorización contraria a normas imperativas» (STS 1480/2018, de 8 de octubre [rec. núm. 1044/2014]).

Por otro lado, el mismo alto tribunal ha señalado que, en estos casos, en los que la legitimación activa se sustenta en un interés legítimo competitivo, «dicha legitimación no está restringida a un determinado tipo de motivos [...], sino que se abre a cualquier infracción de derecho en que pueda haber incurrido la actuación administrativa que ha impugnado», sin que puedan limitarse esos motivos a los relacionados con la actividad concurrencial (STS de 3 de marzo de 2015 [rec. núm. 6060/2011]), y con independencia de que los mismos intereses puedan ser tutelados por el derecho de defensa de la competencia o el derecho de la competencia desleal en sede del orden jurisdiccional civil, pues ello no obsta a que esos intereses competitivos sean susceptibles de generar un interés legítimo en el ámbito contencioso (STS de 28 de abril de 2004 [rec. núm. 559/2001]).

En aplicación de lo anterior, nada parece oponerse al reconocimiento general de la legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de sus competidores cuando ostenten un interés legítimo competitivo en la anulación de estas autorizaciones, pues ese interés ha sido ampliamente reconocido por el Tribunal Supremo, y, en nuestro caso, dicha anulación es susceptible de derivar en la expulsión automática del mercado de otro competidor o en la no entrada de ese en el mercado, produciéndose así la evitación de un perjuicio de forma cierta. No obstante, debe señalarse que el Tribunal Supremo también ha señalado en múltiples ocasiones que no puede adoptarse un criterio general en el ámbito de la legitimación activa, puesto que «el casuismo y la variedad de situaciones que la realidad jurídica nos puede deparar, exige un análisis puntual y pormenorizado de cada supuesto enjuiciado, para discriminar e identificar el concreto interés legítimo» (STS de 3 de marzo de 2014 [rec. núm. 4453/2012]), de forma que si bien en determinados casos no hace falta acreditar de forma material el perjuicio competitivo, ya que su existencia resulta evidente de la dinámica del mercado (STS de 28 de abril de 2004 [rec. núm. 559/2001]), normalmente resultará necesario concretar y acreditar el interés competitivo, cuya concurrencia dependerá de las circunstancias de cada caso, y, en particular, de las presiones competitivas entre los productos competidores.

Al respecto, debe señalarse que, en el ámbito farmacéutico, la casuística es sumamente compleja y variada, pues esas presiones competitivas vendrán determinadas por la sustituibilidad entre productos desde el punto de vista concurrencial, derivada de la finalidad a la que estos se destinen, determinada en el ámbito del medicamento por su indicación terapéutica, eso es, la enfermedad que será tratada con ese medicamento. No obstante, el establecimiento de la indicación terapéutica solo constituye la primera fase del análisis del mercado relevante farmacéutico, pues como muestran las decisiones de la Comisión Europea en el ámbito del

control de concentraciones en el sector farmacéutico, el mercado de producto relevante en este ámbito suele delimitarse mediante segmentaciones mucho más estrechas que la indicación terapéutica, en función de criterios tan dispares como las diferencias entre medicamentos respecto a su modo de acción (Decisión CE, caso M.8955 Takeda/Shire, párrafos 17-25), su régimen de prescripción (Decisión CE, caso M.5295 Teva/Barr, párrafo 13), el grupo de pacientes al que se administran (Decisión CE, caso M.5953, Reckit Benckiser/SSL, párrafos 22-27), la potencia y duración de su acción (Decisión CE, caso M.5865 Teva/Ratiopharm, párrafos 157-165) o la prelación de administración entre ambos (Decisión CE, caso M.3354 Sanofi/Aventis, párrafos 55-63), que si bien podrían servir de guía para delimitar esas presiones competitivas de las que dependerá la ostentación de un interés competitivo, su aplicación intermitente por parte de la Comisión evidencian la necesidad de un análisis casuístico.

No obstante, y sin perjuicio de la necesidad de ese análisis, sí que puede señalarse de forma general que, en el caso de impugnaciones de autorizaciones de comercialización de medicamentos de genéricos por los laboratorios comercializadores de sus medicamentos de referencia, la situación que más se produce en la práctica, las presiones competitivas son muy claras, pues la comercialización de un medicamento genérico supondrá la puesta en el mercado de un medicamento con el que se comparte no solo indicación terapéutica, sino también principio activo y forma farmacéutica, siendo ambos medicamentos bioequivalentes entre sí, de modo que el interés legítimo de carácter competitivo en su expulsión del mercado o no entrada en este resulta evidente. Asimismo, este interés competitivo basado en la dinámica comercial habitual del mercado se verá sustancialmente reforzado por la regulación sectorial, que a través de la imposición de la prescripción de medicamentos por principio activo como norma general (art. 87 RDLeg. 1/2015), la sustitución en la dispensación de medicamentos por el farmacéutico en el contexto de las agrupaciones homogéneas (art. 89 RDLeg. 1/2015) y la activación del sistema de precios de referencia (art. 98 RDLeg. 1/2015) fomenta la competencia entre medicamentos innovadores y genéricos e impone bajadas de precios sobre ambos, efectos que solo se manifestarán una vez que se comercialice el primer genérico, y que evidencian el interés de los laboratorios innovadores en retrasar lo máximo posible la entrada de estos medicamentos al mercado.

Por el contrario, habrá toda una serie de casos adicionales que, si bien minoritarios, concurren efectivamente en la práctica, como las impugnaciones de autorizaciones de comercialización de medicamentos autorizados mediante solicitudes completas, al impugnarse la autorización de comercialización de un medicamento más innovador y superior terapéuticamente, o de un medicamento clínicamente genérico pero aprobado mediante una solicitud completa mixta o bibliográfica (y, por lo tanto, sin la consideración de genérico desde un punto de vista legal), o cuando se impugnan autorizaciones de comercialización de medicamentos aprobados mediante solicitudes abreviadas por otros laboratorios que también han obtenido sus autorizaciones mediante solicitudes abreviadas. En todos estos casos, deberá estarse a las circunstancias particulares de cada caso, debiéndose analizar la realidad comercial y las correspondientes regulaciones sectoriales que puedan afectar la sustituidad de los medicamentos, para dilucidar en cada caso si entre el medicamento cuya

autorización se impugna y el medicamento comercializado por el impugnante efectivamente se producen presiones competitivas de suficiente intensidad susceptibles de fundar un interés legítimo, y, por lo tanto, la legitimación activa para recurrir.

Asimismo, debe advertirse que dicho análisis no deberá realizarse únicamente en el momento de alegar la concurrencia o la falta de legitimación activa según corresponda, sino que será sumamente relevante tener en cuenta los posibles cambios que en el interés legítimo puedan producirse hasta el momento en el que se dicte sentencia, pues recordemos que el Tribunal Supremo ha reconocido la posible pérdida sobrevenida del interés legítimo a lo largo del procedimiento en este orden jurisdiccional (STS de 30 de mayo de 2011 [rec. núm. 202/2009]). Así ha sucedido en algún caso, en el que mientras se discute la validez de una autorización de comercialización de un medicamento, el laboratorio de genéricos ha obtenido otra autorización de comercialización a partir de otra base legal, para comercializar otro medicamento similar al medicamento cuya autorización se impugna, si no igual. En estos casos, si esta segunda autorización no es impugnada, sostener el interés legítimo competitivo para impugnar la primera puede resultar especialmente complicado, pues la anulación de esta no provocaría utilidad alguna para el recurrente, al no poder expulsar ni al competidor ni a sus productos del mercado, ya que este es titular de una segunda autorización para participar en ese mismo mercado.

En cualquier caso, y teniendo en cuenta lo antedicho, puede concluirse aquí que, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los laboratorios farmacéuticos ostentarán un interés legítimo susceptible de fundar la legitimación activa para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos cuando la expulsión del medicamento del mercado o su no entrada en este produzca para esos laboratorios un beneficio de carácter competitivo, para lo cual será necesario acreditar la relación concurrencial entre el medicamento que se comercializa y el medicamento cuya autorización se impugna, pues si bien su apreciación en el ámbito de las disputas entre medicamento de referencia y medicamento genérico será evidente, en el resto de casos requerirá de concreción y acreditación según las circunstancias del caso.

3.1.2. La doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Partiendo de la anterior conclusión, sorprenderá la doctrina jurisprudencial desarrollada por la Audiencia Nacional respecto a este supuesto concreto, que ha apreciado de forma reiterada y unánime la falta de legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos por falta de interés legítimo, doctrina que tuvo su auge entre los años 2002 y 2004, pero que ha persistido hasta nuestros días, pues cada vez que algún laboratorio ha osado impugnar una autorización de comercialización de un medicamento y cuestionar el criterio de la Audiencia Nacional, al conocer del caso y en aplicación del principio de unidad de doctrina, esta ha repetido el mismo razonamiento expuesto en aquellos pronunciamientos iniciales, negando a los laboratorios la legitimación activa para impugnar esas autorizaciones.

Tabla 2. La doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional: pronunciamientos

SAN de 6 de febrero de 2002 (rec. núm. 408/2001)	SAN de 1 de octubre de 2003 (rec. núm. 105/2003)
SAN de 20 de febrero de 2002 (rec. núm. 397/2001)	SAN de 22 de octubre de 2003 (rec. núm. 111/2003)
SAN de 25 de junio de 2003 (rec. núm. 17/2003)	SAN de 29 de octubre de 2003 (rec. núm. 95/2003)
SAN de 25 de junio de 2003 (rec. núm. 36/2003)	AAN de 4 de febrero de 2004 (rec. núm. 149/2003)
AAN de 25 de junio de 2003 (rec. núm. 41/2003)	AAN de 24 de marzo de 2004 (rec. núm. 3/2004)
SAN de 25 de junio de 2003 (rec. núm. 45/2003)	AAN de 19 de abril de 2004 (rec. núm. 140/2003)
AAN de 25 de junio de 2003 (rec. núm. 46/2003)	AAN de 26 de abril de 2004 (rec. núm. 160/2003)
SAN de 25 de junio de 2003 (rec. núm. 46/2003)	SAN de 30 de junio de 2004 (rec. núm. 56/2004)
SAN de 2 de julio de 2003 (rec. núm. 11/2003)	SAN de 10 de junio de 2009 (rec. núm. 168/2009)
SAN de 25 de julio de 2003 (rec. núm. 34/2003)	SAN de 24 de noviembre de 2010 (rec. núm. 349/2010)
SAN de 17 de septiembre de 2003 (rec. núm. 97/2003)	SAN de 26 de diciembre de 2012 (rec. núm. 154/2012)

Pues bien, en mi humilde opinión, esta doctrina no puede y no debe seguir siendo aplicada en la actualidad. Y ello no únicamente por no corresponderse con los criterios jurisprudenciales actuales del Tribunal Supremo ya expuestos, sino por descansar además sobre una serie de premisas no demasiado acertadas, y en muchos casos irrelevantes, que han ido sobreviviendo de forma sorprendente año a año, pronunciamiento a pronunciamiento, debido en buena medida a la aplicación, de forma justificada en algunos casos, pero de forma errónea en muchos otros, de ese principio de unidad de doctrina. Las referidas premisas, que se analizarán a continuación, son (a) que los intereses alegados son de índole económica y comercial, mientras que las autorizaciones de comercialización impugnadas se conceden teniendo en cuenta exclusivamente la idoneidad sanitaria del medicamento, (b) que los perjuicios alegados derivan de la comercialización efectiva del medicamento, y no de la autorización de comercialización impugnada, y (c) que la admisión de la legitimación activa supondría vulnerar la exigencia de confidencialidad del expediente del procedimiento de autorización de comercialización.

3.1.2.1. La idoneidad sanitaria como única finalidad del procedimiento de concesión de autorizaciones de comercialización de medicamentos

El primer argumento del que parte la Audiencia Nacional para negar el interés legítimo competitivo de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización es que:

Los únicos intereses que se pueden presentar son de índole económica y comercial, mientras que las resoluciones administrativas impugnadas vienen referidas a procedimientos de autorización de comercialización de medicamentos por parte de la Agencia que evalúan la idoneidad sanitaria del medicamento sobre la base de información técnica y administrativa recogida en el expediente de registro, de modo que los perjuicios aducidos tienen efecto jurídico privado ajeno a este orden jurisdiccional contencioso-administrativo (SAN de 26 de diciembre de 2012 [rec. núm. 154/2012]).

Dicha premisa encuentra su apoyo en la normativa reguladora de las autorizaciones de comercialización de medicamentos, que señala, de forma general, que estas autorizaciones se concederán cuando se cumplan una serie de condiciones de calidad, seguridad, eficacia, identificación e información (en la actualidad, art. 10.1 RDLeg. 1/2015 y art. 14.1 RD 1345/2007), sin que la Audiencia Nacional identifique en esas condiciones intereses de carácter competitivo, negando así la legitimación activa de los laboratorios con base en esos intereses.

Pues bien, esta primera conclusión resulta al mismo tiempo errónea e irrelevante, ya que por mucho que se establezca de forma general el aseguramiento de la idoneidad sanitaria del medicamento como finalidad principal del procedimiento, no es el único interés que se tiene en cuenta en ese procedimiento, pues el régimen de exclusividad de datos nada tiene que ver con esa idoneidad, sino que precisamente trae como causa la protección de los intereses de los laboratorios innovadores frente a los laboratorios de genéricos (en este sentido, considerando 9.º de la Directiva 2001/83 y STJUE de 1 de julio de 2010 [asunto T-321/05, Astrazeneca], párrafos 667 y 688), y su comprobación recae en la autoridad concedente de la autorización (art. 26.2. Directiva 2001/83), de forma que aquel efecto jurídico privado que señala la Audiencia Nacional no es ajeno en ningún caso a este procedimiento, sino al contrario, pues es precisamente el interés en el que descansa ese régimen de exclusividad de datos, de forma que la impugnación de la autorización de comercialización por intereses competitivos, cuando se vulnera dicho régimen, casará perfectamente con la finalidad detrás de dicho requisito. Y ello será así con independencia de que ese interés legítimo competitivo pueda encontrar su tutela también en el orden jurisdiccional civil en aplicación de las normas de defensa de la competencia y de competencia desleal, pues como ya hemos señalado, ello no obsta en ningún caso a que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo pueda conocer de esos intereses a efectos de sostener la legitimación activa (STS de 28 de abril de 2004 [rec. núm. 559/2001]).

Asimismo, debe añadirse que ello no puede conllevar que se límite esa legitimación activa a la alegación de la vulneración del régimen de exclusividad de datos, puesto que la finalidad del procedimiento resulta en cualquier caso irrelevante, ya que el interés legítimo competitivo descansa en la utilidad que generará para el laboratorio competidor la anulación del acto impugnado, en las consecuencias de dicha anulación, con independencia de que el interés alegado tenga relación alguna con la finalidad que descansa detrás del procedimiento que ha llevado al acto administrativo impugnado. Así se deduce, no solo de la

naturaleza del interés legítimo ya expuesta, sino de la jurisprudencia ya citada del Tribunal Supremo, que ha afirmado, en el marco del interés legítimo competitivo, que

«la restricción de la legitimación [...] solo a los motivos relativos a la concurrencia empresarial carece de toda base legal y jurisprudencial», de forma que dicha legitimación «no está restringida a un determinado tipo de motivos [...] sino que se abre a cualquier infracción de derecho en que pueda haber incurrido la actuación administrativa que ha impugnado» (STS de 3 de marzo de 2015 [rec. núm. 6060/2011]),

no pudiéndose limitar el interés competitivo alegado por la supuesta finalidad única de idoneidad sanitaria detrás del procedimiento, y que, como hemos visto, no es ni mucho menos la única.

De forma añadida, debemos volver a citar aquí el criterio del Tribunal Supremo admitiendo la legitimación activa para impugnar autorizaciones de comercialización de productos fitosanitarios por parte de competidores (STS 1480/2018, de 8 de octubre [rec. núm. 1044/2014]), cuyo procedimiento de concesión tiene finalidades relacionadas con la salud pública y el medio ambiente (art. 4 Reglamento [CE] 1107/2009), y sin que el alto tribunal haya analizado dichas finalidades o limitado de forma alguna la legitimación activa del recurrente como consecuencia de ello, lo que, junto a lo anterior, evidencia la falta de relevancia del argumento de la Audiencia Nacional aquí analizado.

3.1.2.2. La distinción entre la concesión de la autorización de comercialización de un medicamento y su comercialización efectiva

La segunda premisa de la que parte la Audiencia Nacional se basa en el establecimiento de una distinción entre la concesión de la autorización de comercialización del medicamento y su comercialización efectiva, señalando que «aunque la autorización e inscripción en un registro público sanitario de las especialidades farmacéuticas es requisito previo para su comercialización, es independiente de la decisión del fabricante sobre esta» (SAN de 10 de junio de 2009 [rec. núm. 168/2009]), de forma que el perjuicio alegado no deriva de esa autorización, sino de la decisión empresarial del laboratorio farmacéutico de comercializar el medicamento. Al respecto, debe destacarse que, en el ámbito del medicamento, una vez este ya ha sido autorizado, y antes de su comercialización, deben sucederse aún otros procedimientos administrativos preceptivos, como el procedimiento de inclusión en la prestación farmacéutica y el procedimiento de fijación del precio del medicamento (art. 94.2 RDLeg. 1/2015), que se tramitan simultáneamente de forma previa a la comercialización, y que refuerzan la idea de la distinción entre la concesión de la autorización de comercialización y la comercialización efectiva del medicamento.

No obstante, si bien el razonamiento de la Audiencia Nacional parte de una premisa en este caso correcta, ello no tiene las consecuencias que la misma atribuye a tal premisa, pues

el interés legítimo no deriva del perjuicio que provoca el acto administrativo en el recurrente, sino que deriva del beneficio o evitación del perjuicio que genera la anulación del acto para ese, como ya se ha señalado aquí, y ha afirmado el Tribunal Supremo en innumerables pronunciamientos (por todos, STS de 25 de junio de 2014 [rec. núm. 365/2012]). Si bien la diferencia puede parecer baladí, no lo será en aquellos casos, como el aquí estudiado, en los que el acto impugnado represente un requisito *sine qua non* para la ocurrencia del acto que ocasiona el perjuicio alegado, pues en ese caso, si bien el perjuicio no deriva directamente del acto impugnado, su anulación provocará de forma cierta la evitación de ese perjuicio. Y ello sucede precisamente aquí, puesto que el perjuicio alegado, consistente en la entrada de un competidor en el mercado, será evitado de forma cierta si a ese se le anula la autorización de comercialización, siendo expulsado del mercado si ya ha iniciado la comercialización o manteniéndolo fuera de este si aún no había entrado, siendo de una lógica aplastante que, si se ha solicitado dicha autorización, es para entrar, tarde o temprano, en el mercado, siendo el perjuicio, de no anularse el acto, cierto y evidente.

Esta conclusión, no solo viene respaldada por la jurisprudencia general del Tribunal Supremo respecto al interés legítimo, sino también por las múltiples sentencias que ya hemos citado en las que el alto tribunal ha reconocido un interés legítimo competitivo para impugnar licencias y autorizaciones de comercialización (STS de 2 de octubre de 2000 [rec. núm. 4597/1993], STS de 3 de marzo de 2015 [rec. núm. 6060/2011], STS 1480/2018, de 8 de octubre [rec. núm. 1044/2014]), pues en esos casos no se ha hecho la distinción entre la concesión de esas licencias o autorizaciones y la comercialización efectiva a efectos de no reconocer un interés legítimo, cuando el mismo razonamiento que ha aplicado la Audiencia Nacional aquí también debería ser de aplicación en aquellos casos, de lo que cabe deducir que esta segunda premisa, como ocurría con la primera, también debe ser desechada.

3.1.2.3. La confidencialidad del expediente del procedimiento de autorización de comercialización de medicamentos

Pues bien, el tercer y último motivo por el cual la Audiencia Nacional ha venido apreciando la falta de legitimación activa de laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos resulta probablemente su argumento más débil, señalando que «la garantía de la confidencialidad y de la reserva obligan a excluir la participación de la entidad recurrente en el expediente que se encuentra en el origen del [...] recurso contencioso» (SAN de 25 de junio de 2003 [rec. núm. 46/2003], AAN de 4 de febrero de 2004 [rec. núm. 149/2003]), negando la legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización por la confidencialidad del expediente administrativo.

Para empezar, debe señalarse que difícilmente puede aceptarse que se niegue la participación en el procedimiento contencioso de aquel que resulta legitimado para ello, porque el expediente del procedimiento administrativo que lo precede tiene carácter confiden-

cial. Asimismo, debe señalarse que, si bien en el momento en el que se dictaron las primeras sentencias que conforman la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional el expediente administrativo era confidencial en su plenitud (art. 32 Ley 25/1990 y art. 15 RD 767/1993), en la actualidad la garantía de confidencialidad se ha visto considerablemente reducida, limitándose a ciertos documentos contenidos en dicho expediente, como la documentación de la solicitud de autorización y los informes de experto, permitiéndose el acceso público a las decisiones sobre autorizaciones de comercialización de medicamentos, sus modificaciones, suspensiones y revocaciones, el resumen de las características del producto y el informe de evaluación motivado, previa supresión de cualquier información confidencial (art. 16.4 RDLeg. 1/2015 y art. 15 RD 1345/2007), cambio cuya relevancia ha sido destacada incluso por la propia Audiencia Nacional, al tratar un caso de acceso a un expediente de un procedimiento de autorización (SAN de 19 de mayo de 2010 [rec. núm. 574/2009]).

En cualquier caso, como ha señalado el Tribunal Supremo, a pesar de que el artículo 48.6 de la LJCA solo prevé expresamente que se puedan excluir del expediente documentos clasificados como secreto oficial, ello no obsta a que los órganos judiciales puedan aplicar otras excepciones de confidencialidad previstas con claridad en la ley, como sucede en este caso, manteniendo la confidencialidad propia del procedimiento administrativo previo (ATS de 31 de enero de 2007 [rec. núm. 256/2005] y ATS 17 de febrero de 2007 [rec. núm. 12/2006]), de forma que la autoridad concedente podrá remitir el expediente sin los documentos que considere confidenciales, lo que de hecho ya sucede en la práctica procesal actual, dirimiéndose en cada caso sí realmente esos documentos deben conservar dicho carácter confidencial, de forma que queda patente que carece de toda justificación negar la legitimación activa en el procedimiento por razones de confidencialidad del expediente, pues dicha confidencialidad ya se garantiza en cualquier caso. Este argumento probablemente deriva del origen de la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional, que se empezó a aplicar para dilucidar la condición de interesado en el procedimiento administrativo previo del laboratorio farmacéutico, extendiéndose posteriormente las mismas conclusiones al ámbito de la impugnación de la autorización de comercialización. En cualquier caso, y con base en lo anterior, esta premisa tampoco puede aceptarse.

Con base en lo antedicho, entiendo que, de las breves notas que se han expuesto, resulta claro y evidente que la profusa y consolidada doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional consistente en negar la legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos no tiene una base sólida que pueda sostenerse a día de hoy, pues se contradice de pleno con la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto al interés legítimo competitivo, habiendo quedado desfasada en ciertos aspectos y partiendo de premisas erróneas ya de origen en otros, por lo que debe darse por liquidada a favor de un nuevo criterio: el reconocimiento de la legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos cuando concurra un interés legítimo de carácter competitivo, cuya apreciación dependerá de la concreción y acreditación por parte del recurrente en cada caso.

3.2. La titularidad de un derecho subjetivo como título legitimador

El derecho subjetivo, como título legitimador alternativo al interés legítimo en este sector del ordenamiento procesal, no cuenta con el extenso análisis jurisprudencial del que goza el interés, pues este último se caracteriza por una mayor amplitud que el primero, por lo que parece que el Tribunal Supremo no ha venido considerando necesario desarrollar la noción de derecho subjetivo en la misma medida, subsumiéndolo en la práctica dentro de la noción más amplia de interés. No obstante, la doctrina sí que ha desarrollado de forma extensa la noción de derecho subjetivo, sobre todo la doctrina civilista, pues en ese ámbito tiene su origen, mediante la aportación de múltiples definiciones, que si bien pueden llegar a albergar importantes diferencias entre sí, todas parecen concebir el derecho subjetivo de forma general como un conjunto de facultades reconocidas por el ordenamiento jurídico otorgadas al titular de ese derecho para actuar en la defensa de sus intereses.

Así pues, a diferencia del interés legítimo, el derecho subjetivo vendrá ya definido por un contenido que delimitará las facultades de su titular, de forma que la legitimación activa fundada en ese derecho subjetivo exigirá que el acto impugnado pueda afectar a dichas facultades, concebidas como la protección de los intereses de su titular. Ello se traducirá en que si bien el interés legítimo deriva de la utilidad que genera la anulación del acto, pudiendo ser la infracción de derecho alegada independiente del interés, puesto que su tutela se satisface en todo caso con la anulación (STS de 3 de marzo de 2015 [rec. núm. 6060/2011]), en el caso del derecho subjetivo únicamente podrá alegarse la afectación de una facultad que derive de ese derecho (Gómez Díaz, 2014), pues la anulación del acto en sí misma no supone la tutela del derecho, sino que esta se producirá únicamente cuando la anulación derive del ejercicio de la facultad ya definida, no siendo susceptible de legitimar al recurrente para impugnar por otros motivos, puesto que en el caso del derecho, los intereses protegidos no han sido concebidos respecto a la anulación del acto administrativo, sino respecto a otro objeto de naturaleza autónoma, cuya protección ya ha sido delimitada mediante el establecimiento de esas facultades.

Pues bien, a la vista de lo anterior, a continuación, analizaremos aquellos derechos subjetivos cuya titularidad ostenten habitualmente los laboratorios recurrentes, y que puedan otorgar a esos laboratorios facultades susceptibles de sostener la legitimación activa para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos, por resultar afectadas por la solicitud, la tramitación o la concesión de dichas autorizaciones.

3.2.1. Las patentes farmacéuticas como derecho subjetivo

A pesar de que la mayoría de recursos que se han interpuesto hasta el momento contra autorizaciones de comercialización de medicamentos han versado sobre el interés legítimo de los recurrentes como competidores, en algunos procedimientos se ha alegado la infrac-

ción de los títulos de patentes sobre el medicamento como fundamento de la legitimación activa (en este sentido, SAN de 2 de julio de 2003 [rec. núm. 11/2003] y SAN de 25 de julio de 2003 [rec. núm. 34/2003]). Los títulos de patente constituyen derechos subjetivos que otorgan a su titular la facultad de prohibir la explotación directa e indirecta del objeto de la patente, según el ámbito y limitaciones contenidos en su norma reguladora (art. 59 y ss. de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes [LP]), cuya concurrencia es habitual en esta fase del ciclo comercial del medicamento innovador, y que a primera vista podrían ser susceptibles de interferir con las actuaciones que solicitante y autoridad concedente realizan en el marco de la tramitación de la autorización de comercialización de medicamentos, pues para su concesión puede ser necesario la realización de estudios o análisis sobre el objeto de esas patentes, ya sea por parte del solicitante (arts. 8.3.i, 10.2.b y 10 ter Directiva 2001/83) o de la autoridad competente (art. 19.2 Directiva 2001/83), que podrían derivar en una infracción de esos títulos de patente.

Pues bien, a pesar de que cuando la Audiencia Nacional dictó los referidos pronunciamientos, en los que negó la legitimación activa de los laboratorios recurrentes debido a que «la tramitación de un expediente de autorización de especialidad farmacéutica no puede menoscabar los derechos de propiedad intelectual e industrial» (SAN de 25 de junio de 2003 [rec. núm. 41/2003]), podía haber dudas al respecto, en la actualidad está claro que ese uso no está protegido por la patente, dada la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de la conocida como cláusula bolar, según la cual los derechos conferidos por las patentes no se extienden a «la realización de los estudios y ensayos necesarios para obtener la autorización de comercialización de medicamentos en España o fuera de España, y los consiguientes requisitos prácticos, incluida la preparación, obtención y utilización del principio activo para estos fines» (art. 61.c LP), de forma que la tramitación de la autorización de comercialización no será susceptible de derivar en una infracción de los títulos de patente.

Por otro lado, podría intentarse alegar que del título de patente podría derivar un interés legítimo de carácter económico para sus titulares, pues la entrada de competidores en el mercado puede suponer un perjuicio económico para estos, diferente del perjuicio de carácter competitivo cuando no participan en el mercado, derivado por ejemplo de la concesión de licencias para comercializar el medicamento, práctica habitual en el sector, y cuya contra-prestación suele establecerse mediante *royalties* (Bergesee, Kim, Sung y Shin, 2018), pagos diferidos proporcionales a los resultados comerciales que suelen pactarse en las licencias de patentes farmacéuticas, y que, ante la entrada de productos infractores al mercado, o incluso de productos competidores no infractores, esos *royalties* pueden reducirse de forma sustancial, justificando así un interés de carácter económico en la anulación de esas autorizaciones.

El problema de este razonamiento radica en que dichas licencias expirarán como máximo una vez expire el título de patente, de modo que, si bien la solicitud de una autorización de comercialización supone de forma prácticamente cierta que tarde o temprano se comercialice el medicamento, que dicha comercialización se produzca en un momento anterior a que expire la validez de la patente es posible, pero no cierto, no pudiéndose conocer

cuándo se comercializará el medicamento en la práctica, puesto que antes de su comercialización debe sucederse aún el procedimiento de inclusión en la prestación farmacéutica y fijación del precio, que suele durar un periodo aproximado de 6 meses (Álvarez-Novoa, Llopis y Somoza, 2019), mientras que el periodo para recurrir el acto administrativo es de 2 meses (art. 46.1 LJCA) (sin perjuicio de la posible presentación de un recurso potestativo de reposición que retrase la interposición del recurso contencioso-administrativo), siendo la comercialización efectiva una vez acabe ese segundo procedimiento y antes de que expire la patente hipotética, pero no cierta, pues el laboratorio puede esperar a que expire esa patente para comercializar, no concurriendo por lo tanto el correspondiente interés legítimo basado en la evitación de un perjuicio cierto.

3.2.2. Los requisitos de las solicitudes abreviadas como derecho subjetivo

3.2.2.1. El reconocimiento de un derecho subjetivo respecto a los requisitos de las solicitudes abreviadas: la doctrina Olainfarm

Una de las cuestiones más controvertidas respecto a la legitimación activa de laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos siempre ha sido si los titulares de autorizaciones de comercialización de medicamentos de referencia tenían algún derecho a recurrir las autorizaciones de comercialización de sus medicamentos genéricos, ya que si bien en principio la Directiva 2001/83 no les reconoce ningún derecho explícito al respecto y el procedimiento para la concesión de estas autorizaciones tiene una naturaleza claramente bilateral entre solicitante y autoridad concedente, es innegable que los primeros se encuentran en una posición especial respecto a los segundos, pues estos últimos han utilizado los datos aportados en su día por aquellos para obtener la autorización de comercialización de sus medicamentos genéricos.

Pues bien, aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya se había pronunciado en numerosas ocasiones sobre la impugnación de autorizaciones de comercialización de medicamentos ante tribunales nacionales, no fue hasta el 14 de marzo de 2015 que se pronunció sobre el posible derecho al recurso que pudiera ostentar un laboratorio farmacéutico contra una autorización de comercialización de un medicamento de otro laboratorio, resolviendo dicha cuestión en el caso Olainfarm (asunto C-557/16), en cuya sentencia el Tribunal de Justicia vino a reconocer a los titulares de autorizaciones de comercialización de medicamentos de referencia un derecho a recurrir las autorizaciones de comercialización de sus medicamentos genéricos, en la medida que se tratase de obtener la tutela judicial efectiva de las prerrogativas contenidas en el artículo 10 de la Directiva 2001/83, que, recordemos, establece los requisitos a los que se someten las solicitudes abreviadas.

El razonamiento que utilizó el tribunal para llegar a esa conclusión fue que, dado que «el artículo 10 de la Directiva 2001/83 establece qué condiciones han de darse para que el titular

de la autorización de comercialización de un medicamento deba tolerar que el fabricante de otro medicamento pueda referirse a los resultados de los ensayos preclínicos y clínicos contenidos en el expediente de solicitud de autorización de comercialización de ese primer medicamento», dicho artículo «confiere correlativamente al titular de la autorización de comercialización del primer medicamento el derecho de exigir el respeto de las prerrogativas que se derivan de esas condiciones en lo que le afecta», y, puesto que según el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) «toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva», debe concederse a ese titular un derecho al recurso contra las autorizaciones de comercialización de sus medicamentos genéricos.

Como puede observarse del sencillo razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia, la relevancia de la doctrina *Olainfarm* en el ámbito de la legitimación activa radica en el reconocimiento de un derecho y una acción, siendo lo segundo consecuencia de lo primero. Así, primero, se reconoce un derecho subjetivo implícito a partir del artículo 10 de la Directiva 2001/83 para el titular de la autorización de comercialización del medicamento de referencia, derivado de los requisitos a los que se someten las solicitudes genéricas para hacer referencia a sus datos, deduciendo así, de una serie de obligaciones, una correspondiente serie de prerrogativas, consistentes en la facultad de exigir su cumplimiento, lo que debería ser suficiente para que nuestros tribunales le reconozcan legitimación activa para impugnar la autorización de comercialización de sus medicamentos genéricos, pues concurre la existencia de un derecho subjetivo implícito susceptible de verse afectado por esa autorización de comercialización.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia va más allá, apreciando asimismo una acción, un derecho al recurso para defender ese derecho subjetivo implícito ante los tribunales nacionales con base en el artículo 47 de la CDFUE, derivado del reconocimiento en el ordenamiento jurídico comunitario del derecho subjetivo, que no solo obliga a los Estados miembros a adaptar el ordenamiento jurídico nacional en el caso de que dicho derecho al recurso no pueda ejercerse formalmente ante los órganos jurisdiccionales nacionales (STJUE 19 de marzo de 2015 [asunto C-510/13, *E.ON Földgáz Trade*], párrafo 49), sino que también obligará a estos últimos a reconocer la tutela judicial efectiva respecto al derecho subjetivo reconocido cuando el ordenamiento procesal no lo prevea, o incluso no lo permita (STJUE de 17 de abril de 2018 [asunto C-414/16, *Egenberger*], párrafo 79). En cualquier caso, el reconocimiento de esta acción no tendrá excesivas implicaciones prácticas en el caso español, pues, como ya hemos señalado, el reconocimiento del derecho subjetivo implícito ya es suficiente para legitimar al recurrente en el procedimiento contencioso.

En cualquier caso, y a la vista de lo anterior, no cabe duda de que los tribunales españoles deberán reconocer la legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos genéricos respecto a los que su medicamento haya sido utilizado como medicamento de referencia cuando esos aleguen la vulneración del derecho reconocido derivado de los requisitos del artículo 10 de

la Directiva 2001/83. Al respecto, resulta esperanzador el primer y único pronunciamiento que hasta la fecha se ha publicado en España aplicando la doctrina Olainfarm, en el que si bien se inadmite el recurso por falta de competencia, reconoce con carácter general la legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de los medicamentos genéricos de sus medicamentos de referencia, señalando que «cabe reconocer, con carácter general, legitimación al titular de la autorización de comercialización de un medicamento para el ejercicio del derecho a la tutela judicial respecto a las prerrogativas contenidas en el art. 10 de la Directiva» (SJCCA 89/2018 de 2 de julio [rec. núm. 11/2017]).

3.2.2.2. La identificación de las facultades asociadas al derecho subjetivo implícito derivado de los requisitos de las solicitudes abreviadas

Analizado lo anterior, debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia, en su respuesta, señala que la acción reconocida se limitará al derecho a exigir el cumplimiento de las prerrogativas derivadas del artículo 10 de la Directiva 2001/83. Así, como ya hemos advertido, el reconocimiento de un derecho subjetivo que pueda verse afectado por el acto impugnado no legitima para recurrir ese acto en virtud de cualquier motivo, sino únicamente cuando este entre en conflicto con las facultades que componen ese derecho subjetivo. Por ello, resultará esencial delimitar exactamente qué prerrogativas viene a reconocer el Tribunal de Justicia a partir del artículo 10 de la Directiva 2001/83, el cual establece tanto el régimen de exclusividad de datos como el resto de requisitos que deben cumplirse para presentar una solicitud abreviada, tanto respecto al medicamento de referencia, que deberá haber sido aprobado mediante una solicitud completa conforme al derecho comunitario, como el medicamento genérico, que deberá tener el mismo principio activo y forma farmacéutica que el medicamento de referencia, debiéndose probar la bioequivalencia entre ambos medicamentos, si bien en el caso de solicitudes híbridas deberán presentarse datos adicionales.

Pues bien, respecto al alcance de este derecho subjetivo, el abogado general Wahl señaló en su escrito de conclusiones de 20 de mayo de 2014 que el titular de la autorización de comercialización del medicamento de referencia debía tener la facultad de exigir el respecto del régimen de exclusividad de datos, interpretando que «no se desprenden derechos con un alcance superior a ese periodo de protección». No obstante, el Tribunal de Justicia optó por una apreciación sustancialmente más amplia del derecho subjetivo derivado del artículo 10 de la Directiva 2001/83, señalando que el titular de la autorización de comercialización del medicamento de referencia no solo tendrá derecho a exigir el cumplimiento del régimen de exclusividad de datos, sino también el cumplimiento de los requisitos previstos en ese artículo para que el medicamento de referencia y el medicamento genérico puedan ser considerados como tales, de lo que parece deducirse que las prerrogativas reconocidas abarcarán cualquier requisito legal establecido en ese artículo, pues no se me ocurre razón alguna para limitarlo a las consideraciones específicamente señaladas por el propio Tribunal de Justicia, y no al resto.

Al respecto, debe señalarse aquí que no puede compartirse el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia, pues si bien es cierto que el régimen de exclusividad de datos se concibe como una protección de los datos aportados por el laboratorio innovador respecto a la utilización de los mismos por un tercero, normalmente competidor, de lo cual puede derivarse un derecho del laboratorio innovador a exigir su cumplimiento, no puede aceptarse que el resto de requisitos a los que se someten las solicitudes abreviadas, y en particular, aquellas condiciones que deben cumplir los medicamentos de referencia y genéricos para ser considerados como tales, establezcan, como afirma el Tribunal de Justicia, «qué condiciones han de darse» para que el laboratorio innovador «deba tolerar» que los laboratorios de genéricos puedan referirse a sus datos, puesto que dichas condiciones se establecen para garantizar que medicamento de referencia y genérico comparten eficacia, seguridad y calidad, puesto que si bien estos parámetros no pueden garantizarse mediante datos propios, sí se demuestran debido a la similitud con el medicamento de referencia, siendo esa finalidad de idoneidad sanitaria que destacaba la Audiencia Nacional en su momento la única detrás de dichos requisitos.

Asimismo, tampoco puede compartirse con el Tribunal de Justicia que el derecho al recurso contra la autorización de comercialización de medicamentos pueda incluir el derecho a exigir el cumplimiento del periodo de exclusividad comercial de 10 años, pues dicho cumplimiento depende de la decisión de comercialización efectiva, no de la concesión de la autorización, siendo esta válida aunque se incumpla el periodo de exclusividad comercial. Así, ese derecho debería ser tutelado por otra vía, como podría ser el procedimiento sancionador previsto en la normativa sectorial (arts. 108 y ss. RDLeg. 1/2015) o la violación de normas como acto de competencia desleal (art. 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal), si bien tampoco puede obviarse que dichas vías también plantean numerosos problemas en su aplicación práctica en este supuesto.

En cualquier caso, y a pesar de las anteriores reflexiones, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia deja pocas dudas sobre el alcance de sus conclusiones al respecto, de forma que el derecho subjetivo implícito reconocido abarcará todos los requisitos establecidos en el artículo 10 de la Directiva 2001/83, y la tutela de ese derecho podrá obtenerse a partir de la impugnación de la correspondiente autorización de comercialización del medicamento genérico.

3.2.2.3. La aplicación de la doctrina Olainfarm en la casuística propia del ámbito del medicamento

Dicho lo anterior, debe señalarse que si bien la aplicación de la doctrina Olainfarm en las disputas entre medicamentos de referencia y medicamentos genéricos se presenta clara, en la actualidad las dudas se centran en dilucidar si dicha doctrina es aplicable al resto de casos que también se producen en la práctica, en el contexto de disputas en las que tanto el medicamento cuya autorización se impugna como el medicamento comercializado por el

recurrente han sido autorizados a partir de una solicitud completa, o cuando ambos medicamentos han sido autorizados a partir de una solicitud abreviada. Estas dudas ya podían dejarse entrever en el único pronunciamiento que ha aplicado la doctrina Olainfarm en España ya citado, que si bien, como hemos señalado, admite de forma general la legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización en aplicación de dicha doctrina, también señala que

el citado precepto contempla diversos procedimientos de diferente alcance y que según la base legal en que se apoye la solicitud, los requisitos técnicos y científicos para demostrar la calidad, seguridad y eficacia del medicamento varían, por lo que se debe tomar en consideración el tipo de procedimiento concreto objeto de la presente controversia para deducir el ámbito y condiciones del ejercicio del derecho (SJCCA 89/2018 de 2 de julio de 2018 [rec. núm. 11/2017]).

En el análisis de esta cuestión, deben tenerse presente varias premisas. Así las cosas, la doctrina Olainfarm se basa en la relación especial que caracteriza el medicamento de referencia y medicamento genérico, dado que el segundo es aprobado a partir del expediente del primero, de lo que deriva que este último tiene el derecho a exigir el cumplimiento de los requisitos que la solicitud abreviada debe cumplir. Pues bien, si se impugna una autorización de comercialización concedida a partir de una solicitud completa, esa dependencia no se produce, pues estas solicitudes son independientes de cualquier otra, y los requisitos a los que la Directiva 2001/83 las somete nada tienen que ver con el uso de datos incluidos en otros expedientes, de forma que, dado el fundamento de la doctrina Olainfarm, en principio esta no debería ser de aplicación en este caso. Sin embargo, debemos recordar que es criterio de la Comisión Europea, según la Comunicación para Solicitantes, que las solicitudes completas también estén sometidas al régimen de exclusividad de datos recogido en el artículo 10 de la Directiva 2001/83 cuando se hagan referencias bibliográficas a otros expedientes, de forma que, en relación con el sentido de la doctrina Olainfarm, podría pensarse que respecto a este régimen de exclusividad de datos esta doctrina sí sería de aplicación.

No obstante, dicha interpretación, que parece lógica, alberga un problema de carácter formal con importantes consecuencias materiales. Así, mientras que la aplicación del régimen de exclusividad de datos y el resto de requisitos legales a los que se someten las solicitudes abreviadas derivan de una directiva comunitaria, la aplicación del régimen de exclusividad de datos sobre solicitudes completas no tiene apoyo en ninguna norma, sino que deriva de la Comunicación para Solicitantes, instrumento de *soft law* elaborado por la Comisión Europea conjuntamente con las autoridades nacionales concedentes, cuya misma introducción señala que el mismo documento no tiene fuerza legal y no representa necesariamente las opiniones finales de la propia Comisión Europea, de forma que, si bien es cierto que este documento puede tener cierto valor en cuanto a la interpretación de disposiciones nacionales o comunitarias (STJUE de 15 de septiembre de 2015 [asunto T-67/13, Novartis Europharm v. Commission], párrafo 67), este tipo de instrumentos no puede, por sí mismo, crear derechos en favor de particulares que estos puedan ejercitar ante tribunales naciona-

les (STJUE de 13 de octubre de 1989 [asunto C-322/88, Grimaldi], párrafo 16), criterio aún válido a día de hoy (Kovács, Tóth y Forgács, 2016; Korkea-aho, 2018) y especialmente relevante aquí, pues la doctrina Olainfarm se basa precisamente en el reconocimiento de un derecho subjetivo a partir de las normas de derecho comunitario.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que de la Comunicación para Solicitantes no puede derivarse derecho alguno, ni puede concederse por lo tanto un derecho al recurso conforme al artículo 47 de la CDFUE según la doctrina Olainfarm, no puede admitirse la legitimación activa fundada en un derecho subjetivo que no existe, no siendo en ningún caso razonable sostener que la Comunicación para Solicitantes hace una mera interpretación de las normas legales aplicables, pues tanto la Directiva 2001/83 como las normas que transponen el régimen de exclusividad de datos en el ordenamiento jurídico español (arts. 17.3 y 18.1 RDLeg. 1/2015 y art. 7.2.-7.3 RD 1345/2007) limitan de forma clara y rotunda la aplicación del régimen de exclusividad de datos a los medicamentos genéricos, sin que quepa interpretación razonable alguna de dichas normas que pueda sostener que también son aplicables a solicitudes completas mixtas y bibliográficas, de forma que el criterio expuesto en la Comunicación para Solicitantes podrá ser un requisito de admisión plenamente aceptado por las autoridades concedentes (de hecho, lo es), pero no es un derecho del que pueda derivarse la legitimación activa en el procedimiento contencioso.

Lo mismo debe predicarse en aquellos casos en los que el titular de una autorización de comercialización de un medicamento obtenido mediante una solicitud abreviada impugne otra autorización obtenida mediante una solicitud abreviada que haga referencia a sus datos, pues si bien ello no es común, sí que ha sucedido ante los tribunales nacionales de algunos Estados miembros (Sentencia del Alto Tribunal de Justicia de Inglaterra y Gales de 29 de julio de 2016, Napp contra el Secretario del Estado por la Salud), en cuyo caso difícilmente podría aplicarse la doctrina Olainfarm, puesto que los datos aportados en solicitudes abreviadas no están protegidos ni por la Directiva 2001/83 ni por la Comunicación para Solicitantes.

4. Consideraciones finales

La legitimación activa constituye un presupuesto de carácter procesal cuya concurrencia resulta necesaria para poder acceder al procedimiento. Es por ello que dicho requisito debe ser apreciado de forma extensiva y amplia, pues la negación de esa legitimación cierra las puertas a la tutela judicial efectiva respecto a la correspondiente pretensión. Pues bien, esta concepción extensiva y garantista, que se erige como rasgo definidor de la referida institución, ha sido ignorada en el caso aquí estudiado, pues la Audiencia Nacional ha negado, de forma sistemática y reiterada, la legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos, a partir de una profusa doctrina jurisprudencial desarrollada con base en una serie de premisas, que si bien en

algunos casos se presentan como erróneas e ilógicas, gozan todas ellas de una irrelevancia notoria en la apreciación de la legitimación activa, y cuya aplicación inicial y subsiguiente reiteración ciega ha supuesto la vulneración sistemática por parte de nuestros tribunales del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1. de la Constitución de los laboratorios farmacéuticos respecto a sus derechos subjetivos e intereses legítimos.

Por ello, dicha doctrina debe ser liquidada en favor de un nuevo criterio, favorable al reconocimiento general de la legitimación activa de los laboratorios farmacéuticos para impugnar autorizaciones de comercialización de medicamentos de otros laboratorios en aquellos casos en los que el recurrente comercialice un medicamento competidor respecto al medicamento cuya autorización de comercialización impugna, ostentando así un claro interés legítimo de carácter competitivo en la anulación de esas autorizaciones, lo que en todo caso deberá ser acreditado según las circunstancias particulares de cada caso. Asimismo, los laboratorios farmacéuticos también ostentarán un derecho subjetivo susceptible de ser vulnerado por las autorizaciones de comercialización de medicamentos genéricos, derivado de los requisitos que deben cumplir las solicitudes abreviadas para referirse a los datos aportados con la solicitud de autorización de comercialización del medicamento de referencia, si bien dicho derecho existirá exclusivamente en el ámbito de estas solicitudes abreviadas, sin que pueda extenderse al resto de la casuística propia del sector farmacéutico.

En aplicación de lo anterior, debe señalarse que, en el ámbito de las habituales disputas que se producen en la práctica entre medicamento innovador de referencia y medicamento genérico, la concurrencia de la legitimación activa es innegable, al concurrir un doble título legitimador, pues los laboratorios innovadores ostentarán un derecho subjetivo implícito derivado del uso de los datos de su expediente y un interés legítimo competitivo derivado de la dinámica del mercado farmacéutico y reforzado por la regulación sectorial, siendo cualquiera de esos títulos suficiente por sí solo para fundar la legitimación activa. No obstante, en el resto de casos, los laboratorios recurrentes se verán obligados a demostrar las presiones competitivas que se produzcan o se puedan producir entre los correspondientes medicamentos, pues no habrá derecho subjetivo alguno al que puedan acudir para sostener su legitimación activa, de forma que tampoco podrá aceptarse que esa legitimación sea apreciada en todo caso, sino que el recurrente deberá acreditar ese interés legítimo competitivo, y el correspondiente juzgado o tribunal deberá resolver con base en ello, sin presuponer nada, pues el principio *pro actione* no implica apreciar un interés cuando no lo hay. Así, el paradigma actual de la negación de la legitimación activa del recurrente sin excepción debe ser sustituido por la necesaria concreción y el correspondiente análisis casuístico de dicha legitimación.

Concluido lo anterior, finalizo el presente estudio mostrando mi satisfacción por creer haber logrado el objetivo que pretendía mediante su realización, eso es, aportar mi humilde contribución a la resolución de una cuestión que ha venido siendo controvertida en el ámbito del medicamento durante muchos años ya, y que de bien seguro lo seguirá siendo por muchos más. Esperemos que las reflexiones vertidas aquí sirvan para llevar el debate en la buena dirección.

Referencias bibliográficas

- Álvarez-Novoa, I., Llopis, A. y Somoza, A. (2019). Financiación y precios en el S.N.S. En J. Carlos Serra (Ed.), *Market Access y Relaciones Institucionales* (pp. 417-450). Profit Editorial.
- Bergesee, J., Kim, E., Sung, T.-E. y Shin, K. (2018). Factors Affecting Pricing in Patent Licensing Contracts in the Biopharmaceutical Industry. *Sustainability*, 10(9), 3143.
- Borg, J. J. (2014). Reflections on Decisions Taken on Well Established Use Medicinal Products by EU Regulators and the ECJ: A Pharmaceutical Regulatory Perspective. *Scientia Pharmaceutica*, 82(3), 655-663. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov>
- Faus Santasusana, J. (2015). Los titulares de autorizaciones de comercialización están legitimados para recurrir judicialmente contra la aprobación de un genérico. *Cuadernos de Derecho Farmacéutico*, 52, 6-13.
- Gaessler, F. y Wagner, S. (2018). Patents, Data Exclusivity and the Development of New Drugs. *Annual Searle Center/Uspto Conference on Innovation Economics*. <https://papers.ssrn.com/>.
- Gómez Díaz, A. B. (2014). *El acceso al recurso contencioso. Un estudio sobre la legitimación en el proceso administrativo* (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid.
- Korkea-aho, H. E. (2018). National courts and European soft law: Is Grimaldi still good law. *Yearbook of European Law*, 37, 470-495.
- Kovács, A., Tóth, T. y Forgács, A. (2016). The Legal Effects of European Soft Law and Their Recognition at National Administrative Courts. *Elite Law Journal*, 2. <https://eltelawjournal.hu/>.
- Later-Nijland, H. (2017). Abridge Procedure. En S. Shorthose (Ed.), *Guide to EU Pharmaceutical Law* (pp. 439-466). Kluwer Law International.
- Martínez Suárez, J. (2018). Un paso más en la legitimación de los titulares de autorizaciones de comercialización para recurrir contra la autorización de genéricos. *Cuadernos de Derecho Farmacéutico*, 67, 27-34.
- Schulze, B., Potthast, H. y Hofer, J. F. (2016). Different Salts of a Drug Substance - Comparison of Regulatory Pathways in the EU and USA Wissenschaftliche. <https://www.semanticscholar.org>
- Shaikh, O. (2016). *Access to Medicine Versus Test Data Exclusivity*. Springer-Verlag Berlin Heidelberg.
- Vogel, A. M. (2012). Hybrid or Mixed Marketing Authorization Application in the European Union: Not a Trivial Decision in New Development Programs for Established Drugs. *Drug Information Journal*, 46(4), 479-484.



El enriquecimiento injusto en la contratación pública

José Enrique Candela Talavero

Doctor en Derecho. Profesor ayudante doctor (ANECA)

Secretario de Administración local

joseenriquecandela@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-5894-7833>

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

La realidad de un contrato público está sometido a vicisitudes que generan dudas sobre la extensión de los derechos y obligaciones de las partes. Tras su ejecución, en ocasiones el contratista presenta solicitudes de abono a la Administración con base en prestaciones ordenadas por esta, contra o sin ajustarse al procedimiento. Situación irregular que enriquece sin causa al contratante y que permite al licitador reclamar que se le abonen los trabajos realizados.

Se analiza en este trabajo cuáles son los medios de que dispone el contratista, los requisitos para reconocer el enriquecimiento injusto, los efectos de la nulidad administrativa y sus efectos contables para solventar la injusta situación, así como las posibles responsabilidades en un marco normativo garantizado por los principios generales de la contratación.

Se arbitra mediante la figura del enriquecimiento injusto la seguridad jurídica que supone realizar la obra, prestar el servicio o el suministro satisfecho como obligación, fundamentado en la prestación realizada y satisfecha y no en el contrato si fuera declarado nulo y por tanto inexistente.

Palabras clave: enriquecimiento injusto; contratos del sector público; intervención financiera-contable; nulidad contractual.

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

Cómo citar: Candela Talavero, J. E. (2021). El enriquecimiento injusto en la contratación pública. *Revista CEFLegal*, 242, 93-128.



Unjust enrichment and public procurement

José Enrique Candela Talavero

Abstract

The reality of public procurement usually undergoes issues generating doubts on the extent of the rights and obligations of the parties. Once the contract has been performed, the awarded party sometimes submits payment requests to the authorities based on tasks ordered against or sidelining procedure. An irregular situation that unjustly enriches the awarding authorities and enables the awarded tenderer to seek compensation for the work done.

This paper analyses the means available to the contractor, the requisites to identify unjust enrichment, the effects of void in administrative law and its effects in public accounting to solve this unfairness, as well as liabilities laid out in the legal frame granted by the general principles of public procurement.

This figure of unjust enrichment serves legal certainty allowing contract performance and banishing a declaration of the contract as void and, therefore, non-existent.

Keywords: unjust enrichment; public procurement; public sector financial and accounting control; null and void contract.

Citation: Candela Talavero, J. E. (2021). El enriquecimiento injusto en la contratación pública. *Revista CEFLegal*, 242, 93-128.



Sumario

1. Introducción
 2. La aplicación de los principios generales al enriquecimiento injusto: la eficacia
 3. El enriquecimiento injusto
 - 3.1. Ejecución de los contratos
 - 3.2. Obligaciones de las partes en contratos del sector público
 - 3.2.1. La Administración
 - 3.2.2. El contratista
 4. Mecanismos de protección del contratista
 - 4.1. El enriquecimiento injusto y la intervención financiero-contable
 - 4.2. Efectos de la nulidad del contrato
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales, como requisito para la existencia y permanencia de nuestro Estado de derecho, según le determina el artículo 103.1 de la Constitución (en adelante, CE), a la que está sujeta junto al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.2 CE) como deber general positivo de realizar sus funciones conforme a la norma suprema (STC n.º 101/1983), calificada como «norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico» (STC de 31 de marzo de 1981).

Esta sujeción convierte el interés general en principio que orienta la actuación administrativa en cualquier campo del derecho administrativo, y por tanto en el sector de la contratación pública de obligatoria observación en todo el procedimiento contractual. A su vez, el mismo artículo 103.1 de la CE marca la búsqueda en el servicio público del interés general con «objetividad» y con «sometimiento pleno a la ley y al Derecho», dando lugar a previsiones para la materialización de estos criterios y, con esto, una actuación guiada por los principios de buena fe y confianza legítima, ofreciendo una relación con el ciudadano según la transparencia y participación como objetivos de la normativa básica en materia de contratos públicos, garantizando y haciendo efectivos los principios de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica (Moreno Molina, 2008, pp. 49-50) (SSTC n.º 27/1981, de 20 de julio [NFJ000001] y n.º 46/1990, de 15 de marzo [NCJ063453]). Principios reconocidos por la jurisprudencia comunitaria (SSTJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH; de 8 de octubre de 1980, Uberschar, 810/79, Rec. p. 2747, apartado 16, o de 29 de abril de 2004 [Succhi di frutta]), y que como marcos de actuación de los poderes públicos no son meramente interpretativos sino de carácter normativo (STS de 22 de septiembre de 1988).

La contratación pública pues está presidida por el principio de inalterabilidad del fin de interés general, que justifica la existencia de prerrogativas administrativas que hallan limi-

taciones en su ejercicio delimitadas por el juego de los principios generales de la contratación, la preponderancia del fin de ese interés público y el respeto al equilibrio contractual (Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, Dictamen n.º 86/2005, de 15 de junio).

De esta realidad se hace eco la 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 (LCSP) al reconocer en su artículo 1 objetivos como que regular la contratación del sector público para garantizar su ajuste a

los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

A partir de estos principios se desprende la posición institucional que las partes del contrato público asumen y la existencia en su caso de un enriquecimiento injusto, pues se necesita que sean contratos onerosos presentes cuando «el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta» (art. 2 LCSP).

Ahora bien, la figura del contrato administrativo se caracteriza por su inmediata vinculación con el derecho privado y la necesidad no obstante de marcar sus diferencias. Por eso que, partiendo de la admisibilidad de la figura en el ámbito contencioso-administrativo, tomándolo como principio unido a la dimensión civil, puso de manifiesto la STS de 12 de diciembre de 2012 la aplicación de

la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo como principio general o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al derecho administrativo. Pero, en cualquier caso, son los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, acogidos expresamente por esta Sala, los que rigen y se aplican a los supuestos en que la Administración o un particular, eventual o supuestamente empobrecido, exige la restitución del enriquecimiento injusto o sin causa de un administrado o de una Administración, en este caso, de una entidad local.

Es así que la jurisprudencia ha venido manifestando reiteradamente que el principio de buena fe, recogido en el artículo 1.258 del Código Civil, debe tener en el ámbito de las rela-

ciones contractuales administrativas al menos tanta virtualidad como en el derecho privado (STS de 1 de febrero de 1982); que los contratos administrativos, pese a sus «modulaciones», obedecen a los mecanismos propios de la figura contractual (STS de 28 de septiembre de 1987); que el contrato, en su concepción genérica como *lex inter partes*, tiene también su plasmación en el ámbito del derecho administrativo y que los principios que informan la contratación no están desvirtuados por las peculiaridades que singularizan a la contratación administrativa (STS de 12 de junio de 1980); que la contratación administrativa está sujeta al principio esencial de equilibrio objetivo en las prestaciones, que implica el recíproco cumplimiento de aquellas obligaciones que de modo específico se han comprometido (STS de 18 de mayo de 1981). Y lo mismo ha ocurrido en materia de responsabilidad contractual; en concreto, el Consejo de Estado ha rechazado la propuesta de resolución de un contrato por vicios aparecidos en las obras transcurrido el periodo de garantía, considerando que debía hacerse efectiva la responsabilidad civil general del constructor «para remediar el defecto», partiendo de una remisión implícita a la disciplina del contrato de obra del Código Civil (Dictamen del Consejo de Estado 2510/2004) (Avezuela Cárcel, 2005, p. 16).

Aplicaciones que no impiden con acierto marcar diferencias fundamentales entre ambos derechos, señalas por Ariño Ortiz (2007), por cuanto siendo

cierto que el contrato administrativo ha recibido sus elementos esenciales, su estructura, su esquema formal, del derecho privado (común), cierto también que su régimen jurídico –su fondo– está hecho de particularismo. El contrato administrativo está presidido por una idea de «justo precio» (frente al civil, en el que la idea de equivalencia de prestaciones está ausente, después de la codificación); su interpretación no es voluntarista (la intención de las partes), sino legal y teleológica (el fin del contrato, al mejor servicio del público; en todo contrato administrativo hay un tercero oculto que es el público); el *pacta sunt servanda* tiene un alcance distinto en ambos derechos, por las necesidades de modificación y cambios que con frecuencia aparecen en los contratos públicos, muchos de ellos de larga duración; el régimen de prescripción o compensación de créditos es también distinto al civil por exigencias del principio de legalidad presupuestaria y de seguridad de la Hacienda pública; la cláusula *rebus sic stantibus*, de aplicación excepcionalísima en derecho civil o mercantil, debe ser habitual en los contratos administrativos para lograr un reparto equitativo de los riesgos (porque esto es lo más conveniente para el interés público) (pp. 100-101).

Figura pues del contrato administrativo y búsqueda de la satisfacción de los intereses generales que justifican las prerrogativas administrativas con base en las cuales mostrara su parecer el maestro García de Enterría (1963), para quien

la justificación analítica de esa substantividad del contrato administrativo por referencia al contrato civil va a hacerse mediante la localización en el primero de las llamadas «cláusulas exorbitantes del derecho común», cláusulas que no cabrían

en los moldes de los contratos civiles y que imponen por ello una figura institucional distinta.

Por eso, puede decirse sin hipérbole que cualquier concepto del derecho administrativo debe hacer sus armas precisamente con esta institución enigmática del contrato administrativo para justificar su exactitud, e, inversamente, que una verdadera doctrina del contrato administrativo prolonga inmediatamente sus efectos hasta la teoría general del derecho administrativo. Hemos podido ver esta rigurosa correspondencia entre uno y otro plano a propósito de la teoría de los actos de autoridad y actos de gestión, como también respecto de la doctrina del servicio público, así como no falta tampoco la explicación entera del derecho administrativo según la tesis de la cláusula exorbitante, forjada en el terreno contractual (pp. 108-111).

2. La aplicación de los principios generales al enriquecimiento injusto: la eficacia

Para delimitar las obligaciones de las partes la regulación centra su atención, entre otros aspectos, en elementos como las necesidades que se quieren cubrir con el contrato y la idoneidad de su objeto, la eficiencia en la utilización de los fondos públicos, el principio de integridad o la mejora en la competencia a través de la contratación pública, que no son sino anticipos del principio de la buena administración, referida como límite, entre otros, en la previsión de libertad de pactos o la eficacia en su realización, señalada en el artículo 103.1 de la CE, el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP) o el artículo 6.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, necesaria para conseguir el objetivo contractual (STSJ de Cantabria de 10 de enero de 2003 [FD 2.º]), y que es límite a los medios a aplicar, pues la decisión de contratar afecta a la eficacia y objetividad (Bernal Blay, 2011, pp. 131) (STS de 13 de marzo de 1991 [FD 3.º]).

De ahí que el artículo 3.3 de la LRJSP señale que «la actuación de la Administración Pública se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico» (STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2002 [FD 4.º]) y que sea guía en la actividad administrativa al estar vinculada con el principio de eficiencia (STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2002 [FD 5.º]).

La dimensión de Estado social que reconoce nuestra Constitución se intensifica en el sector de la contratación pública, permanentemente vinculado y respondiendo a las exigencias comunitarias (Moreno Molina, 2015). Derecho de la Unión Europea como parte ineludible de nuestro ordenamiento jurídico¹, de aplicación preferente al interno (Alonso García,

¹ Informe de la Comisión de Estudios del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008.

2009, pp. 11-30), que logra su efectividad en campos como la lucha contra la corrupción y la realización de los principios rectores de la política económica y social Gómez-Ferrer Morant (2016, p. 72).

Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica de servicio público). El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Así, la mejor calidad se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia (y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental) (Gimeno Feliú, 2018).

En el campo de la contratación pública el artículo 1 de la LCSP da cuenta de los principios generales aplicables en este sector, tales como la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (Blanquer Criado, 2010, pp. 697-698); el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad y de eficiencia, la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Transparencia que remarcan los artículos 64 y 132 de la LCSP. El primero que claramente resalta la lucha contra la corrupción, el fraude, el favoritismo y la prevención de los conflictos de intereses, que distorsionará la competencia, amén de garantizar la transparencia y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. Y de manera más concreta para velar por la realización de estos principios de igualdad, transparencia y libre competencia, se obliga también a los órganos de contratación en el artículo 132 de la LCSP que se evite restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios y velando en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia.

Actuación pública que se reconduce y reduce necesariamente a la buena administración para que el objeto de las necesidades administrativas sea cubierto por el órgano de contratación y no por el recurrente (Resolución n.º 109/2018, 25 de abril, FD 5.º, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Principios que encuentran su origen en la regulación comunitaria, al ser la contratación pública uno de los sectores en que el desarrollo del derecho comunitario ha llegado más lejos (Moreno Molina, 2000, p. 319). Básicamente en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que es norma cabecera en los contratos públicos que «desde su primer considerando, resalta la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos por o en nombre de las autoridades de los Estados Miembros». Previsiones que se materializaran en el *Libro verde. La Contrata-*

ción Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro, de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 1996, que invitó a aplicar una política más abierta de la contratación pública para que los procedimientos de contratación sean más justos, transparentes y no discriminatorios, buscando reducir el riesgo de fraude y corrupción en las Administraciones. Además de buscar la eficiencia y emplear mecanismos flexibles que hagan transparentes y competitivas las adjudicaciones de contratos públicos. De esta manera que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución n.º 244/2016, de 8 de abril), siguiendo la postura del Tribunal General de la Unión Europea (Sentencia de 10 de noviembre de 2017 (asunto T-688/15) advirtiera que el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a esta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato, razón que obliga a que «la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración persigue».

Para la realización de estos fines es por lo que el artículo 28 de la LCSP reconoce la eficiencia en la contratación concretando que solo deben celebrarse contratos públicos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales, velando por los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia, además de instar a que «las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o periodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente» (Martínez Fernández, 2017)².

Importancia de acreditar la necesidad e idoneidad de realizar un contrato público que se deduce de distintas regulaciones: caso de los artículos 1, 28.1 y 118 de la LCSP; de los artículos 67 sobre los pliegos de cláusulas administrativas y del artículo 73 sobre las actuaciones administrativas preparatorias del contrato del Reglamento de contratos (Real Decreto 1098/2001); del artículo 3 de la LRJSP que dispone: «Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo [...]. Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados. i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales»; o del artículo 40.1 de la Ley General Presupuestaria (LGP) 47/3003, de 26 de noviembre, que refleja que los estados de gastos de los presupuestos (...) se estructurarán de acuerdo con las clasificaciones orgánica, por programas y económica, que ofrece información sobre el destino de los fondos públicos, es decir, en qué se emplean los recursos económicos y el artículo 42 LGP al estipular que «los créditos para gastos se destinarán exclusivamente a la finalidad específica para la que hayan sido autorizados por la Ley de Presupuestos o a la que resulte de las modificaciones aprobadas conforme a esta ley».

² Actuación planificadora contractual que alentara la doctrina distintos organismos: Informe del Tribunal de Cuentas n.º 1039, de 26 de junio de 2014; Dictamen n.º 128/2016, de 21 de abril, del Consejo Consultivo de Canarias o el Informe de la JJCCA de Cataluña n.º 14/2014, de 22 de julio.

3. El enriquecimiento injusto

La figura del enriquecimiento injusto necesita estar relacionada con distintos sectores como la seguridad jurídica, siendo necesario saber cuál es el contenido mínimo del contrato (art. 35 LCSP), al estar compuesto entre otros elementos por la «definición del objeto, el precio cierto, o el modo de determinarlo, la duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas, las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones, las condiciones de pago, los supuestos en que procede la modificación, en su caso, o los supuestos en que procede la resolución, y que son necesarios analizar si el contratista considera verse afectado por decisiones administrativas contrarias a lo pactado»; relacionado con «los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato» concretados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (art. 122.2 LCSP), pues las obligaciones que asume el adjudicatario le son bien conocidas y analizar su posible reclamación a la Administración por afectarle actuaciones englobadas en un enriquecimiento injusto, se le ofrece la información concreta de la documentación (art. 138 LCSP). Conocimiento que es capital una vez presentada su proposición, además de tener que ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, pues «su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna» (art. 139.1 LCSP); y relacionado con los efectos del contrato, pues «los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas» (art. 189 LCSP), toda vez que aquellos efectos se rigen por la ley de contratos y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares, siendo el criterio permanente de toda actuación pública el interés público que supondrá la continuidad concedente de seguridad jurídica, que justifica la regulación de la figura de la concesión en el ámbito local.

A estos efectos, del artículo 128 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955, se deduce que «la continuidad y regularidad determinan y fundamentan el nacimiento y la conservación de la relación contractual, de su posible modificación, de los derechos y deberes de policía e interpretación, en fin, de la extinción misma del contrato» (Martínez Marín, 1990, p. 43). Para fundamentar esta idea recordó el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (Dictamen n.º 29/2000, de 4 de mayo) la STS de 22 de febrero de 1982 a resultas de la cual

la regla interpretativa tenderá siempre a asegurar el buen funcionamiento del servicio y la prestación de este de forma regular y continua, hasta el extremo que estas notas forman parte de muchas de las definiciones doctrinales que se han dado de esta institución [...]. Lo dicho se traduce en la práctica en que, en la concesión o en el arrendamiento de un servicio público, por poco relevante que este sea, toda la construcción del régimen está hecha con miras a asegurar su buen, regular y continuo funcionamiento [...]. La continuidad en la prestación del servicio es

la nota esencial de todo servicio público y, por lo tanto, un principio inmanente en la naturaleza de la institución.

Así que para dar razón a la posible modificación de un contrato público, la satisfacción del interés público y la continuidad del actuar de los poderes públicos y protección a los contratistas que

la actividad contractual de la Administración, como cualquier acción del poder público, no puede ser inmune al desenvolvimiento del Estado social, de modo que la intensa actividad prestacional a que la Administración está en él abocada, no puede ser en muchos casos interrumpida sin grave perjuicio de los ciudadanos, sobre todo de los más desfavorecidos, de manera que el ejercicio de la potestad de modificación contractual puede ser un instrumento para garantizar la continuidad de la actividad pública, cuando sobre las condiciones a las que se preveía inicialmente que se habría de someter hayan operado nuevas necesidades o causas imprevistas (Consejo Consultivo de Castilla y León, Dictamen de 29 de marzo de 2012).

Enriquecimiento injusto, en fin, cuyos requisitos en el ámbito administrativo son el enriquecimiento patrimonial para una de las partes con el consiguiente empobrecimiento para la otra, relación de causalidad entre ambos, y el más importante de los mismos: la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento (dictámenes n.º 38/2014, n.º 89/2015, n.º 102/2015 y n.º 267/2018, de 7 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias).

3.1. Ejecución de los contratos

Si la Administración tiene la obligación de proteger, también en la contratación pública, los intereses generales, esta realidad justifica que se le reconozcan unas potestades o prerrogativas para interpretar, modificar o resolver el contrato, cuya definición se determina por dos factores claves: que sea oneroso³ por la obtención por el contratista de algún tipo de beneficio económico, y el riesgo y ventura, o también denominado riesgo operacional. Elementos cuya correcta ejecución o no provocará la declaración o no de enriquecimiento injusto.

³ Onerosidad del contrato: posibilidad de ofertar determinadas prestaciones a precio cero (Resolución n.º 38/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el Acuerdo n.º 61/2014, de 8 de octubre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, refiriendo la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, Helmut Müller GmbH, resoluciones n.º 661/2014 y n.º 1045/2015 de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o la Resolución n.º 98/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

Estas ideas se concretan en los tipos de contratos. De esta manera que la ley (art. 14 LCSP) reconozca para el contrato de concesión de obra pública (también para el contrato de concesión de servicios en el artículo 15 LCSP) que el derecho de explotación de las obras implique

la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos [resultando que el concesionario asume un riesgo operacional] cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Riesgo en la contratación administrativa que el maestro García de Enterría (1950) hace años depurase por cuanto

la consecuencia inmediata de que la actividad que conduce al resultado en que la prestación consiste se abstraiga en la determinación contractual es que la suerte de la onerosidad afecta a la misma carezca de todo efecto para mover el mecanismo del contrato. La onerosidad efectiva, mayor o menor que la prevista, que al contratista cueste realizar la obra prometida queda únicamente de su cargo, sin que pueda afectar a la economía contractual (p. 88).

Sobre el riesgo operacional y forma de remuneración como derecho a explotar el servicio en las concesiones resolvió la STJUE de 13 de octubre de 2005, que supone que el concesionario asume también el «riesgo de explotación» del servicio, lo que en ese contexto parece incluir claramente el denominado «riesgo de demanda», es decir, el riesgo de que el número de usuarios sea más o menos alto, lo que afectará a sus ingresos y por tanto a las posibilidades de recuperar la inversión efectuada (STJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, Sala Primera, C-458/03). Pero debe existir un riesgo de que las cuentas salgan mal, de que el contrato resulte ruinoso:

El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (STJUE Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio

causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74).

Postura que se confirma por no ser conforme a derecho la concesión cuando no existiera asunción del riesgo por el concesionario (STJUE de 18 de julio de 2007) (Huelgo Lora, 2017, pp. 38-39 y Gómez-Ferrer Morant, 2004, pp. 1085-1204).

Riesgo matizado cuando afecta al equilibrio económico y que se contempla expresamente en el ya citado Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 17 de junio de 1955 (Torno Más, 2016). Su artículo 126.2, a) y b) contempla el equilibrio financiero de la concesión, referido tanto al «hecho del príncipe» (Fernández-Figueroa Guerrero, 2012) como a la imprevisión, pues en el régimen de la concesión se prevé que las características del servicio serán «libremente modificables por el poder concedente y por motivos de interés público», y que «la retribución económica del concesionario, cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso, y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial» (SSTS de 14 de octubre de 1982 y 9 de octubre de 1987). Serán de esta manera nulas las cláusulas que establecieran la irreversibilidad de las retribuciones de los concesionarios durante el transcurso de la concesión, ya que «la revisión de tarifas no es una potestad de la Administración, sino un deber de esta para mantener, en todo caso, el equilibrio económico» (SSTS de 11 de junio de 1986 y de 20 de mayo de 1999).

El riesgo y ventura del contrato supone que el contratista asuma los riesgos a que está expuesto en el desarrollo de un contrato y que repercuten en el beneficio económico que espera obtener, es decir, que le sea más o menos rentable en función de los costes y los beneficios esperados y por esto que

dado que la concesión y la remuneración del concesionario tienen como objetivo recuperar la inversión realizada y obtener un beneficio razonable resulta obvio que el plazo de duración de la misma va a depender y estar vinculado al tiempo necesario para permitir dicha recuperación, por este motivo, no sería razonable ni que la duración máxima pueda exceder del tiempo que resulte razonablemente previsible para que el concesionario pueda recuperar las inversiones previstas para la ejecución de la concesión junto con un rendimiento (beneficio) sobre el capital invertido (Calatayud Prats, 2017).

Pero en este caso, no estamos ante este instituto jurídico, sino que el contratista ha ejecutado una prestación que debe ser objeto de retribución. Son, en definitiva, unidades de obra pactadas y ejecutadas en beneficio de la Administración contratante a abonarse cuando fueran accesorias o añadidas si estas obras accesorias o añadidas llevadas a cabo

por el contratista son necesarias para la totalidad de la obra contratada, debiendo ser abonadas en la parte que han resultado útiles al dueño de la obra por imperativo precepto de los artículos 453 y 1594 del Código Civil (SSTS de 4 marzo 1997 y 30 de enero de 1996).

Estos supuestos fueron atendidos por la JCCAЕ en su Informe n.º 30/16, de 10 de octubre de 2018, que atribuía a que

la propia lógica de las cosas impone que, bien entendiendo que se ha producido una ampliación o extensión de la obra y del contrato inicial al que hay que aplicar los principios y reglas del contrato originario, o bien para el caso de que se rechazara dicha solución por el carácter formalista de la contratación administrativa, se debería aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto (STS de 29 de abril de 2008) a fin de que la Administración haga frente económicamente al exceso de prestación realizada por el contratista respecto de la contractualmente pactada. Señala además el Tribunal Supremo en esta sentencia que «entender las cosas de otra manera, en el sentido de que el exceso de obra no obliga al Ayuntamiento, constituye un atentado a la lógica de las cosas. Cuando por la naturaleza de las cosas, o, por acuerdo de las partes, es necesario un aumento de la obra prevista contractualmente las consecuencias habrán de ser soportadas por ambos contratantes. El contratista realizando el exceso de obra, y el ente público pagando el exceso de obra realizado».

En todos los contratos administrativos, como ya sabemos, su ejecución se realiza a riesgo y ventura del contratista que por esencia es imprevisible, lo que supone que la marcha de los acontecimientos puede determinar un incremento en las ganancias del contratista sobre los inicialmente calculadas, pero también puede que sufra una disminución de las mismas o incluso pérdidas, siendo a cuenta del mismo, sin que pueda exigir en estos casos un incremento del precio o una indemnización.

El enriquecimiento injusto y los efectos del riesgo y ventura suponen que el contratista encargado de ejecutar unas obras de urbanización tiene que conocer que no puede ejecutarlas sin la previa aprobación de los instrumentos urbanísticos correspondientes, por esto que, aplicando a esta situación el riesgo y ventura a unos hipotéticos efectos indemnizatorios derivados del enriquecimiento sin causa «solo deben ser tenidas en cuenta las obras realizadas, de hecho, conforme a lo establecido en el Proyecto de Urbanización aprobado posteriormente a la realización de las mismas» (STS de 15 de noviembre de 2000), provocándose un desequilibrio por existir prestaciones del contrato derivadas de órdenes de la Administración acreditándose que no «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» (STS de 12 de diciembre de 2012).

Por su parte, para la STS de 28 de enero de 2016 (FD 4.º) a la hora de fundamentar la negativa a un enriquecimiento injusto, negó dar validez al documento presentado por la recurrente

en que se admite la cuantía de la deuda reclamada, negando la potestad para el reconocimiento al firmante de la misma, considerando en consecuencia que el exceso de gasto al no estar aprobado debía imputarse a la recurrente, dado que era concedora del procedimiento de contratación por ser prestadora habitual de servicios, y no debió aceptar, sin proceder al cumplimiento de las exigencias formales de los contratos administrativos, la modificación de los términos del contrato original. Sin embargo, la Sala discrepa de la consideración de que para que exista un enriquecimiento injusto sea preciso someterse a los criterios formales de contratación, pues en ese caso no sería necesario acudir a dicha doctrina, sino a la reclamación en términos de cumplimiento contractual. 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. Esta actuación, en efecto como se dice en las sentencias de contraste, supone un enriquecimiento injusto por parte de la Administración que ha de ser debidamente resarcido, máxime si por funcionarios de la propia Administración se acredita la existencia del gasto en la cuantía solicitada por la recurrente.

3.2. Obligaciones de las partes en contratos del sector público

3.2.1. La Administración

La posición de supremacía (Parada Vázquez, 2019) ya mencionada que la Administración ocupa en el sector de la contratación pública se delimitó claramente en la STS de 22 de febrero de 1982, que la justificó

no para sí, sino para, por medio de ella, asegurar la realización de las obras contratadas y la prestación de los servicios. La primacía del fin del contrato respecto de su objeto y su inextricable conexión con el giro o tráfico de la Administración contratante definen la teleología de las prerrogativas administrativas en la contratación (Pendás García, 1995, pp. 426).

Posición que da pie a la delimitación doctrinal del contrato y las prerrogativas puesto que

el contrato administrativo es, en síntesis, una fórmula de colaboración de los particulares a una tarea concreta de la Administración; esta colaboración se resuelve, en líneas generales, mediante procedimientos de derecho público. Adóptese, para calificar la tarea que se realiza, la expresión fin público, servicio público, interés público o la que se quiera. Lo que tal expresión demuestra, en definiti-

va, es que se trata de algo propio de la Administración que lo realiza. Los particulares entran directamente dentro de la esfera de la Administración. La tarea a realizar –al servicio que se presta o a la obra que se construya– es siempre algo propio de la Administración, que por ello no puede desentenderse de la misma. Esta condición fija además, por su parte, el estatus propio que la Administración asume dentro de la misma relación contractual. La supremacía de la Administración no es solo posicional, pudiéramos decir, esto es, en función de la valoración ontológicamente superior que le corresponde, sino que tal superioridad incide, perfilándola esencialmente, sobre toda la relación contractual (Martín-Retortillo Baquer, 1959, p.77).

Posición de inteligencia y ejecución (STS de 13 de julio de 1985) que no debe hacernos

ignorar la naturaleza bilateral de los mismos y las implicaciones que esto conlleva para las partes, pues, a pesar del juego amortiguado del carácter recíproco de las obligaciones derivadas de un contrato (art. 1124 Código Civil) en el ámbito administrativo, la Administración no puede –bajo pretexto de su supremacía– ignorar la posición jurídica del contratista con el que ella se siente vinculada (Díaz Vales, 2008, pp. 15-44).

Esta posición privilegiada no es absoluta, de manera que para casos de incumplimientos fue claro el criterio del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (Dictamen n.º 29/2000, de 4 de mayo) de la necesidad de diferenciar el incumplimiento generador de la extinción del vínculo contractual y aquel otro que, si bien no es susceptible de provocar dicho efecto por su menor trascendencia, conllevaría para la parte perjudicada la posibilidad de exigir la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Criterios que son aplicables en el ámbito administrativo, en el que no cualquier incumplimiento de la Administración o del contratista podría dar lugar a la resolución del contrato, no bastando para producir tal resultado que medie una simple voluntad rebelde, sino que es exigido por la ley, según la interpretación mantenida por el Tribunal Supremo (STS de 15 de julio de 1988), que se trate del incumplimiento de obligaciones esenciales (García-Trevijano Garnica, 1996, pp. 114) que permitan albergar graves perturbaciones en el servicio (STS de 28 de septiembre de 1984) o incumplimiento sustancial de las condiciones (STS de 30 de septiembre de 1988).

En igual sentido, saber la clara doctrina que el Consejo de Estado venía afirmando que «resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que esta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada mesura» (Dictamen de 1 de marzo de 1979), incumplimientos relevantes y no nimios y sin trascendencia, sino graves y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia (dictámenes de 9 de junio de 1988 y n.º 1217/1993, de 14 de octubre, Consejo Consultivo de Castilla y León en su Dictamen n.º 251/2011, de 31 de marzo, STS de 10 de

marzo de 1999 y SSTSJ del País Vasco de 30 de noviembre de 1995 y del TSJ de Madrid de 14 de junio de 2001).

3.2.2. El contratista

Terminado el plazo de un contrato, o se liquida o se acuerda su prórroga en los términos del artículo 29 de la LCSP, acordada por el órgano de contratación, resultando obligatoria para el empresario, sin admitirse en ningún caso producida por el consentimiento tácito de las partes. A resultas de la cual, de haberse ordenado al contratista por la Administración continuar la prestación, si fuera ejecutada, se prorrogue o no el contrato, deberá ser satisfecha, pues en caso contrario se produciría un enriquecimiento injusto (SSTS de 7 de diciembre de 2011 y de 15 de junio de 2018).

Este es el criterio de reiterada jurisprudencia, que delimita los efectos de esta figura unida al principio de seguridad jurídica, y sin perjuicio de las responsabilidades patrimoniales que pudieran derivarse. Obligación para la Administración que nace directamente del propio contrato, rechazándose la opción de introducir en los pliegos la condición de proceder al pago de percibirse una subvención, de manera que la Administración deberá »tener la certeza presupuestaria de poder hacer frente a los compromisos económicos que se deriven, debiendo quedar los eventuales convenios de financiación entre administraciones públicas en el ámbito de las relaciones internas entre estas» (JCCA de Cataluña, n.º 6/2014).

Resultando así que la libertad de pactos habilitada en el artículo 34 de la LCSP y el artículo 111 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el cual se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, no es ilimitada sino sujeta a condicionantes como son el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración. Es justamente el ordenamiento jurídico –comunitario e interno– el que establece como derechos del contratista el cobro de la prestación realizada y del interés de demora en el caso de que la Administración no pague dentro del plazo establecido (JCCA de Cataluña, Informe n.º 6/2014 e Informe expediente 31/17 de la JCCAE).

Respecto al pago de las prestaciones efectivamente ejecutadas, que fuera admitida la situación de enriquecimiento injusto, en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de octubre de 2002, al condenar a la Administración a abonar los servicios realizados por la demandante con base en la buena fe que cabía presumir, dado que venía prestando servicios anteriormente en el mantenimiento y reparación de equipos, aunque no existieran para los reclamados contratos administrativos válidamente celebrados.

A partir de estos reconocimientos, se deducen las características para la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto: a) Que se hayan producido prestaciones por el particular. b) Que no se deban a su propia iniciativa. c) Que no revelen voluntad maliciosa. d) Y

que tengan su origen en hechos dimanantes de la Administración, que hayan generado razonablemente la creencia de que debía colaborar con dicha Administración. Y siendo una figura que representa «una última modalidad de imputación que permite la fórmula consagrada por los arts. 121 LEP y 40 LRJAE» (STS de 23 de marzo de 2015) (García de Enterría y Fernández, 1986, p. 352).

Premisas siempre necesarias siguiendo la interpretación jurisprudencial son

que la prestación se haya efectivamente realizado, que se produzca el enriquecimiento por la Administración (que se produce en la misma medida en que el contratista sufre el detrimento patrimonial) y que se haya realizado como consecuencia de las órdenes recibidas de la Administración contratante. Eso sí, se exige según STS de 15 de marzo de 1978 un requisito adicional a los referidos (que constituirían la doctrina unánime) y es que las órdenes sean dadas «por quienes y del modo que para el contratista tuviera apariencia de la efectiva potestad», porque si no se da esa mínima relación no se podrá aplicar la teoría del enriquecimiento injusto, aunque esta doctrina fue objeto de una interpretación más flexibilizadora del principio, en las SSTS de 21 de noviembre de 1981 y 11 de octubre de 1979 (Mestre Delgado, 1985).

La aplicación de la figura analizada encuentra cabida en el llamado principio *nemo auditur*, como bien indicara Rebollo Puig (2002), pues

se ha invocado también ante otros defectos de forma cometidos por la Administración y justamente para impedir a esta que los alegara con éxito como vicios de su propia actuación y en perjuicio del administrado. En realidad, esta jurisprudencia ofrece muchas variantes. Por ejemplo, STS de 23 de septiembre de 1992 (RJ 7058): que reconociera que «... el defecto o vicio de procedimiento resultante de tal proceder no puede producir efectos dañosos para los administrados, tal y como establece el art. 115.2 (de la LPA/58) cuando en él se recoge el principio jurídico *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*» (pp. 192, 201-202).

Principio que es fruto del mandato que la Administración no puede alegar la nulidad de sus actos y contratos cuando se basa en su propia actuación ilegal.

En todo caso, y para la aplicación en sede del derecho administrativo de este principio del derecho civil (Delgado Echeverría, 2001, p. 112), que incluso hay quien lo data a una regla contenida en Las Partidas, se ha argumentado que para la jurisprudencia es aplicación de una especie de principio general, según el cual «nadie debe enriquecerse torticeramente en perjuicio de otro» (Vendrell Cervantes, 2012, pp. 1.112-1.113).

Este amparo en el contrato público supone excluir la figura del enriquecimiento cuando estemos ante modificaciones contractuales o cuando sean prestaciones derivadas de ese

propio contrato que den lugar a la reversión (Informes de 21 de diciembre de 1995, de 17 de marzo de 1999, 2 de 5 de marzo de 2001 y 24 de marzo de 2006 de la JCCA). De este supuesto se hizo eco la STS de 25 de noviembre de 1996 cuando la reversión esté prevista en el pliego y, en consecuencia, «dota de causa al posible enriquecimiento municipal y lo desposee de injusticia alguna». Y en el supuesto de una modificación recordar que

los conceptos de ampliación de servicios y servicios extraordinarios no pueden ser incluidos en la revisión de precios, pues la ampliación o mejora propuesta por los recurrentes no es materia de revisión de precios, sino una modificación del contrato que no puede ser impuesta unilateralmente por la empresa al Ayuntamiento y la marcada aleatoriedad de los servicios extraordinarios impide, igualmente, su consideración como algo normal, sujeto a la referida revisión, no existiendo sobre este punto particular referencia a un posible enriquecimiento injusto por parte del Ayuntamiento, ya que en caso de prestarse eventualmente los expresados servicios mejorados o extraordinarios, se retribuirían adicionalmente en virtud de las cláusulas (STS de 20 de mayo de 1999) (Vicente González, 2005, p. 416).

No olvidar que «el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación» (art. 210.1 LCSP). Esta previsión se tiene que poner en relación con la interpretación de la JCCA de Aragón (Informe n.º 17/2011, de 6 de julio, de 2011).

Es requisito para apreciar que el enriquecimiento injusto exista una orden a ejecutar por la Administración, que deber estar presente aun cuando lo ejecutado no esté ajustado al proyecto inicial y contrato formalizado. Así que las SSTS de 29 de enero de 1993 y 14 de noviembre de 1985 resolvieron el abono de las partidas de obra realmente ejecutadas, cuando se acrediten las prestaciones ejecutadas, sea obra u obras complementarias: ejecutadas por orden de la dirección de la obra o por la Administración, prescindiendo del procedimiento legalmente previsto, al existir y probar la buena fe del contratista y tratarse de prestaciones útiles a la Administración (SSTS de 29 de febrero 2008 y de 12 de junio de 2009 y SAN de 19 de diciembre de 2002). Por eso que tanto la STSJ de Castilla y León de 30 de abril de 1999 como la STS de 29 de julio de 1989 resolvieran que estas instrucciones recibidas provocaron en el contratista, de manera razonable, una creencia que le incumbe de un deber de colaboración con dicha Administración (STS de 5 de julio de 2016). Incluso admitiéndose que las órdenes provengan del director de la obra (JCCA en su Informe n.º 30/16, de 10 de octubre de 2018), pues es el representante en la obra de la Administración, y sus instrucciones, si son dadas por escrito, son de obligado cumplimiento para el contratista (STS n.º 764/2018, de 10 mayo).

A resultas de lo dicho no existirá enriquecimiento injusto en el caso de obras que se realizaran de manera voluntaria por el empresario (STS de 28 de enero de 2000). Así que este exceso de obras deberá abonarse al contratista cuando no sean imputable exclusivamente a su voluntad, sino que obedeciese a órdenes de la Administración. Aplicándose cuan-

do la orden provenga de quien, para el contratista, tuviera apariencia de efectiva potestad (STS de 20 de diciembre de 1983); en el supuesto en que había sido prevista por las partes la necesidad de obras no incluidas en el proyecto (STS de 24 de enero de 1984); cuando ha habido órdenes aunque tengan vicios de forma (SSTS de 27 de febrero de 1984 y 20 de octubre de 1987). Resultando en definitiva que

la ampliación de la obra se debió a una decisión unilateral imputable a la empresa contratista, por lo que no procede aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto, ya que, de otro modo, la extensión de las obras, su posible ampliación y el derecho a su cobro dependería exclusivamente de la empresa contratista, en contra del principio de inalterabilidad de los contratos por voluntad de una sola de las partes (STS de 28 de enero de 2000).

La instrucción u orden de la Administración que recibe el contratista y las obras pactadas entre ambos que, como recordara la JCCAIE en su Informe n.º 30/16, de 10 de octubre de 2018, es criterio jurisprudencial que

en la parte de obras realizadas sin consentimiento expreso de la entidad contratante, pero por Orden del Director de la Obra, es evidente la procedencia de su pago, pues al margen de que tales incrementos de obra se hayan realizado siguiendo el procedimiento legalmente establecido, lo cierto es que el Director de la Obra es el representante en la obra de la Administración, y sus instrucciones si son dadas por escrito son de obligado cumplimiento para el contratista (STS n.º 764/2018, de 10 mayo).

En sentido parecido citar la STS de 16 octubre 2000 para la que

fundados en la inalterabilidad de los contratos administrativos una vez celebrados, salvo que la Administración contratante autorice su modificación, deben ceder ante la doctrina Jurisprudencial que aplica a los contratos administrativos, como corrección al postulado de su inalterabilidad, el principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa (en sentido similar, las SSTS 20 de octubre de 1987, 26 de febrero de 1999 y 28 de enero de 2000).

En cuanto a su plazo, la interpretación jurisprudencial es la de aplicarle el plazo de cinco años por ser acción personal (Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil) y no el plazo de un año previsto para casos de ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración e independencia de la acción de indemnización de daños y perjuicios, por fundarse esta en la culpa y la del enriquecimiento sin causa en el desplazamiento patrimonial injustificado (STS de 25 de febrero de 2000). Al respecto recordar (Vicente González, 2005, p. 420 y Rebollo Puig, 1995, p. 254) la STS de 7 de diciembre de 1999, que

no cabe extender, como pretende la Junta de Andalucía, el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración a todo supuesto que no sea encuadrable en el régimen de los contratos. En algunas sentencias hemos apuntado ya cómo el régimen de la responsabilidad contractual se aproxima al que resulta aplicable a ciertas obligaciones impuestas o aceptadas por la Administración en virtud de un acto administrativo unilateral (*v. gr.*, en el caso de las concesiones) y hemos de añadir aquí ahora que en el mundo del Derecho administrativo tienen también cabida las obligaciones nacidas de la ley con carácter ajeno a la producción de hechos ilícitos, a la responsabilidad objetiva o al enriquecimiento injusto, que no son otras que las obligaciones llamadas autónomas por la doctrina civilista, es decir, aquellas que surgen directamente al margen de los supuestos citados, por hechos o situaciones regulados por la ley (STS de 6 de marzo de 1991) (Coscolluela Montaner, 1977, pp. 198-199).

4. Mecanismos de protección del contratista

4.1. El enriquecimiento injusto y la intervención financiero-contable

Sobre las irregularidades contables en la contratación pública y las previsiones para evitar la corrupción que ofrece la LCSP, hoy se consagran en su artículo primero su objetivo principal y los principios generales de necesaria salvaguarda (García Ortiz, 2018, pp. 61-66 y Cubillo Rodríguez, 2008). Entre estos la actuación en el uso y abuso de fondos públicos es objeto de posibles responsabilidades contables en asuntos vinculados a la contratación pública, cuando el

precio pagado ha sido excesivo o no se ajusta al valor de mercado. Circunstancia esta cuyo elemento probatorio es complejo. Citar aquí la Sentencia 10/2005, de 17 de julio, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, que resolviera que «la vulneración de los principios de publicidad y concurrencia en el procedimiento de contratación no dio lugar a la existencia de responsabilidad contable, al no haberse probado que las infracciones cometidas dieran lugar a un daño a los fondos públicos, ya que los correspondientes suministros habían sido entregados a la Corporación Municipal, que los había recepcionado de conformidad y dispuesto de ellos, y habían sido destinados a una finalidad pública.

Además, a la figura del enriquecimiento injusto se refiere el artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local (Sánchez Rubio, 2017), que al regular la omisión de fiscalización previa preceptiva expresamente establece la posibilidad de que se acuda a la vía de la indemnización de daños y perjuicios, derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto

en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, solo sería pertinente instar la revisión de oficio cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone.

Siendo así que para su abono al contratista deberá tramitarse un expediente de reconocimiento extrajudicial de créditos. Recordar la Instrucción n.º 2/2012, de 12 de marzo, de la interventora general y de la directora de la Abogacía de las Islas Baleares sobre su tramitación cuando procedan de una contratación irregular, de manera que este expediente de enriquecimiento injusto o de reconocimiento extrajudicial es un instrumento de gasto para hacer efectiva la liquidación. Para su cálculo, recordando los dictámenes n.º 142/2002 y n.º 270/2002, de 23 de octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía,

el valor de las prestaciones ha de ser calculado precisamente en el momento inicial en que se produjeron los pactos, pues hay que tener presente que, por el carácter originario, estructural e insubsanable de la nulidad, la propia naturaleza de la acción restitutoria determina que el momento de dicho cálculo deba ser el del pacto. Junto a lo anterior, y como ha declarado este Consejo de forma reiterada (Dictámenes n.º 18/1998, n.º 23/1996 y n.º 48/1997), la restitución solo debe comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás resarcimientos propios de un contrato válidamente celebrado (como es el beneficio industrial que se entiende improcedente), dado que, al ser los contratos nulos, no producen los efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato (Prada Rodríguez y Herrero González, 2015, pp. 119-126).

Y es que cuando se presenta a la Administración facturas por contratos ejecutados, sin que se haya seguido el procedimiento legal, se procederá a la emisión por el interventor de notas de reparo (Sánchez Rubio, 2017) en los términos de los artículos 214 y 215 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (Sarnal Suria y González Pueyo, 2002) y del artículo 12.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril.

Estos efectos contables y de intervención a la Administración se relacionan también con el abono o no al contratista, por estar en un sistema jurídico regulado donde garantizar la estabilidad presupuestaria y control del gasto, y los principios de integridad, eficiencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Objetivos para hacer realidad que «la lógica de un derecho público garantista, moderno, vinculado al derecho a una buena administración aconseja reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido» (Gimeno Feliú, 2019 p. 3).

Así que advertida la irregularidad por el interventor, es clara la postura jurisprudencial contraria a que para que exista este enriquecimiento injusto sea necesario sujetarse a los criterios formales de contratación; si así fuera se acudiría a reclamar el cumplimiento contractual pues

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. Esta actuación, en efecto como se dice en las sentencias de contraste, supone un enriquecimiento injusto por parte de la Administración que ha de ser debidamente resarcido, máxime si por funcionarios de la propia Administración se acredita la existencia del gasto en la cuantía solicitada por la recurrente (STS n.º 166/2016).

Se sigue pues hace tiempo (Torres Maroto, 2018, p. 81) una jurisprudencia que mantiene un criterio uniforme sobre el fin y objeto de la contratación pública y que hoy refiere claramente el artículo 1 de la LCSP.

Vinculado a esta idea, saber que a partir del contenido del artículo 31.2 de la CE (SSTC n.º 29/1982, de 31 de mayo, n.º 214/1989, de 21 de diciembre, n.º 13/1992, de 6 de febrero) estamos «en un entorno ciertamente claro en el que el gasto público debe estar directamente conectado con el cumplimiento del principio de eficiencia que, a estos efectos, es un trasunto legal del principio de economía constitucionalmente formulado» (García Añoveros, 1998). Desde esta perspectiva podemos señalar que lo que intenta la LCSP es proyectar la idea de eficiencia y su versión económica –la eficiencia– sobre las decisiones de gasto que supone la contratación administrativa, que solo está justificada cuando forme parte de las necesidades ineludibles de la Administración y que, además, debe estar presidida en el conjunto de decisiones alternativas que puede orientar la contratación administrativa. De esta forma podemos indicar que el principio de eficiencia se proyecta sobre el conjunto de las decisiones administrativas en materia de contratación para conseguir que la satisfacción de las necesidades se haga con la menor utilización de fondos públicos (Palomar Olmeda, 2018, pp. 20 y Cazorla Prieto, 2001, p. 743). Así que la STS n.º 1510/2018, de 17 de octubre, hiciera referencia a la obligación de respetar el principio de legalidad presupuestaria, a la vinculación del gasto con su finalidad pública y a las consecuencias de incumplir las normas, resultando que el enriquecimiento sin causa no exime de la eventual responsabilidad en que hayan incurrido las autoridades y funcionarios causantes de la irregular contratación (STS de 23 de marzo de 2015).

Resultando que extinguido que sea el contrato por su finalización o ejecución, y reconocida tal por el órgano de contratación, a fin de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración deberá tramitarse el correspondiente reconocimiento extrajudicial de crédito, a fin de abonar el importe que proceda; previa reparación por la intervención del gasto que tal contratación irregular ha originado. La Administración no puede abusar de la exigencia de requisitos formales o de errores provocados por ella misma para denegar el reconocimiento de derechos con base en tales defectos, resultando un abuso de derecho además de un enriquecimiento injusto (STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de julio de 1999 y dictámenes n.º 1055/2009, de 4 de noviembre, y de 25 de septiembre de 2013 del Consejo Consultivo de Castilla y León).

Analizando el origen de esta figura recordar que afirmara Díez-Picazo que «es en este momento cuando adquiere carta de naturaleza la idea de que el fundamento de las condiciones se encuentra en la ilegitimidad del enriquecimiento» (Peña López y Busto Lago, 1997, p. 141 y Díez-Picazo, 1988, p. 84). Amén de reconocer que «ni hay a este respecto una asunción absoluta de la construcción civilista ni en todos los casos en que el Derecho administrativo aplica el enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones se exigen los mismos requisitos y exactamente con el mismo significado» (Rebollo Puig, 2006, p. 11).

Prohibición del enriquecimiento injusto que legitima el derecho del contratista a que le sean abonadas las prestaciones realmente realizadas, con el preciso matiz que su ejecución, al margen de las prestaciones pactadas, esté ordenada por la Administración. A su vez reconoció la STS de 26 febrero 2001, que citó las SSTs de 20 de diciembre de 1983, 24 de enero y 27 de febrero de 1984 y 20 de octubre de 1987, todas ellas mencionadas en la STS de 28 de enero de 2000, el principio que impide el enriquecimiento sin causa, que no es sino corrección al postulado de la inalterabilidad de los contratos administrativos, y que

exige para su aplicación que el exceso en la cantidad o calidad de las obras que hubiese de abonarse al contratista no fuese imputable exclusivamente a su voluntad, sino que obedeciese a órdenes expresas o tácitas de la Administración, aunque tuviesen vicios de forma. Si no fuera así, la extensión de las obras, su posible ampliación o mejora, y el derecho a su cobro, dependerían de la exclusiva voluntad del contratista, en contra del principio de inalterabilidad de los contratos por la sola voluntad de una de las partes.

4.2. Efectos de la nulidad del contrato

Los efectos y derechos del afectado en casos de enriquecimiento injusto están conectados a la declaración de nulidad de los mismos y su revisión.

Hay que comenzar con la delimitación del artículo 39 de la LCSP, que fija las causas de nulidad de derecho administrativo y su efecto de ser nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71 (González, 2019 y Gallego Córcoles, 2005), como situación que enturbia la objetividad, la transparencia y la igualdad de las partes, al generar un conflicto de intereses que alientan evitar tanto la jurisprudencia europea como el derecho comunitario (Moreno Molina, 2016)⁴. Conflicto de intereses contrario a la integri-

⁴ STJUE de 6 de mayo de 2010 en el asunto Club Hotel Loutraki AE y otros contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis y otros (recurso C-145/08 y C-149/08) y STJUE de 16 de diciembre 2008, en el asunto Michaniki (recurso C-213/2007).

dad en la contratación pública, como uno de los fines a preservar para erradicar las prácticas corruptas (Gimeno Feliú, 2010), y que permiten avisar de «los principales vicios del procedimiento de contratación; el clientelismo, la desigualdad de oportunidades, la falta de transparencia, la conculcación de la libre concurrencia o la ineficiencia del contrato, aparecen como fracturas de la integridad del procedimiento de contratación pública» (Fernández Mallol, 2014, p. 121).

Hay una causa de nulidad que se conecta además con la regulación electoral (Arnaldo Alcubilla y Delgado-Iribarren García-Camper, 2019), como es la prevista en el artículo 71.1 g) de la LCSP, como es estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de incompatibilidad, abordado para su tratamiento en clave de declaración de nulidad y sus efectos de enriquecimiento injusto por la JCCA (Informes n.º 52/07, de 24 de enero de 2008 y n.º 52/08, de 2 de diciembre de 2008), declarando en caso de una incompatibilidad de un concejal electo, que anteriormente ostentaba el cargo de administrador de la compañía que suministra la energía eléctrica al consistorio, que esta incompatibilidad no afecta a su validez por ser sobrevenida, pues se recibió el suministro, «razón por la cual de no abonarse su importe se produciría un enriquecimiento injusto de la misma que facultaría a la compañía suministradora para ejercitar la acción correspondiente a fin de obtener el abono de las facturas».

Nulidad que surge como efecto del ordenamiento contrario a los efectos de los actos inválidos, y por esto que

si el restablecimiento no es posible procederá el resarcimiento (tutela resarcitoria o secundaria) siempre que concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial (SSTS de 24 de julio de 1992, 28 de mayo de 1996 y 7 de abril de 2016). En rigor, si tales requisitos concurren, también cabe esta tutela secundaria junto al restablecimiento de la legalidad, pues la tutela resarcitoria constituye un sistema autónomo de protección (STS de 15 de noviembre de 2012) (Cano Campos, 2018, p. 13).

Concretando la realidad de la invalidez de los contratos con que

la primera reacción frente a la invalidez es que el contrato entre en fase de liquidación. Como consecuencia directa, las partes han de devolverse las cosas recíprocamente, esto es, las prestaciones acordadas. Pero como es habitual que no sea posible devolver la prestación ya realizada –ya sea una obra, un servicio o los bienes suministrados–, el legislador establece que, cuando no sea posible la devolución, las partes deben devolverse el valor. En la práctica, esto significará que el contratista que ha ejecutado todo el contrato o parte del contrato debe recibir la contraprestación correspondiente por los trabajos realizados. Además, si se producen daños entre las partes, la culpable debe indemnizarlos. De manera que habrá que atender a la responsabilidad de cada parte en el vicio de invalidez. Así pues, los efectos de la nulidad de los actos producidos en el marco del proce-

diminuto de adjudicación del contrato se consideran relevantes en la medida en que contagian al contrato celebrado con posterioridad (Díez Sastre, 2018, p. 72),

estando ante casos de nulidad por no constar la elaboración de los pliegos, no se incorporase la certificación de la existencia de crédito, ni la existencia de una resolución motivada aprobatoria del expediente de contratación y de disponer la apertura del procedimiento de adjudicación, se reconoció el derecho al abono de trabajos realizados (Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid n.º 199/2014, de 14 de mayo y Consejo Consultivo del Principado de Asturias, Dictamen n.º 53/2019, de 21 de febrero). Cuya finalidad expuso el Consejo de Estado en su Dictamen n.º 1724/2011, que puso fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal sobre el posible origen, contractual o extracontractual, de las obligaciones que habría de asumir la Administración en estos casos para evitar el resultado antijurídico de la apropiación de unos servicios sin compensar al contratista.

Liquidación del contrato y enriquecimiento injusto que, no obstante, obliga a resaltar la postura doctrinal y del Consejo de Estado dirigida hacia la opción, tras saber que en caso de que no sea posible la restitución se devolverá su valor (art. 42.1 LCSP), que

esto será habitual, puesto que muy posiblemente el contrato o gran parte del contrato se habrá ejecutado y será difícil que las partes se restituyan las cosas. Por esa razón, esta obligación de devolver el valor de las cosas intercambiadas contiene un deber de que la Administración abone, en su caso, la contraprestación debida por los trabajos realizados, que será la parte del precio que corresponda. Aunque en la práctica en estos casos se invoca la teoría del enriquecimiento sin causa (Dictamen del Consejo de Estado, n.º 2490/2007, de 24 de enero de 2008), no parece necesario acudir a esta construcción, en la medida en que la propia LCSP obliga a que las partes se devuelvan las cosas o, en su caso, su valor (Díez Sastre, 2018, p. 81; Baca Oneto, 2006, p. 359 y ss., y Aguado i Cudolà, 2017, pp. 245-246).

Así que cuando se proceda al abono por parte de la Administración por aquellas contraprestaciones que obtuvo mediante contratos declarados nulos

lo será en concepto de liquidación del contrato y, en su caso, de indemnización por daños y perjuicios. Tal circunstancia marca una diferencia sustancial con respecto al uso directo de la figura del reconocimiento extrajudicial de créditos en la que la cuantía pagada lo es en concepto de abono del importe de la factura presentada por el contratista (Pérez López, 2019, p. 118).

Devolución que encuentra límites. A pesar de no ser siempre admisible acudir a la revisión de oficio y sí estar presente el enriquecimiento injusto.

Comenzando con la delimitación jurisprudencial de dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de

acciones, tiempo transcurrido u «otras circunstancias») y el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes (SSTS 404/2016, de 14 de junio, 11 de enero de 2017 y 1096/2018, de 26 de junio [FD 5.º]) (López Candela, 2016), recordó el Consejo Consultivo de Canarias (Dictamen n.º 82/2020, de 3 de marzo) la postura del Consejo de Estado que ha validado en ocasiones la vía de la revisión de oficio (Dictamen n.º 1724/2011, de 21 de diciembre), y en otras la vía de la responsabilidad patrimonial (dictámenes n.º 363/2000, n.º 3617/2000, n.º 1842/2007, n.º 276/2008, n.º 976/2008, n.º 841/2010). Responsabilidad patrimonial que, de instarse, no debe obviar que se enmarca en una responsabilidad extracontractual, según criterio del propio Consejo de Estado (dictámenes n.º 88/2004, de 4 de marzo y n.º 1008/2008, de 11 de septiembre).

En esta última línea, en su más reciente Dictamen n.º 843/2017 el Consejo de Estado afirma:

Entiende el Consejo de Estado que, como indicara, entre otros, el Dictamen n.º 1.019/95, «a nada conduce –antes bien, sería una formulación artificiosa– declarar la nulidad de una inexistente adjudicación contractual, pues aunque pudiera hacerse tal construcción, subsistiría la obligación de la Administración de satisfacer el precio del suministro [...] (y concluye): 1.º Que no procede la revisión de oficio a que se refiere el expediente. 2.º Que, tras la tramitación del correspondiente expediente contradictorio, procede indemnizar a T. con un importe equivalente al coste de la prestación realizada, con exclusión del beneficio industrial, actualizado con el interés legal del dinero hasta la fecha en que se ponga fin al procedimiento.

Reiterando lo señalado la doctrina del Consejo Consultivo de Canarias en multitud de Dictámenes n.º 128/2016, n.º 479/2017 y n.º 7/2018, sobre el

inadecuado modo de proceder de la Administración en estos supuestos, al utilizar la declaración de nulidad de los contratos (vía excepcional y de aplicación restrictiva, como acabamos de señalar), como forma habitual de convalidar la contratación de suministros médicos, realizados con inobservancia de la normativa de aplicación,

argumentando ampliamente en el Dictamen n.º 82/2020 que este ejercicio de las facultades de revisión, de estar precedido por la circunstancia de desviación de su finalidad legal y por su constante reiteración,

resulta contrario a los «derechos de los particulares». Y no solo, como más arriba se expuso, del suministrador, sino también de los derechos de los potenciales contratistas, que no pudieron acceder al procedimiento de contratación porque no fueron llamados al mismo.

Mecanismo este de acudir a la revisión de oficio sancionada por el Consejo Consultivo de Canarias (Dictamen n.º 128/2016 y n.º 483/2019, de 19 de diciembre), por suponer

un «incorrecto proceder al utilizar la declaración de nulidad de los contratos (vía excepcional y de aplicación restrictiva) como la forma habitual de convalidar la contratación de suministros médicos, realizados con total desprecio a la normativa de aplicación». Es así que un ejercicio tardío, por desgracia frecuente en la práctica, como comprueba el Consejo Consultivo de Canarias en el sector sanitario, por la Administración pública de sus potestades revisoras, por transcurrir un amplio periodo de tiempo desde la celebración del contrato hasta el inicio del procedimiento de revisión, permite recordar con la STS de 1 de julio de 2008 que

los límites de la revisión deben aplicarse cuando, a través del ejercicio de la acción de nulidad, se pretende reabrir el procedimiento, de forma evidentemente tardía y sin que exista justificación alguna para tan larga espera, cuando desde el momento inicial se conocía o podía conocerse la hipotética causa de nulidad ejercicio tardío de la potestad administrativa de revisión, supondría un menoscabo del principio de buena fe que ha de presidir el vínculo contractual contraído por el Ayuntamiento (Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León de 25 de septiembre de 2013) (Peña Gutiérrez, 2016).

Hay que resaltar distintas posturas reflejadas sobre el particular en la doctrina de los consejos consultivos autonómicos; aceptando unos la vía de la revisión de oficio (Dictamen n.º 33/2016, de 11 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; o los dictámenes n.º 46/2008 o n.º 40/2011 de La Rioja; o el Dictamen n.º 233/2016 de Castilla-La Mancha), considerándola errónea otros (dictámenes n.º 93/2012, de 3 de octubre; n.º 109 y n.º 110 de 2012, n.º 57/2014, n.º 62 y n.º 64/2017, n.º 23 y n.º 37/2018, y n.º 87/2019 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares); o validando fórmulas alternativas (Dictámenes n.º 178/2009, de 11 de junio y n.º 191/2015, de 18 de junio de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña).

Para servicios prestados sin cobertura contractual, por estar ante una contratación verbal prohibida, salvo para la contratación de emergencia, resulta que por los servicios prestados,

las cantidades abonadas no han de ser devueltas pues en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto. Ahora bien de pretenderse por la Administración reconocer al contratista el derecho a percibir las cantidades correspondientes al valor de las prestaciones efectivamente realizadas y no abonadas, descontando el beneficio industrial, el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen n.º 199/2020, de 25 de marzo, «en principio, la restitución solo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser el contrato nulo, no produce efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla legal (en este caso el art. 42.1 de la LCSP) que determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente,

todos los costes (y tan solo los mismos) soportados por quien la efectuó. Ya en su primera etapa expuso este Consejo Consultivo (Dictamen n.º 2/1995), que "no solo la Administración debe recibir el reproche por su irregular proceder sino que también cabe reputar a los contratistas como cocausantes de la nulidad [...]". Así, este Órgano Consultivo ha señalado en reiteradas ocasiones que el contratista que consiente una irregular actuación administrativa, prestando por su parte unos servicios sin la necesaria cobertura jurídica sin oposición alguna, se constituye en copartícipe de los vicios de que el contrato pueda adolecer, dando lugar a que recaigan sobre él mismo las consecuencias negativas de tales vicios. En esta dirección el Consejo ha insistido en que resulta improbable que quien contrata con la Administración desconozca, por mínima que sea su diligencia, que no puede producirse una contratación prescindiendo de todo procedimiento. Solo se ha exceptuado la aplicación de dicha doctrina cuando se aprecian circunstancias que justifican el abono íntegro de la prestación, tal y como fue convenida, sobre todo cuando no puede calificarse al contratista como partícipe de la nulidad».

En definitiva, una postura favorable a la declaración de nulidad de la contratación procediendo el abono de las facturas presentadas por el contratista, descontando el beneficio industrial. Esta es la postura que se mantuvo en sus dictámenes n.º 405/2016 y n.º 174/2020, de 12 de marzo, al reconocer al contratista el derecho a percibir las cantidades correspondientes al valor de las prestaciones efectivamente realizadas y no abonadas, descontando el «beneficio industrial».

Mientras que por contra sí se incorporará este beneficio industrial por apreciarse la concurrencia de las circunstancias que justifican el abono íntegro de la prestación, cuando la empresa concesionaria del servicio mostrara su conformidad con las obras efectuadas. Fue este el parecer del Dictamen n.º 710/2019, de 30 de octubre, del Consejo de Consultivo de Andalucía ante un acto de ejecución de unidades de obras que diferían de las fijadas en el proyecto técnico de la obra. Pues en este caso en que constaba que efectivamente el contratista realizó diversas obras no previstas en el proyecto, sin que se aclarase en qué consistieron tales obras, ante la duda de estar o no ante un caso de enriquecimiento injusto resolvió a pesar de que no estaba analizando si queda claro en el expediente si dichas obras fueron realizadas por cuenta propia del contratista o mediando orden al respecto por parte de la Administración contratante, al contar diversos informes técnicos sobre la valoración económica de las obras realizadas al margen del contrato, sin aclarar quién ordenó su ejecución, se consideró que constando en el expediente informe favorable a la obra ejecutada empresa concesionaria »de los distintos informes técnicos emitidos parece desprenderse que tales obras contaban con el plácet administrativo». Parece oportuno sostener cuando se proceda a fijar la liquidación por declararse nulo un contrato, no se dé por hecho que el importe a que tenga que abonar por existir un enriquecimiento injusto fuera abonar el consignado por el contratista en su factura, resultando «sensato evitar el pago, como mínimo, del importe que hubiera correspondido al denominado beneficio industrial del contratista» (Pérez López, 2019, p.121).

Abono al contratista que también procede en casos concretos de prórroga de contratos. Si ya se ha expuesto que debe reconocerse al contratista el derecho a percibir las cantidades correspondientes al valor de las prestaciones efectivamente realizadas y no abonadas, se apreciará esta situación cuando al imponer la Administración la continuidad del servicio por evidentes razones de interés público al ser un servicio público vinculado estrechamente con la asistencia sanitaria, la empresa no deberá devolver, ni total ni parcialmente (beneficio industrial) los importes que se le abonaron por los servicios prestados (Dictamen n.º 637/2019, de 3 de octubre, n.º 833/2018 y n.º 158/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía). Importe a abonar que también se observa en la STS de 11 de mayo de 2004, afirmando que «la posibilidad de excluir del total de la liquidación de los contratos que hubieran sido declarados nulos el importe correspondiente al beneficio industrial determina la necesidad de fijar el quantum de tal beneficio en cada contrato», siendo necesario para el abono del beneficio industrial que concurren circunstancias que afecten tanto al concepto de interés público que concorra en el servicio objeto de la contratación, «como en la actitud mantenida por la empresa con la que se celebró el contrato» (Dictamen n.º 546/2015, de 22 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía). Esta postura hizo que se rechazara incluir el beneficio industrial cuando la empresa era conocedora de la ilegalidad de una contratación (Dictamen n.º 552/2016 del Consejo de Estado).

Beneficio industrial sobre el que fijó doctrina el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en sus dictámenes n.º 275, n.º 276 y n.º 277/2018. Doctrina que supone el criterio según el cual «la eventual improcedencia del abono exigiría un análisis completo de las circunstancias concurrentes que tampoco excluiría el de la conducta de la propia Administración, que, en cuanto sometida al principio de legalidad», añadiendo la doctrina jurisprudencial con ocasión de supuestos en los que «se trata de obras realizadas fuera del contrato, pero con el conocimiento del contratista y de la Administración», que «el contratista tiene derecho al cobro del importe de las obras y también al beneficio industrial» (SSTS de 2 de julio de 2004, con cita de las SSTS de 28 de octubre de 1997 y de 11 de mayo de 2004). Sigue el mismo criterio la STS de 11 de mayo de 2004 en la que también se destaca que «la formalización del contrato objeto de ampliación correspondía realizarla a la Administración y no al administrado», por lo que «es claro que esa inactuación de la Administración no [...] puede ocasionar perjuicio al contratista, que se ha limitado a cumplir y a satisfacción de la Administración las órdenes de ejecución que esta le había formulado».

En fin, que la estimación o no de la existencia de un enriquecimiento injusto irá más allá de la mera devolución del coste de lo suministrado. Perfilando el Consejo Consultivo de Canarias (Dictamen n.º 82/2020, de 3 de marzo) que «la aplicación del principio de plena indemnidad debe extender la reparación a cualquier daño añadido imputable a la actuación irregular de la Administración», para concluir que la revisión de oficio puede atentar contra el derecho del suministrador a la percepción, también, de los intereses moratorios generados por la irregular actuación y el consiguiente retraso en el pago, supuesto en que el ejercicio de la facultad revisora resultaría contrario a los derechos del contratista.

Se reitera como dato clave en el enriquecimiento injusto la existencia de la orden recibida por el contratista, siendo las consecuencias de su incumplimiento elemento de juicio de la JCCA (Informe n.º 50/2004, de 12 de noviembre) (Pleite Guadamillas y Moreno Molina, 2011), la indemnización de daños y perjuicios que deberá exigirse por el incumplimiento. Por estas razones que la ausencia de orden de la Administración justificó la postura de las SSTs de 28 de enero de 2000 y de 15 de junio de 2016, para la que el cumplimiento y efecto de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes, y así que «ningún contratista puede pretender el abono de obras que excedan en calidad o cantidad de las que expresamente fueron convenidas (cuando no ha mediado orden alguna de la Administración para su realización)», resultando no ser viable la aplicación del enriquecimiento injusto por el contratista en estos casos. Criterio mantenido también por el Consejo Consultivo de Castilla y León (Dictámenes n.º 86/2011, de 26 de marzo; n.º 352/2012, de 12 de julio; n.º 761/2013, de 31 de octubre, y n.º 107/2015, de 9 de abril) que recordara la naturaleza de los pliegos de cláusulas, resaltando ser «ley del contrato» y expresión del principio de libertad de pactos (Consejo Consultivo de Castilla La-Mancha, Dictámenes n.º 127/2005, de 14 de septiembre y n.º 177/2005, de 14 de diciembre y los dictámenes n.º 258/2015, de 15 de abril y n.º 650/2014, del Consejo Consultivo de Andalucía) y sin perjuicio se señalar

la única excepción al «contractus lex» y al régimen de cláusulas ilegales que está en los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos generadores del contrato, respecto de los cuales la Administración podrá bien anularlos de oficio, con la consiguiente declaración de nulidad del contrato, bien tener por no puestas aquellas cláusulas que sean motivo de nulidad (Ariño Ortiz, 2007, p. 89).

5. Conclusiones

La actuación de los poderes públicos en cualquier actividad y en particular cuando el uso de fondos de públicos es inmediato, como es en la contratación pública, precisa estar siempre cubierta por el respeto a los principios generales. Principios como la transparencia para la lucha contra la corrupción, que no obstante

aunque no mencionado expresamente –hubiera sido políticamente incorrecto–, este ha constituido un objetivo al que han pretendido servir tanto las directivas comunitarias como las propias ocurrencias del legislador interno: principalmente, mediante la objetivación máxima de los criterios de adjudicación y el refuerzo de los sistemas procedimentales de garantía y objetividad (Santamaría Pastor, 2016, p. 98).

y el principio de buena administración mantenidos por todas las instancias jurisdiccionales nacionales y europeas (SSTJUE de 12 de mayo de 2010 [caso T-432/05] o de 12 de junio de 2014 [caso T286/09]) (Ponce Solé, 2016).

Requisitos para apreciar una situación de injusto enriquecimiento son el enriquecimiento de una persona, como incremento patrimonial, y el correlativo empobrecimiento de la otra parte, además de la inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial (Dictamen n.º 122/2019, de 3 de mayo del Consejo Consultivo del Principado de Asturias y SSTS de 25 de noviembre de 2011 y de 23 de julio de 2010).

Siendo cierto que «el contrato administrativo supone la inicial utilización por la Administración de medios jurídicos privados para la consecución de fines públicos» (Garrido Falla, 1952, p. 34), estando su libertad de pactos matizada, al tener que contratar la Administración con quien debe no con quien quiere (STS 20 de diciembre de 2007), al velar por el interés público, por esto que la especialidad de este tipo de contrato público se configure por un especial *rígor iuris*, un régimen exorbitante del derecho común (Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen n.º 51/2010, de 27 de enero).

Por esto que ejecutado el objeto del contrato ajeno al procedimiento previsto marcado y cuando se compruebe que no fueran prestaciones realizadas por él de manera unilateral, sino resultado de instrucciones recibidas de la Administración, se encuentra esta obligada frente al contratista al abono por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento sin causa injusto, a pesar del reparo de la Intervención y sin perjuicio de las responsabilidades a exigir a las autoridades o funcionarios (SSTS de 3 de noviembre de 1980, 12 de junio de 1984, 6 de abril de 1987, 19 de noviembre de 1992 y 2 octubre de 2006).

En definitiva, la ejecución de los contratos públicos queda configurada hacia la realidad del interés general, para cuya efectividad el contratista se mueve entre la seguridad jurídica y las facultades discrecionales, junto a las prerrogativas de la Administración en un marco de escrupuloso respeto a la legalidad. Para que esta realidad se materialice es básico que en la ejecución de las prestaciones los poderes públicos satisfagan sus reclamaciones, amén de velar por la adecuada tramitación del procedimiento, con especial énfasis en la preparación y seguimiento del mismo.

Referencias bibliográficas

Aguado i Cudolà, V. (2017). Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos. En F. López Ramón y F. Villar Rojas (Coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*. INAP.

Alonso García, R. (2009). Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010). *Cuadernos de Derecho Público*, 38, INAP.

- Ariño Ortiz, G. (2007). El enigma del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, 172.
- Arnaldo Alcubilla, E. y Delgado-Iribarren García-Camper, M. (2019). *Código Electoral*. (9.ª ed.). El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.
- Avezuela Cárcel, J. (2005). Los principios generales de la contratación pública. *Revista Española de la Función Consultiva*, 3.
- Baca Oneto, V. S. (2006). *La invalidez de los contratos públicos*. Thomson-Civitas.
- Bernal Blay, M. Á. (2011). El principio de objetividad en la contratación pública. *Documentación Administrativa*, 289.
- Blanquer Criado, D. (2010). *Derecho Administrativo*, tomo 1. Tirant lo Blanch.
- Calatayud Prats, I. (2017). Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios. *Revista General de Derecho Administrativo*, 44.
- Cano Campos, T. (2018). Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo. *Documentación Administrativa*, nueva época, 5.
- Cazorla Prieto, L. M. (2001). *Comentarios a la Constitución*. (3.ª ed.). Civitas.
- Coscolluela Montaner, L. (1977). Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 84.
- Cubillo Rodríguez, C. (2008). La responsabilidad contable derivada de los contratos del sector público. *Revista Española de Control Externo*, 30.
- Delgado Echeverría, J. (1993). Comentario del Código Civil. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz y P. S. Cordech (Dir.). (2.ª ed.), tomo II.
- Díaz Vales, F. (2008). La doctrina del enriquecimiento injusto y la violación de los derechos de propiedad industrial. *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, 1, 15-44.
- Díez Sastre, S. (2018). Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público. *Documentación Administrativa*, nueva época, n.º 5.
- Díez-Picazo, L. (1988). La doctrina del enriquecimiento injustificado. En M. de la Cámara y L. Díez-Picazo, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Civitas.
- Fernández Mallol, A. L. (2014). La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno. *Realia*, 2.
- Fernández-Figueroa Guerrero, F. (2012). El factum principis en la doctrina del Consejo de Estado. Estudio concreto de los Dictámenes 31/92 de 13-2-92 y 632/94 de 19-5-94. <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1100465>.
- Gallego Córcoles, I. (2005). Prohibiciones de contratar: el régimen de incompatibilidades (I) y Prohibiciones de contratar. El régimen de incompatibilidades (II). *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, 40 y 41.
- García Añoveros, J. (1998). Una nueva ley general tributaria: problemas constitucionales. En P. Kirchhof *et al.*, *Garantías constitucionales del contribuyente*. Tirant lo Blanch.
- García de Enterría, E. (1950). Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, 2.

- García de Enterría, E. (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, 41.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1986). *Curso de Derecho Administrativo*. (4.ª ed.). Civitas.
- García Ortiz, F. (2018). El Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en la contratación del Sector Público: su ámbito de competencia. En J. M. Suárez Robledano (Dir.), *La nueva regulación de la contratación del Sector Público: Fiscalización y Enjuiciamiento por el Tribunal de Cuentas*. Tribunal de Cuentas.
- García Vicente, J. R. (2001). La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código Civil: En particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su diez a quo de ejercicio. *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 15.
- García-Trevijano Garnica, E. (1996). *La resolución del contrato administrativo de obra*. Montecorvo.
- Garrido Falla, F. (1952). Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales. *Revista de Administración Pública*, 7.
- Gimeno Feliú, J. M. (2010). La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 147.
- Gimeno Feliú, J. M. (2018). El control de la ejecución de los contratos de colaboración público-privada como elemento determinante de una nueva gobernanza. En *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*. Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona y ESADE (Universidad Ramón Llull).
- Gimeno Feliú, J. M. (2019). Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, 9.
- González, J. (2019). <https://www.globalpoliticsandlaw.net/2019/10/07/prohibiciones-para-contratar-en-la-lcsp/>
- Gómez-Ferrer Morant, R. (2004). El contrato de concesión de obras públicas: disposiciones generales. En *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. (2.ª ed.). Civitas.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (2016). La Unión Europea y el Estado Social. *Revista de Administración Pública*, 200.
- Huergo Lora, A. (2017). El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. *Documentación Administrativa*, nueva época, 4.
- López Candela, J. (2016). El procedimiento de revisión de oficio en la nueva Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. *Revista de Derecho Local*, 39.
- Martínez Fernández, J. M. (2017). Diez actuaciones esenciales que hemos de realizar los aplicadores de la LCSP antes de su entrada en vigor. *El Consultor de los Ayuntamientos*, La Ley, 18089.
- Moreno Molina, J. A. (2000). La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos. *Revista de Administración Pública*, 151.
- Moreno Molina, J. A. (2008). Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. *Revista Jurídica de Navarra*, 45.
- Moreno Molina, J. A. (2015). *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*. Chartridge Books Oxford.

- Moreno Molina, J. A. (2016). *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación Pública*. El Consultor de los Ayuntamientos - Jurisprudencia.
- Martínez Marín, A. (1990). *El buen funcionamiento de los servicios públicos. Los principios de continuidad y regularidad*. Tecnos.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1959). La institución contractual en el Derecho Administrativo: En torno al problema de la igualdad de las partes. *Revista de Administración Pública*, 29.
- Mestre Delgado, J. F. (1985). La posición singular de la Administración en la contratación administrativa y las garantías del contratista según la jurisprudencia contencioso-administrativa reciente. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 47.
- Palomar Olmeda, A. (2018). Una nueva normativa contractual pública: un fin en sí mismo o un paso para el cambio. *Revista Española de Control Externo*, XX(60).
- Parada Vázquez, R. (2019). *Derecho Administrativo. II. Régimen Jurídico de la actividad administrativa*. (24.^a ed.). Dykinson.
- Peña Gutiérrez, M. R. de la (2016). Revisión de oficio y declaración de lesividad: peculiaridades de la tramitación en el ámbito local. En C. Campos Acuña, (Coord.), *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*. Wolters Kluwer.
- Peña López, F. y Busto Lago, J. M. (1997). Enriquecimiento injusto y responsabilidad extracontractual. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1.
- Pendás García, B. (Coord.). (1995). *Derecho de los contratos públicos*. Praxis.
- 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 UNED*, 25.
- Pleite Guadamillas, F. y Moreno Molina, J. A. (2011). *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público: Estudio Sistemático*. La Ley.
- Ponce Solé, J. (2016). Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno. *VII Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas*. Madrid, del 3 al 5 de octubre.
- Prada Rodríguez, A. y Herrero González, E. (2015). Reconocimiento extrajudicial de crédito. *Auditoría Pública*, 66.
- Rebollo Puig, M. (1995). *El enriquecimiento de la Administración Pública*. Marcial Pons.
- Rebollo Puig, M. (2006). Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho administrativo. *Cuadernos de Derecho Local*, 12.
- Rebollo Puig M. (2002). Nemo auditur propriam turpitudinem allegans en la jurisprudencia contencioso-administrativa. *Documentación Administrativa*, 263-264.
- Sánchez Rubio, F. J. (2017). Aspectos más importantes en la aplicación del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local. *Revista CEMCI*, 36.
- Santamaría Pastor, J. A. (2016). Contratos del Sector Público y Derecho de la Unión. *Revista de Administración Pública*, 200.
- Sarnal Suria, S. y González Pueyo, J. (2002). *Manual de Presupuestos y contabilidad de las Corporaciones Locales*. El Consultor.
- Torno Más, J. (2016). La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 58-59.



Torres Maroto, M. A. (2018). La contratación irregular en el Sector Público como supuesto de responsabilidad contable. En J. M. Suárez Robledano (Dir.), *La nueva regulación de la contratación del Sector Público: Fiscalización y Enjuiciamiento por el Tribunal de Cuentas*. Tribunal de Cuentas.

Vendrell Cervantes, C. (2012). La acción de enriquecimiento injustificado por intromi-

sión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fasc. III.

Vicente González, J. L. de (2005). Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local. *Revista de Administración Pública*, 168.

Vencimiento anticipado y resolución contractual: novedad jurisprudencial

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 guarda relación con la cláusula de vencimiento anticipado, su posible abusividad y la necesidad de solicitar por parte del prestamista la resolución del contrato en el supuesto de interposición de la demanda para reclamar lo impagado con arreglo al artículo 1.124 del CC, y no solo el cumplimiento del contrato. Sobre la validez de la cláusula de vencimiento anticipado y la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial sobre dicha cláusula en los préstamos hipotecarios, a los préstamos personales; para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva, debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, pero el incumplimiento del prestatario y el ejercicio del vencimiento anticipado podrán ser analizados como motivo de resolución contractual, solo si se ejercita por el prestamista la facultad de resolución prevista en tal precepto. Empleo del año comercial o del año natural para el cálculo de los intereses remuneratorios.

Palabras clave: cláusulas abusivas; vencimiento anticipado; contrato de préstamo personal; resolución contractual.

Fecha de entrada: 13-02-2021 / Fecha de aceptación: 26-02-2021

Enunciado

Juan y Marta firmaron un contrato de préstamo personal en fecha 22 de noviembre de 2017 con un banco y han dejado de pagar seis cuotas del préstamo (el total de cuotas pactadas eran 55), ante lo cual el banco ha procedido al cierre y liquidación de la cuenta, la cual presentaba un saldo deudor de 7.355,26 euros, tal y como resulta del certificado de deuda expedido. El banco, ante ello, ha presentado una demanda solicitando que Juan y Marta sean condenados al abono de la suma liquidada derivada de la liquidación del contrato de préstamo que se halla en situación de impago. El banco ha ejercitado así la cláusula de vencimiento anticipado, y en la demanda no solicita la resolución contractual del artículo 1.124 del Código Civil.

En la condición general 7.2 del contrato, se dispone que

el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones de pago derivadas de este contrato facultará al Banco a dar por vencido el préstamo y exigir a la parte prestataria la devolución anticipada de la suma total adeudada conforme a lo previsto en la condición general «vencimiento anticipado».

Y por su parte, la condición general 8.^a del contrato establece que

el Banco podrá dar por vencida la operación y exigir a la parte prestataria la devolución anticipada de la suma total adeudada cuando incumpla cualquiera de las obligaciones de pago de algunos de los plazos u otras esenciales contraídas en el presente contrato, tanto en las fechas convenidas como en los importes pertinentes.

La cláusula cuarta del contrato relativa al cálculo de los intereses remuneratorios como fórmula de cálculo tiene en cuenta el año comercial y no el natural, esto es, 360 días y no 365 días.

Juan y Marta han sido emplazados para contestar a la demanda y acuden a un despacho de abogados para contratar sus servicios; el abogado de los prestatarios se opone a las pretensiones deducidas de contrario señalando que la actora interesa el cumplimiento forzoso del contrato de autos y ejercita una acción de reclamación de cantidad, sin embargo no solicita la resolución del contrato. Se alega, además, que la actora exige el pago de todo el préstamo vencido anticipadamente, siendo el número de cuotas impagadas de 6, frente a las 55 pactadas contractualmente.

Juan y Marta igualmente oponen que tienen la condición de consumidores y que la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de las obligaciones de pago contempladas en las estipulaciones séptima y octava del contrato son nulas por abusivas. Igualmente alegan la nulidad por abusividad de la cláusula cuarta, relativa a los intereses remuneratorios, al aplicar el año comercial y no el año natural para el cálculo de los mismos.

Resolvamos la cuestión teniendo en cuenta las novedades jurisprudenciales en materia de abusividad del vencimiento anticipado en función de la solicitud o no de la resolución contractual.

Cuestiones planteadas:

- Ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado sin solicitud de resolución contractual. Nulidad de cláusulas abusivas.
- Planteamiento jurídico y argumentos en la jurisprudencia reciente.

Solución

Por lo que se refiere a la cláusula de vencimiento anticipado, la STS de 101/2020, de 12 de febrero, en relación con préstamos personales (no hipotecarios) ha declarado:

Aunque los pronunciamientos previos de esta Sala sobre el vencimiento anticipado, sintetizados y sistematizados en la sentencia de pleno 463/2019, de 11 de septiembre, se han referido a préstamos con garantía hipotecaria, algunas de las consideraciones contenidas en nuestra jurisprudencia son también aplicables a préstamos personales como el presente.

Con carácter general, la Sala 1.^a del TS no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que estuviera claramente determinado en el contrato, en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pudiera quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el art. 1256 CC (sentencias 506/2008 [NCJ048380], de 4 de junio; o 792/2009 [NCJ051159],

de 16 de diciembre). Es decir, la posible abusividad provendría de los términos en que la condición general predispuesta permita el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es, per se, ilícita. Así, la sentencia 506/2008 (NCJ048380), de 4 de junio, declaró:

«Como viene señalando la doctrina moderna atendiendo a los usos de Comercio y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existen argumentos para defender la validez de tales estipulaciones, como la convenida, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1.255 del Código Civil), en el caso de autos, cuando concorra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo. Y en el presente caso tuvo por cierto el Juzgado (y después confirmó la Audiencia) que, transcurrido el periodo de carencia convenido, "desde el mes de septiembre de 1995 nunca existió saldo suficiente para abonar las amortizaciones del préstamo hasta abril del 96".

Por otra parte, la tesis expuesta sobre la validez de las citadas cláusulas de vencimiento anticipado ha venido a ser respaldada, a nivel legislativo, por la dicción literal del artículo 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, o del citado por la Sentencia recurrida, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, expresamente referido a la ejecución hipotecaria.

Lo hasta ahora expuesto no obsta a que, en determinadas circunstancias, pueda proclamarse el ejercicio abusivo de tal tipo de cláusula, en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario, como así ocurrió en el supuesto resuelto por la Sentencia de 2 de noviembre de 2000».

En todo caso, haciendo nuestra la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 Aziz [NCJ057639], y 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, Banco Primus [NCJ062005]; y AATJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13 [NCJ060073], y 8 de julio de 2015, asunto C-90/14 [NCJ060318]), hemos declarado que, para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva, debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo. Desde ese punto de vista, parece evidente que una cláusula que permite el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

A diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal, la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato (sentencia

463/2019, de 11 de septiembre [NCJ064228]). En consecuencia, no podemos extraer las consecuencias establecidas por la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en casos en que el contrato no pueda subsistir y su nulidad resulte perjudicial para el consumidor (por todas, STJUE de 26 de marzo de 2019).

Pero es que, además, también a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, respecto de los que existen normas legales que permiten el vencimiento anticipado –no solo como pacto, sino como previsión legal– (arts. 693.2 LEC y 24 LCCI), no hay una regulación equivalente para los préstamos personales o sin garantía.

Finalmente, la abusividad de la cláusula no puede ser salvada porque no se aplicó en su literalidad y la entidad prestamista soportó un periodo amplio de morosidad antes de ejercitarla, porque ello contraviene la jurisprudencia del TJUE. Así la STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus, asunto C-421/14, declaró, precisamente en relación con una cláusula de vencimiento anticipado, que:

«Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" –en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva– de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de 2015 (TJCE 2015, 224), Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13 (NCJ060073), no publicado, EU:C:2015:397, apartados 50 y 54)».

La misma sentencia 101/2020 continúa señalando:

2.- No obstante, la controversia litigiosa no se ciñe al ejercicio de una acción para la declaración de abusividad de unas cláusulas contractuales, puesto que no tiene su origen en una acción individual de nulidad ejercitada por unos consumidores o ni siquiera en una reconvenición, sino que dicha alegación ha sido utilizada como medio de defensa (excepción) frente a una reclamación dineraria formulada por la entidad prestamista por el impago del préstamo.

Y no puede ignorarse que, en la demanda, además de invocarse la cláusula de vencimiento anticipado para solicitar la condena al pago del total de lo debido, también se invocó el art. 1124 CC y se ejercitaron unas acciones de cumplimiento contractual y reclamación de cantidad. Por lo que, como la parte acreedora ha optado por el cumplimiento forzoso del contrato y no por su resolución, deberá

condenarse solidariamente a los demandados al pago de las cantidades adeudadas a la fecha de interposición de la demanda.

Pues bien, volviendo a nuestro caso propuesto, nos encontramos en presencia de un préstamo personal en el que la entidad actora ha dado por vencido anticipadamente el contrato ante el impago por parte de la prestataria de 6 cuotas. El vencimiento anticipado por impago de las cuotas estipuladas está contemplado en las cláusulas 7.2 y 8 del contrato suscrito. El artículo 7.2 dispone que

el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones de pago derivadas de este contrato facultará al Banco a dar por vencido el préstamo y exigir a la parte prestataria la devolución anticipada de la suma total adeudada conforme a lo previsto en la condición general «vencimiento anticipado».

Por su parte, la condición general 8.^a del contrato establece que

el Banco podrá dar por vencida la operación y exigir a la parte prestataria la devolución anticipada de la suma total adeudada cuando incumpla cualquiera de las obligaciones de pago de algunos de los plazos u otras esenciales contraídas en el presente contrato, tanto en las fechas convenidas como en los importes pertinentes.

Pues bien, dado que, en el presente caso, las cláusulas en debate permiten a la entidad prestamista dar por vencido anticipadamente el préstamo por el impago de una única cuota del préstamo u otra obligación de pago, solo cabe concluir que la misma es abusiva, pues contempla una sanción extremadamente grave, como es la resolución del contrato y la pérdida del plazo por un incumplimiento que no puede ser calificado de esencial cuando se trata del impago de una única cuota u otra obligación de pago, en el seno de un contrato de larga duración y en el que la cuantía de una sola cuota u otras obligaciones de pago no puede estimarse excesiva en relación con el importe total de la cantidad entregada en concepto de préstamo. A ello se añade que tampoco se contempla la posibilidad de que el prestatario pueda eludir una consecuencia tan grave como es la resolución anticipada con devolución de todo el capital prestado y abono de las sanciones y gastos contemplados en el contrato, mediante una conducta reparadora. Así las cosas, las cláusulas en cuestión deben ser declaradas abusivas.

Señalado lo anterior, y resultando que en nuestro supuesto la resolución anticipada ha sido decretada por la entidad actora únicamente con base en las cláusulas declaradas nulas sin remisión o apoyo en la normativa civil, y más concretamente en los artículos 1.124 y 1.129 del Código Civil, que contemplan la posibilidad de la resolución contractual en materia de obligaciones recíprocas cuando uno de los contratantes haya incumplido las que le incumben, lo que habría permitido analizar si el incumplimiento de la parte prestataria reviste la suficiente gravedad como para amparar y autorizar la resolución contractual, y como se señala, no habiéndose remitido la parte a la normativa civil y, por tanto, no habiendo ejercitado la parte las acciones previstas en dichos preceptos, sino únicamente la derivada de

las cláusulas contractuales que, en este caso, han sido declaradas nulas, no cabe aceptar el vencimiento anticipado declarado por la actora, lo que impide estimar las pretensiones ejercitadas en los términos en que han sido planteadas.

Como segunda cuestión, la parte demandada solicita que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula cuarta del contrato relativa al cálculo de los intereses remuneratorios, y ello por cuanto y según señala la misma, la fórmula de cálculo contemplada en el contrato tiene en cuenta el año comercial y no el natural, esto es, 360 días y no 365 días.

Sobre el particular, se ha pronunciado la SAP de Soria (Sección 1.^a) n.º 5/2018, de 15 de enero (rec. núm. 5/2018), al declarar:

El uso del llamado año comercial (360 días) no implica necesariamente un perjuicio para el deudor. Una entidad puede optar de manera lícita por una base de cálculo de 360 días siempre y cuando mantenga la ficción al computar el tiempo efectivamente transcurrido. No en vano, el método 360/360 se halla muy extendido en los contratos de préstamo hipotecario. El perjuicio injustificado al consumidor se produciría cuando una entidad financiera utilizase la base 360 pero aplicase, a sensu contrario, el año natural para el cómputo de los días transcurridos, práctica que a lo largo de la vida de un préstamo hipotecario (modalidad en la que mayor relevancia adquiere la problemática aquí abordada) acarrearía un notable sobrecoste, de tal forma que el Banco de España, a través de su Servicio de Reclamaciones (página 111 de la Memoria del Servicio de Reclamaciones 2012), ha advertido reiteradamente que utilizar en nuestros días el método 365/360 puede resultar injustificado, remitiendo a los Juzgados competentes el pronunciamiento correspondiente.

El desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes (art. 82 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), podría deducirse lógicamente, en ese caso, con facilidad, al elevar la entidad financiera de forma sistemática y artificialmente el importe de las cuotas que cobran a los consumidores. Pero en nuestro caso, la cláusula de cálculo del interés remuneratorio no toma la fórmula 365/360, sino el número de cuotas a pagar en un año, y en relación con los intereses de demora, liquidables día a día, se toma igualmente el año comercial de 360 días. No se aprecia, por tanto, que el criterio del año comercial (360 días) implique en el presente supuesto un perjuicio para el deudor.

De igual modo la SAP de Cáceres (sección 1.^a) núm. 240/19, de 15 de abril (rec. núm. 193/2019) señala:

OCTAVO: Respecto a la liquidación de los intereses tomando como base el año comercial, no es una cláusula que afecte al contenido esencial del contrato, sino a un aspecto accesorio, de incidencia relativa. Además, en este caso no se ha impugnado la liquidación de intereses, y se desconoce la fórmula que se ha aplicado en el caso concreto, además de que el uso del llamado año comercial de 360 días

no implica necesariamente un perjuicio para el deudor. Reiteramos, la demandada no acredita que la fórmula aplicada haya sido 365/360, pues dichos apartados son ilegibles, sin que se haya impugnado la liquidación aportada con la demanda y sin que la demandada haya aportado la suya propia para comprobar de ese modo el perjuicio realmente causado y el desequilibrio contractual.

Pues bien, en nuestro caso, nos encontramos ante la misma situación, pues, por más que la base de cálculo aplicada para la cuantificación de los intereses remuneratorios sea de 360 días, tal ficción se ha mantenido al computar el tiempo efectivamente transcurrido, por lo que no se aprecia la abusividad alegada, lo que conduce a la desestimación de esta pretensión.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.124 y 1.129.
- SSTS 463/2019, de 11 de septiembre (NCJ064228) y 101/2020, de 12 de febrero.

Enriquecimiento injusto por plusvalía de la finca

José Ignacio Atienza López

Letrado del Consejo General del Poder Judicial

Extracto

El presente supuesto nos trae a colación dos aspectos: por un lado, la problemática, reiterada con alguna frecuencia, sobre el alcance que respecto de la liberación de cargas y gravámenes tiene lugar para quienes pierden una finca en subasta judicial, y en qué medida quedan liberados de las mismas; y por otro, el fundamento de la acción de reembolso del nuevo propietario adquirente en subasta, contra los anteriores propietarios y respecto de los gravámenes pendientes de la finca, si obtiene después el nuevo propietario una venta de la finca por un precio muy superior, y en qué medida esa plusvalía puede dar vigencia a la doctrina del enriquecimiento sin causa. Incurrir en enriquecimiento injusto quien, tras haber adquirido en subasta una finca por una determinada cantidad, en un corto plazo la vende por un precio muy superior, obteniendo una plusvalía que deja sin justificación la acción de reembolso.

Palabras clave: enriquecimiento injusto; subasta judicial; plusvalía.

Fecha de entrada: 13-02-2021 / Fecha de aceptación: 26-02-2021

Enunciado

Mediante decreto del Juzgado de Primera Instancia 70 de Cerdanyola del Valles de fecha 1 de diciembre de 2016, se adjudicó a favor del ejecutante, que ahora ejercita una acción de reembolso sobre los anteriores propietarios, el local sito en Barberá del Vallés, inscrito al tomo 2222, libro 222, folio 22, finca 22222, inscripción 5 del Registro de la Propiedad 2 de Sabadell, por el 50 % del valor de tasación (100.000 euros), es decir, 50.000 euros.

El adjudicatario del local citado lo ha vendido por 300.000 euros, siete meses después, a una mercantil, y reclama a los anteriores propietarios el pago acreditado de los IBI adeudados por los anteriores titulares de la finca al ayuntamiento de Barberá del Vallés desde la segunda fracción del año 2013 a la cuarta fracción del 2016, por importe de 3.200,19 euros, más las cuotas de la comunidad de propietarios por importe de 2.690 euros devengadas de octubre de 2013 a abril de 2017.

¿Es viable esta reclamación? ¿Qué consecuencias jurídicas tiene la plusvalía obtenida respecto de la acción de reembolso, en relación con la doctrina del enriquecimiento sin causa?

Cuestiones planteadas:

- Alcance del artículo 670.5 de la LEC en relación con la liberación de cargas y gravámenes.
- El enriquecimiento injusto y sus efectos sobre la acción de reembolso.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

La primera de las cuestiones que los hechos y el caso sugieren es el alcance del artículo 670.5 de la LEC en cuanto que los anteriores propietarios consideran que la adjudicación les libera de todo tipo de cargas y gravámenes. Conforme a la STS, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2016,

con posterioridad, y de acuerdo a la reforma operada en dicho artículo por la Ley 1/2000, se profundiza en la línea señalada recalcando no solo la continuidad del sistema con relación a la subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores, sino también la limitación del efecto subrogatorio respecto de dichas cargas y gravámenes sin alcanzar la deuda u obligación garantizada: "el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquellos".

Por lo que conforme a la propia previsión normativa, que delimita el alcance del *effectum iuris* en la subrogación legal, la subrogación se produce respecto de la carga y no respecto de la deuda que tal carga asegura, esto es, la subrogación al amparo del precepto acontece sobre el deber de naturaleza real de soportar la realización forzosa del bien para satisfacer el crédito asegurado y no en asumir forzosamente la posición del deudor en la relación obligacional objeto de la garantía hipotecaria.

Por tanto, la adjudicación del bien solo implica la subrogación de las cargas o gravámenes, pero no la deuda que se garantiza por dicha carga, que subsiste, al margen que en el presente caso se reclaman pagos derivados de la titularidad del bien.

Aunque la literalidad del antiguo artículo 131 de la LH, particularmente de la correlación de sus reglas 8.^a, 10.^a y 13.^a, pudo presentar alguna duda de interpretación acerca del alcance de la subrogación legal establecido y su posible extensión a la propia obligación garantizada, no obstante, dicha cuestión quedó resuelta y aclarada por la doctrina jurisprudencial de esta sala, entre otras, en la sentencia de 11 de mayo de 2006 (núm. 435/2006) que, con referencia a dicho contexto normativo, declaró:

Es de aceptar dicho motivo, pues el «tercero» adquirente en subasta pública no es el «tercero hipotecario» al que se refiere el art. 34 LH, sino que es el de buena fe que participa en ella, del art. 114 LH, como traducción del principio de publicidad, y de «no oponibilidad» del art. 32, por lo que el mismo solo responde de la carga real en que consiste la hipoteca, y no de otras cargas personales del deudor, no garantizadas, sin alcance a tales terceros, ya que, según el indicado art. 114, sus obligaciones se limitan, además de a responder por el principal adeudado, solo al pago también de los intereses, en principio, de los 2 últimos años, y de la parte vencida de la anualidad corriente, salvo pacto, en cuyo caso no se pueden asegurar por la hipoteca pagos de intereses por plazo superior a cinco años;

mandato que es reiterado en el art. 146 de la propia ley, según el que, si bien el acreedor hipotecario puede repetir (si no se le han pagado) por los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que debía verificarse el reintegro del capital, si bien, en cuanto al tercero interesado en dichos bienes (como lo es el tercer poseedor de los mismos, de buena fe, adjudicatario en subasta judicial, que es a quien puede perjudicar tal repetición), no podrá exceder la garantía de la cantidad que por ella se reclame con arreglo al referido artículo 114.

Con posterioridad, y de acuerdo a la reforma operada en dicho artículo por la Ley 1/2000, número sexto de la disposición final novena, los artículos 668.3 y 670.5 de la LEC profundizan en la línea señalada recalando no solo la continuidad del sistema con relación a la subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores, sino también la limitación del efecto subrogatorio respecto de dichas cargas y gravámenes sin alcanzar la deuda u obligación garantizada: «el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquellos».

Ahora bien, distinto debe ser el planteamiento en relación con los efectos que las plusvalías obtenidas causan en esta acción de reembolso que el caso refiere, en referencia a la doctrina del enriquecimiento sin causa.

En el presente caso el adjudicatario ha obtenido una sustancial plusvalía en un escaso tiempo. El decreto dictado por el Juzgado de Primera Instancia 70 de Cerdanyola en el procedimiento de ejecución hipotecaria de fecha 1 de diciembre de 2016 adjudicó el local propiedad de los anteriores propietarios a favor del actual propietario, que ejercita la acción de reembolso por el 50 % del valor de tasación, esto es, por la cantidad de 50.000 euros.

En fecha 17 de mayo de 2017, mediante escritura pública el adjudicatario vendió el local a la entidad BBB, SL por 300.000 euros. Por tanto, en escasos cinco meses la parte adjudicataria ha obtenido una plusvalía del 600 %. Se plantea por los anteriores propietarios que la reclamación supone un enriquecimiento injusto.

La STS de 13 de enero de 2015 analiza el supuesto de enriquecimiento injusto tras una adjudicación al ejecutante, por mitad del valor de tasación, si fuera seguida de una posterior enajenación por un precio muy superior al de la adjudicación, que aflorara una plusvalía muy significativa, que contrastaría con la pervivencia del crédito y su reclamación por el acreedor beneficiado con la plusvalía:

La posibilidad de adjudicarse el inmueble por el 50 % se prevé en el art. 671 LEC, bajo el presupuesto de que, en la práctica, nadie opta por el inmueble y la suposición de que no cabe obtener mayor precio por el bien. En este contexto, la adjudicación es correcta y, en la medida en que con el valor de la adjudicación no se satisface la totalidad de la deuda, esta persiste por la cuantía pendiente de pago y el acreedor tiene derecho a reclamarla. De facto, su crédito no ha sido enteramente

satisfecho y el acreedor sigue teniendo derecho a reclamar la cantidad pendiente de pago. De ahí que, por regla general, no puede existir en esta adjudicación enriquecimiento injusto, pues con la adjudicación tan solo se ha satisfecho el crédito en la medida del valor de la adjudicación, en este caso el 50 % del valor de tasación, que no es mayor porque no ha existido mejor postura.

El enriquecimiento injusto no puede radicar única y exclusivamente en que el importe en que el bien fue tasado es muy superior al valor de la adjudicación, en concreto, un 50 %, porque esto sí que es algo previsto y aceptado expresamente por la Ley.

A este respecto, sí que sería de aplicación la citada jurisprudencia, como una exigencia de otro principio general del derecho, el de seguridad jurídica, que siempre ha de ponderarse junto con el de interdicción del enriquecimiento injusto.

El enriquecimiento injusto solo podría advertirse cuando, tras la adjudicación, y en un lapso de tiempo relativamente próximo, el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante, pues este hecho mostraría que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor, y al no serlo, el acreedor obtiene un enriquecimiento injusto con la plusvalía, o por lo menos con una parte de la misma. En este hipotético caso, la aplicación del enriquecimiento injusto se fundaría en su configuración como principio general de Derecho y en su proyección técnica respecto del necesario control causal de las atribuciones y desplazamientos patrimoniales en el curso de las relaciones jurídicas.

Estas matizaciones están en la línea de la reciente jurisprudencia contenida, entre otras, en la Sentencia 8 de septiembre de 2014, que pretende reforzar la justicia contractual que deriva de los principios de buena fe y de conmutabilidad del comercio jurídico, para superar una concepción meramente formalista y rigorista de los esquemas de aplicación del derecho de crédito y la responsabilidad patrimonial derivada.

De hecho, en la actualidad, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, el art. 579 LEC prevé en su apartado 2 que: «en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades: b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquel a quien le hubiera cedido su derecho y estos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante».

Con esta previsión legal, la norma ya contempla en la actualidad la «injustificación» del enriquecimiento que el adjudicatario o cesionario del remate pudiera tener con la plusvalía obtenida con la posterior venta del bien ejecutado, y reconoce al deu-

dor ejecutado que pueda beneficiarse proporcionalmente de la plusvalía obtenida con la posterior venta del bien ejecutado y adjudicado a su acreedor.

Ciertamente no nos encontramos ante la reclamación por el acreedor de una deuda remanente derivada de la ejecución hipotecaria, pero la doctrina jurisprudencial expuesta puede ser aplicada analógicamente al presente supuesto.

En el presente supuesto se ejercita una acción de reembolso por obligaciones satisfechas por el adjudicatario. El importe adeudado es de 5.890,19 euros y la finca adjudicada lo fue por un importe de 50.000 euros. Tras la adjudicación, en un lapso de tiempo muy escaso, cinco meses, el ahora acreedor ha obtenido una plusvalía muy relevante del casi el 600 %, y perviviendo pese a ello un crédito frente al demandado.

En aplicación analógica de la doctrina antedicha, el crédito debía haberse tenido por satisfecho, pudiendo beneficiarse el ahora demandado de la plusvalía obtenida con la posterior venta del bien ejecutado y adjudicado a su acreedor. De lo contrario, la estimación de la demanda supondría una atribución económica injustificada para el adjudicatario. Por ello se considera que sí concurren, en el presente caso, los presupuestos para que resulte de aplicación el instituto del enriquecimiento injusto.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley de enjuiciamiento civil, arts. 579, 668.3 y 670.5.
- SSTS de 8 de septiembre de 2014, 13 de enero de 2015 y 19 de julio de 2016.

Acciones de protección sumaria de la posesión

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Las acciones de protección sumaria de la posesión del artículo 250.1.4.º de la LEC tienen carácter cautelar, provisorio y de conservación del *statu quo* de las situaciones posesorias de hecho, en las que no se discute ni ha de probarse el título de cobertura o derecho subjetivo que legitime para poseer, sino la mera realidad fáctica de la situación posesoria violentada, y reconoce legitimación activa a quien se encuentra en el disfrute de la cosa y pretenda una rápida protección para la continuación en el goce pacífico de la cosa como situación de hecho, en la que haya sido perturbado o de la que haya resultado despojado. La intención del despojo se presume siempre mientras no se demuestre lo contrario y probado que fueran objetivamente constitutivos de despojo posesorio; poco importa la intención del agente, ya que no se elimina con la simple alegación. No está permitido imponer las vías de hecho eludiendo los instrumentos jurídicos y cauces jurisdiccionales.

Palabras clave: arrendamiento; posesión de bienes; protección posesoria.

Fecha de entrada: 10-02-2021 / Fecha de aceptación: 25-02-2021

Enunciado

El arrendatario tenía arrendada una vivienda por acuerdo con la sociedad anónima de la que es socio, en la que realizó un tabique para agrandarla, que realizó hace 10 años, y siendo conocida esta situación por la arrendadora desde hacía mucho tiempo sin que en ningún momento realizara ningún tipo de actuación. No obstante, 6 meses antes la junta ordinaria de accionistas, con la participación del arrendatario, acordó eliminar el tabique y devolver la vivienda a la situación anterior. Ante la situación creada tras el acuerdo de la junta de accionistas, el arrendatario pretende interponer una acción dirigida a impedir el proceder de la sociedad en relación con la vivienda de la que es arrendatario y conservar el uso actual de la misma.

Cuestiones planteadas:

1. Protección de la tutela de la posesión: ámbito y requisitos.
2. Conclusión.

Solución

1. En el caso que se propone se plantea qué acción es más conveniente para proteger la posesión que tiene la arrendataria de la vivienda por contrato con la sociedad de la que es socio, y siendo la posesión de la vivienda de la que disfruta mediante el contrato de arrendamiento. Inicialmente pudiera ser posible de impugnar el acuerdo social, de acuerdo con la legislación mercantil, concretamente la Ley de sociedades de capital, para que fuera suspendido de manera cautelar el acuerdo, y que no se dirige a proteger específicamente la posesión de la vivienda arrendada.

El otro procedimiento sería el dirigido a proteger de manera sumaria la posesión para evitar las vías de hecho derivadas del acuerdo social, y que de acuerdo con el derecho a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 24.2 de la Constitución, le permitiría obtener una resolución sobre la cuestión planteada sin que pudiera ser inadmitido.

En ese sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de abril de 2001 mantuvo que, si bien el artículo 24.1 de la CE obliga al legislador a establecer la organización y los procedimientos adecuados para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, «no genera por sí mismo ningún derecho de acción concreta que permita, sin más, acceder a un determinado Tribunal o a una definida vía procesal, puesto que tal derecho solo se adquiere de acuerdo con la Ley y solo puede ejercerse en la forma y con los requisitos que esta haya establecido».

Por tanto, tratándose de acciones con objeto diferente y efectos distintos, la arrendataria puede acudir a cualquiera de las acciones mencionadas, y también la acción dirigida a la protección sumaria de la de la posesión.

Esta parece ser la vía más directa y urgente para tratar de defender el uso de la vivienda que tenía mediante el contrato de arrendamiento.

Con carácter previo conviene citar algunos preceptos legales del Código Civil (CC), relacionados con la cuestión. Por un lado, el artículo 441 del CC dispone que «en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente» y el que considere que tiene acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, en todo caso, ha de solicitar el auxilio de la autoridad competente. En el mismo sentido, el artículo 446 del CC reconoce a todo poseedor el derecho a ser respetado en su posesión, de forma que «si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen».

Desde el punto de vista procesal, a la tutela sumaria de la posesión a que se refiere el artículo 250.1.4.º de la LEC, conserva todo su interés para el poseedor el hecho de que carezca de los títulos que habiliten el derecho a poseer a que se refiere el n.º 2 del mismo artículo, pero también en el caso presente, en el que teniendo la vivienda mediante contrato de arrendamiento pretende conservarla ante la posición manifestada por la sociedad.

El artículo 250 de la LEC distingue entre la acción por precario y la acción de tutela sumaria de la posesión, aunque ambas estén encaminadas a la recuperación de la posesión, de forma que en el caso de la acción por precario la legitimación activa se reconoce a favor del dueño, usufructuario, o cualquier otra persona con «derecho a poseer», según la cual el desahucio en precario, para ser eficaz, ha de apoyarse en el fundamento, de parte del actor, de la posesión de la finca a título de dueño, usufructuario, o cualquier otro que le dé derecho

a disfrutarla, mientras que para el ejercicio de la acción de tutela sumaria de la posesión, se reconoce legitimación activa a quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute.

La acción para retener o recobrar; únicamente se reconoce legitimación activa a quien se encuentre en el disfrute de la cosa, y lo que pretenda sea una rápida protección para la continuación en el goce pacífico de la cosa, como situación de hecho, en la que haya sido perturbado o de la que haya resultado despojado.

La jurisprudencia respecto de la acción sumaria de la posesión tiene su fundamento en la conveniencia de un logro acelerado y provisional, dando solución momentánea al conflicto suscitado, viniéndose de este modo a prohibir aquellos actos de los particulares que unilateralmente, y por su propio poder, quieran imponer por propias vías de hecho, desentendiéndose de los instrumentos jurídicos y de los cauces jurisdiccionales que todo Estado de derecho concibe y habilita, pues la apariencia posesoria debe ser absolutamente merecedora de respeto, por lo que toda destrucción de la misma ha de consumarse acudiendo a los medios jurídicos que el derecho proporciona, como reconocía la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1979.

Esa finalidad se mantiene en la actualidad, y así puede mencionarse la sentencia de esta Sala Primera 467/2016, de 7 de julio (NCJ061587), que ha insistido en el dato esencial de que la discusión sobre el título constitutivo del eventual derecho a la posesión del demandante interdictal excede del ámbito de esta clase de procedimiento, pues se trata de un simple proceso sumario en el que no se deciden definitivamente cuestiones de propiedad o de mejor derecho a poseer, reservadas para su posterior juicio declarativo, dado que basta para otorgar al actor la protección interdictal con la existencia de una apariencia razonable de titularidad, por cuanto es suficiente tal apariencia para que se mantenga el *statu quo* que el demandado ha pretendido alterar, dada la naturaleza cautelar del proceso que, se concibe, únicamente, en función de otro principal e incluso en ocasiones posterior del que es procedimiento instrumental o subordinado (STS de 8 de febrero de 1982).

Por tanto, son procesos cautelares, conservativos y dirigidos a la tutela de la posesión como hecho, con objeto de evitar por razones de orden público y paz social la defensa privada, y en los que no se discute ni el derecho de propiedad ni cualquier otro, que otorgue el mejor derecho a poseer, sino la realidad fáctica de la situación posesoria violentada. Se trata de una mera garantía para mantener el orden público, evitando los conflictos que pudieran generarse de acudir a las vías de hecho, y que concede la tutela provisionalmente, con independencia del derecho sustantivo subyacente.

Las acciones dirigidas a la tutela sumaria de la posesión han de tener los siguientes requisitos:

1. Que el actor (o su causante) se halle en la posesión o en la tenencia de la cosa o derecho, entendida como situación de hecho ostensible, al margen de toda

- consideración sobre el título jurídico que pudiera ampararla; debe quedar establecida la concreta delimitación del ámbito material de lo poseído.
2. Que el actor haya sido inquietado o perturbado, o haya sido despojado de dicha posesión o tenencia.
 3. Que la acción se dirija contra el causante del despojo, bien por haberlo realizado materialmente, bien por haberlo ordenado.
 4. Que la demanda se interponga antes de haber transcurrido un año desde el acto obstativo a la posesión de la cosa, plazo que se considera de caducidad (arts. 439.1 LEC y 460.4.º CC).

Además, debe mencionarse que de acuerdo con el artículo 444 del CC se establece que los actos meramente tolerados no afectan a la posesión y, como consecuencia de ello, se han venido negando las acciones de tutela sumaria de la posesión al usuario por mera tolerancia, cuando se trata de actos que supongan la utilización parcial y no continuada de la cosa. Pero cuando esas acciones recaen sobre un verdadero estado posesorio, que conlleva la utilización o disfrute de manera continuada y exteriorizada, se ha admitido la procedencia de la acción que nos ocupa frente al despojante (STS 467/2016, de 7 de julio).

Es conveniente distinguir las nociones de despojo y de perturbación:

El despojo, se corresponde con aquellos hechos materiales que se concretan en la privación total o parcial del goce de la cosa poseída.

La perturbación se identifica con las conductas que, sin la voluntad del poseedor o en contra de ella, suponen una invasión o una amenaza de invasión de la esfera posesoria que, sin llegar a su privación, la pone en duda e impide o dificulta su libre ejercicio, tal y como venía realizándose antes de la inquietación. En el ámbito de la perturbación posesoria se incluye no solo la que tiene un efecto material actual, sino que también comprende todo acto o conducta que manifieste la intención de inquietar o despojar al poseedor, de forma que este tenga fundados motivos para creer que será inquietado o perturbado. La perturbación de la posesión puede venir, no solo de actos materiales, sino también de meras expresiones verbales (STS 477/2011, de 7 de julio [NCJ055429]), siempre que se concreten en actos o expresiones exteriores, precisos y claros, conducentes a la privación, total o parcial, del goce de la cosa poseída o en la alteración del estatus anterior que se pretende restaurar a través de la acción de protección sumaria de la posesión.

2. Estamos en presencia de un contrato de arrendamiento en el que la arrendataria construye un tabique, y que mediante una junta de socios se acordó eliminarlo, y además no consta acto o expresión alguna de oposición a dicha obra y posesión, ni haberse ejercitado acción de resolución del arrendamiento por obras in consentidas o interdicto posesorio de recuperación. Por ello la posesión durante más de 10 años, y que se ha tolerado por

la sociedad, ha determinado la existencia de un verdadero estado posesorio, derivado del disfrute continuado y exteriorizado, no actos meramente tolerados. No debe transcurrir el plazo de un año desde la celebración de la junta. Debe tener además, por tanto, una apariencia razonable de titularidad a los meros efectos de una decisión provisional y sumaria, sin tener que decidirse en este momento sobre el título habilitante, siendo la decisión definitiva solo de manera provisional.

Por otro lado, no debe desconocerse la posibilidad de entablar otra acción contra la decisión de la junta de accionistas, pero en caso de no ejercitarse, la acción de tutela de la posesión no se elimina con la simple alegación de estar en la creencia de que se ejerce un derecho, siendo el ánimo elemento definitorio tan solo en aquellos supuestos de actuaciones ocasionales o equívocas que, incidiendo en el normal disfrute de la posesión ajena, puedan dar o no lugar a la presentación de la acción dirigida a la protección de la posesión, según la finalidad con la que se llevan a cabo. Por tanto, debe indicarse que la perturbación generada no se elimina con la sola alegación de que se está en la creencia de ejercer un derecho.

En conclusión, si lo que se protege con la tutela sumaria de la posesión es la existencia de una posesión real existente, y además tolerada, sin dar lugar a actuaciones o actos procesales, más haya del acuerdo social dirigido a eliminar las obras realizadas, que supone una perturbación en la posesión que el socio tenía por medio de contrato, y que se vio sorprendido por el acuerdo social.

La protección de la posesión real, existente y tolerada se protege con el procedimiento encaminado a eliminar esa perturbación, y ello sin perjuicio de la posible presentación de otras acciones, como la dirigida contra el acuerdo social. Sin embargo, esta acción no debe tener preferencia o prioridad entre las posibles que puedan ejercitarse, y siendo la acción encaminada a la protección sumaria de la posesión que recoge el artículo 250.1.4.º de la LEC, permite al socio/arrendatario su ejercicio para la protección de sus derechos, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución, que regula el derecho a la tutela judicial efectiva.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 441, 444, 446 y 460.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, arts. 439, 447.2 y 250.1.4.º.
- SSTs de 21 de abril de 1979; 1110/2008, de 25 de noviembre; 79/2011, de 1 de marzo, y 467/2016, de 7 de julio.

Reconocimiento y ejecución en España de las resoluciones extranjeras

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Una vez reconocida en España una sentencia, ya tendrá el carácter de ejecutiva y le serán aplicables al título las disposiciones comunes de la LEC; incluso se podrá pedir una ejecución parcial del fallo. Hay que acudir previamente al procedimiento previsto en los artículos 44 y siguientes de la Ley 29/2015, para después instar el específico regulado en los artículos 548 y siguientes de la norma procesal.

La petición, en definitiva, de ejecución de una sentencia cuyas visitas no se cumplen, dadas las circunstancias, analizado el juicio de los menores, su interés, su edad, pudiera no aconsejar el cumplimiento de la misma.

Siempre se alude a sentencias firmes, y aun cuando no se diga expresamente «procedimientos de mutuo acuerdo», la Ley 29/2015 no excluye el requisito indicado.

La recusación es extemporánea, se sabía con anterioridad a la comparecencia, y el débil motivo alegado del informe contrario decae ante la evidencia de los argumentos legales, o por el mero hecho de que la psicóloga es diferente.

Palabras clave: resoluciones judiciales extranjeras; ejecuátur; reconocimiento; ejecución.

Fecha de entrada: 12-02-2021 / Fecha de aceptación: 25-02-2021

Enunciado

Elena, divorciada en Venezuela, vive en España. Tiene dos hijos menores de edad y no sabe nada del padre desde que abandonó su país de origen para venir a vivir y trabajar aquí. Como quiera que el padre incumple lo acordado en la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada en el extranjero, la madre pretende que pague los alimentos y busca la ejecución del fallo en España. Pide también que los hijos visiten al padre con la regularidad que sea posible y conforme a lo estipulado en la sentencia. Pero los hijos, de 15 y 16 años de edad, no quieren saber nada del padre y se niegan a cumplir la sentencia. Interpone entonces demanda ejecutiva en España, que se inadmite por ser de otro país y carecer del trámite procesal previo pertinente, y porque no consta en la sentencia su carácter de firme, aun cuando se trate de una resolución de mutuo acuerdo. Presenta escrito cautelar para solicitar lo mismo que con la demanda ejecutiva anteriormente inadmitida, por la vía del artículo 158 del CC. Se admite el escrito por su carácter excepcional y de urgencia, al residir en nuestro país, y por el juzgado se acuerda el informe sucinto y urgente sobre los hijos, quienes, una vez más, se oponen a relacionarse con el padre. El informe respeta la decisión de los hijos y se pronuncia en contra de la relación, aun admitiendo el carácter atípico de esta conclusión. El auto rechaza las cautelares. Con el tiempo, el padre viaja a España, reside en España y comienza a trabajar aquí. La madre vuelve a solicitar el cumplimiento de la sentencia. Al no cumplir con los requisitos legales, nuevamente se inadmite la demanda ejecutiva. Recurrida, la audiencia confirma la inadmisión. Finalmente, inicia el camino de unas nuevas cautelares recusando expresamente a la psicóloga después de la comparecencia, que realiza un informe sucinto, impropio en este tipo de procedimientos de urgencia. La recusación tiene el siguiente fundamento: haber intervenido previamente en las otras cautelares y dictado un informe contrario a los intereses de la madre.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Es correcta la decisión de inadmitir la demanda de ejecución?
2. ¿Es normal que el auto de cautelares de prevalencia a la opinión de los hijos sobre la madre?
3. ¿Tiene alguna relevancia la falta de acreditación de la firmeza de la sentencia extranjera?
4. ¿Es procedente la recusación que pretende la madre?

Solución

1. ¿Es correcta la decisión de inadmitir la demanda de ejecución?

La cuestión se centra en determinar los motivos procesales, o la ausencia de requisitos procesales mínimos para su admisión; o bien, entender cuál es la naturaleza del procedimiento que se insta para colegir la vía procesal adecuada. La mujer, a través de su representación procesal (se supone), debe presentar en el decanato un escrito solicitando la ejecución de una sentencia de divorcio dictada en Venezuela. Obsérvese que se dice «interpone demanda ejecutiva en España». No se dice que, reconocida en España, se interpone ahora su ejecución. Porque una cosa es dicha ejecución directa y otra el reconocimiento *ex ante*. Lo primero que nos viene a la cabeza es la regulación de las ejecuciones en nuestro ordenamiento jurídico, y, en este supuesto, la ejecución en los procesos de familia y el fundamento del título judicial (sentencia). La LEC regula este tipo de procedimientos a partir del libro III, título 1.º, capítulo 1.º. Este último comienza con el artículo 517, y el párrafo 2.1.º considera título que lleva aparejada ejecución «la sentencia de condena firme». La sentencia de divorcio es, por tanto, un título ejecutivo que debe acreditarse como «firme». Nada dice el caso, pero se sobreentiende que la firmeza de la resolución es básica. Obsérvese que también, y de manera más específica, el 523 nos dice: «Para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional». Siendo un título no se cuestiona que pudiera pedirse su ejecución en España por extranjeros. Pero ¿a dónde hemos de acudir para poder determinar la jurisdicción y la competencia? El artículo 4 de la LOPJ reconoce la competencia de los tribunales españoles para conocer de todas personas, de todas las materias y en todo el territorio nacional. Si este artículo lo ponemos en relación con el 22.6, llegamos a la inequívoca conclusión de que la mujer puede presentar su escrito en España para el reconocimiento de su sentencia aquí; baste con leerlo. Este artículo confiere competencia exclusiva a los tribunales españoles, con carácter exclusivo y excluyente. Y si analizamos la competencia territorial, esa mujer debe dirigir su demanda al juzgado

de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera. Subsidiariamente, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o por el lugar en el que la resolución deba producir sus efectos, siendo competente, en último caso, el Juzgado de Primera Instancia ante el cual se interponga la demanda de ejecución (art. 52 de la Ley 29/2015, de 30 de julio).

Visto lo anterior, tenemos el presupuesto procesal que nos permiten entrar a conocer la demanda presentada. Sin embargo, la pregunta sugiere que la letrada de la Administración de justicia la ha rechazado de plano, ha dictado decreto de inadmisión. ¿Por qué? Esa es la pregunta.

La respuesta ya se ha apuntado indiciariamente cuando hemos mencionado el artículo 22.6 de la LOPJ, porque estamos refiriéndonos al reconocimiento para la ejecución de una sentencia extranjera. Al ejecutur. Antes de solicitar la ejecución hay que pedir el reconocimiento, y la norma de aplicación es la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, cuyo artículo 2 nos indica las fuentes legales de aplicación al caso: La cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por: a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte. b) Las normas especiales del Derecho interno y, subsidiariamente, por la presente ley. Y como no son aplicables los apartados a) ni b), es esta norma la que se debe tener en cuenta.

Si esta es la norma, el artículo fundamental para admitir o no a trámite el escrito-demanda será el 54, según el cual, la demanda se debe ajustar a las previsiones legales del artículo 399 de la LEC, acompañando: a) El original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados. b) El documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente. c) Cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada por el tribunal de origen. d) Las traducciones pertinentes con arreglo al artículo 144 de la LEC. Y si nos fijamos en el 403, la demanda no se admite porque es un supuesto claro contrario a la ley: se trata de ejecutar directamente en España una sentencia extranjera que debe pasar previamente por el procedimiento de ejecutur previsto en la Ley 29/2015. No se cuestiona la competencia del juzgado de 1.ª instancia, porque el artículo 85.5 de la LOPJ es claro: son competentes en el orden civil estos juzgados para estas solicitudes de ejecutur.

Sucede, en definitiva, que de la combinación de los preceptos indicados surge la necesidad, por el letrado de la Administración de justicia, de examinar la demanda presentada y,

en el caso de que apreciase la falta de subsanación de un defecto procesal o de una posible causa de inadmisión, con arreglo a las leyes procesales españolas, procederá a dar cuenta al órgano jurisdiccional para que resuelva en plazo de diez días sobre la admisión en los casos en que estime falta de jurisdicción o de competencia o cuando la demanda adoleciese de defectos formales o la documentación fuese incompleta y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo de cinco días concedido para ello por el secretario judicial.

Finalmente, se sobreentiende que otros motivos de inadmisión pueden estar justificados en la falta de firmeza de la sentencia –como se indica en el caso–. Una vez reconocida en España esa sentencia ya tendrá el carácter de ejecutiva y le serán aplicables al título las disposiciones comunes de la LEC; incluso se podrá pedir una ejecución parcial del fallo. La mujer, a través de su representación legal, tendrá que acudir al procedimiento previo previsto en el artículo 44 y siguientes de la Ley 29/2015, para después instar el específico regulado en los artículos 548 y siguientes de la norma procesal.

2. ¿Es normal que el auto de cautelares otorgue prevalencia a la opinión de los hijos sobre la madre?

Es cierto que las sentencias han de ser ejecutadas en sus propios términos y, por consiguiente, de establecerse un sistema de visitas lo normal es que se cumplan. Así nos lo recuerda la STS, de 24 diciembre 2002:

La ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad ninguna (sentencias del Tribunal Constitucional 167/1987 y 92/1988), cuestión de esencial importancia para dar efectividad al establecimiento del estado social y democrático de Derecho que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la Jurisdicción, no solo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado, según se desprende del art. 117-3 CE (Sentencias del Tribunal Constitucional 67/1984 y 167/1987).

Sin embargo, la decisión del cumplimiento o no de una resolución que establece un régimen de visitas para con unos menores de 15 o 16 años presenta, por su edad, unas características que van más allá que la rigurosa y automática aplicación del principio de que son ambos, los dos progenitores, los que vienen obligados al cumplimiento, y sin que la negativa de un hijo pueda exonerar a la madre, o al padre, de dicha obligación de hacer cumplir con la resolución judicial, porque como dice la SAP de Madrid, sec. 24.^a, de 2 de diciembre de 2010, núm. 1300/2010, rec. núm. 830/2010:

Tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración Judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose, por ello, al Juzgador, como antes hemos recogido, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación, convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor.

Es decir, las circunstancias –a lo que se podría añadir la edad de los hijos–, matiza y modula esa exigencia procesal del cumplimiento de las sentencias en sus estrictos términos.

Guiados por este criterio y aplicados al caso, la opinión de los menores, si está fundada, nos permitiría deducir que el derecho de ser escuchados implica, no solo tener en cuenta lo que ellos quiere, aun contrario a lo que los padres desean, sino el respeto de su voluntad, siempre y cuando no obedezca a un capricho infundado y pernicioso para ellos. La madre, o el padre, por el mero hecho de que ostenten la patria potestad, o la guarda, no les confiere un derecho absoluto superior al derecho de los hijos. Pero el problema radica cuando está amparado por una sentencia judicial que obliga a los hijos a relacionarse con

el padre. Pues bien, la edad de ambos es importante. Son múltiples las sentencias que tratan de conciliar ese derecho a que se cumplan las resoluciones judiciales con la oposición frontal de los hijos. Lo que ha motivado la construcción de una jurisprudencia menor en las audiencias que intenta encontrar una solución a un problema más habitual de lo que parece, unas veces por el posicionamiento enquistado de los progenitores que aleccionan a los hijos en contra del no custodio, otras porque los hijos sencillamente no quieren ver a uno de los dos padres. Pues bien, la edad es importante (en nuestro caso 15 y 16 años), y el juicio que tengan, más aún; porque su opinión debe ser escuchada (art. 9 LOPJM 1/1996).

En este sentido es significativa la SAP de Ciudad Real, núm. 124, de 30 de diciembre de 2008:

Dicha alegación –referida a la negativa de una hija a relacionarse con su padre y cumplir, por tanto, con el régimen acordado en la sentencia– pudiera tener alguna virtualidad a los fines de ser ponderada en el caso de ciertas edades, y en este sentido, se pudiera plantear la dificultad de hacer cumplir un régimen de visitas con una menor de catorce años si esta se niega obstinadamente.

Por otro lado, importa resaltar que, en materia de visitas, ha de valorarse, más que el interés de los progenitores, el principio del *favor filii* (STS de 30 de marzo de 1991). Y como dice la SAP de Guadalajara, sec. 1.ª, de 5 de febrero de 2004, núm. 20/2004, rec. núm. 328/2003:

También es cierto y ha de considerarse que en las cuestiones afectantes a los hijos no deben adoptarse soluciones traumáticas que vayan en contra de la voluntad de los mismos cuando dichos hijos cuentan ya con una edad suficiente como para poder ser oídos y ser tenidas en consideración sus decisiones y deseos,

sobre todo cuando hay factores o elementos que permiten valorar su criterio, deducidos de la prueba y tras la comparecencia y la exploración. Finalmente, alguna resolución judicial hace referencia a evitar «ejecuciones inútiles».

La petición, en definitiva, de ejecución de una sentencia cuyas visitas no se cumplen, dadas las circunstancias, analizado el juicio de los menores, su interés, su edad..., pudiera no aconsejar el cumplimiento, con lo cual estaríamos excepcionando ese principio elemental de que las sentencias se deben cumplir en sus estrictos términos, adaptado el rigorismo de tal aserto en la realidad de no poder imponer una ejecución forzosamente, dadas las peculiaridades del caso.

3. ¿Tiene alguna relevancia la falta de acreditación de la firmeza de la sentencia extranjera?

Parte ya ha sido contestada en la primera. Pero, ahora, procede profundizar.

El caso nos indica: «no consta en la sentencia su carácter de firme, aun cuando se trate de una resolución de mutuo acuerdo». La precisión del mutuo acuerdo está puesta porque

plantea dudas si cabe exigir la firmeza en estos casos, a diferencia de las resoluciones contenciosas, y según la redacción del artículo 47 de la Ley 29/2015, en sus apartados 1.º y 2.º. Pero siempre se alude a sentencias firmes, y aun cuando no diga expresamente «procedimientos de mutuo acuerdo», no hay motivos para excluirlos del requisito indicado; luego confirmado por el 43 («aquella resolución contra la que no cabe recurso en el Estado de origen»), e indirectamente por el 46, cuando solo permite el reconocimiento de las sentencias firmes, excluyendo las que no respeten los criterios de la norma. El precepto no contradice la conveniencia de la acreditación de la firmeza de la resolución *a posteriori* por quien ostente la condición de fedatario del tribunal, pues el tenor de nuestro artículo 54 es claro:

Cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada por el tribunal de origen.

4. ¿Es procedente la recusación que pretende la madre?

El artículo 124.3.1.^a de la LEC se refiere a haber intervenido previamente en otro informe desfavorable como una causa de recusación de peritos. Sería suficiente con decir que nos hallamos en un procedimiento de cautelares diferente. Hubo dos cautelares. La SAP de Madrid, sec. 22.^a, de 26 de noviembre de 2013, núm. 926/2013, rec. núm. 1717/2012 nos recuerda:

En puridad, no nos encontramos en el mismo asunto, por más que concorra identidad de afectados. El previo dictamen se emitió en proceso de divorcio y el que nos ocupa, en uno de modificación de medidas (artículo 775 de la LEC). «Bien es cierto que son cautelares y que el procedimiento es similar. Si se duda entonces de este criterio como exculpante y pretendemos seguir validando la intervención del segundo psicólogo. Esto, precisamente, ser otro psicólogo también es relevante para dilucidar si puede prosperar la recusación, como determinante también lo es el momento en que se recusa –después de la comparecencia o vista de cautelares–. Como en estos casos no cabe hablar de nombramiento por insculación de los peritos en los ET adscritos a los juzgados, y no puede dudarse de la imparcialidad de los miembros que conforman esos equipos técnicos» (SAP Madrid de 20 julio de 2016), siguiendo los argumentos de la SAP Madrid, de 14 de marzo de 2014, diremos: «no son susceptibles de recusación las peritos integrantes del Equipo Psicosocial, Psicóloga y Trabajadora Social, toda vez que no fueron designadas por el tribunal mediante sorteo, de donde tal presupuesto no concurre en autos, y no es por ende recomendable el pretender que se remueva a profesionales adscritas al propio Juzgado, lo que hubiera conducido a rechazar y desestimar la recusación de las peritos, careciendo así de toda razón de ser.» Se podría decir que recusar sin motivar las causas, solo diciendo que el informe anterior es contrario a sus intereses, cuando ahora, además, es otro el perito que lo emite, supo-

ne no acreditar «la presencia de ninguna de las causas legales de recusación por la que ninguno de los técnicos intervinientes sea sospechoso de intervenir con parcialidad» (AP Barcelona de 14 abril de 2016). Y, como también indica la SAP de Teruel sobre la parcialidad o no de los peritos: «es evidente que los informes emitidos por el equipo técnico del Instituto de Medicina Legal no son ni favorables ni contrarios, sino que únicamente ponen de manifiesto las circunstancias psicológicas y sociales de los litigantes, con el fin de ilustrar la decisión judicial».

Finalmente, abundando en el extemporáneo momento de recusación, también sirve para rechazarla, que la causa no fue conocida posteriormente a la vista; por eso la SAP de Madrid de 20 de julio de 2016 nos recuerda: Si la causa de la recusación fuera anterior a la designación, el escrito deberá presentarse dentro de los dos días siguientes al de la notificación del nombramiento. Si fuera posterior a la designación, pero anterior a la emisión del dictamen, el escrito de recusación podrá presentarse antes del día señalado para el juicio o vista o al comienzo de los mismos. Después del juicio o vista no podrá recusarse al perito, sin perjuicio de que aquellas causas de recusación existentes al tiempo de emitir el dictamen, pero conocidas después de aquella, podrán ser puestas de manifiesto al tribunal antes de que dicte sentencia, y si esto no fuese posible, al tribunal competente para la segunda instancia (art. 125 LEC). En fin, no puede prosperar la recusación por los abundantes argumentos que han sido expuestos.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 117.3.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 4, 22.6 y 85.5.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 124.3, 125, 144, 399, 517, 523 y 775.
- Ley 29/2015 (cooperación jurídica internacional en materia civil), arts. 2, 44, 47, 52 y 54.
- SSTC 67/1984, 167/1987 y 92/1988.
- SSTS de 30 de marzo de 1991 y 24 de diciembre de 2002.
- SSAP de Barcelona de 14 abril de 2016; de Ciudad Real, núm. 124, de 30 de diciembre de 2008; de Guadalajara, sec. 1.ª, núm. 20/2004, de 5 de febrero, rec. núm. 328/2003; de Madrid, sec. 24.ª, núm. 1300/2010, de 2 de diciembre, rec. núm. 830/2010; y sec. 22.ª, núm. 926/2013, de 26 de noviembre, rec. núm. 1717/2012.

Expropiación forzosa y contrato administrativo

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF-*

Extracto

Encuadrado este caso en las figuras administrativas que sirven de cabecera, expropiación y contrato administrativo, se cuestiona la legalidad de distintas situaciones producidas en las mismas, tales como la existencia de una posible vía de hecho en el procedimiento expropiatorio; la interpretación del silencio de la Administración a la hoja de aprecio realizada por el propietario; la posible ilegalidad de la composición del jurado de expropiación; el rechazo de las ofertas por la mesa de contratación en el contrato de obras; impuestos a pagar por el justo precio; la no motivación de no dividir en lotes el objeto del contrato; el ajuste a derecho de la reversión pedida; la justificación o no del expediente de contratación de urgencia y el posible retraso en el inicio de la ejecución de las obras.

Palabras clave: expropiación; justo precio; contrato de obras; vía de hecho; silencio administrativo.

Fecha de entrada: 30-01-2021 / Fecha de aceptación: 19-02-2021

Enunciado

Don ABC es titular de una finca dedicada, parte a pastos para la crianza de ganado, y parte para regadío, con una extensión de una hectárea y que resulta colindante con la carretera comarcal que conduce a la autovía 0-00. Tal y como había anunciado en el programa electoral el presidente del Gobierno, el ministro de Fomento, en ejecución de un programa de carreteras aprobado por él, pretende suprimir algunos tramos curvos en una carretera, integrante de la red nacional, de acceso a XXX y darle más anchura para hacerla más rápida y segura.

Un buen día, don ABC acudió a su finca y se encontró con que en ella se hallaban algunos operarios cortando los árboles y que decían actuar por orden del ministro de Fomento, quien había acordado días antes la expropiación parcial de la finca.

Revisadas y anuladas todas las actuaciones anteriores y tramitado el expediente de expropiación forzosa resulta que el terreno en cuestión venía clasificado por el plan general de ordenación urbano del municipio como suelo no urbanizable de especial protección, estando prohibida toda obra salvo las precisas para el mantenimiento de aquella condición. Enterado el ayuntamiento, se opone a la expropiación porque supondría una vulneración clara del ordenamiento jurídico vigente, toda vez que el plan general es norma jurídica. Por ello, anuncia el recurso oportuno.

En la pieza separada de justiprecio, no convino con la Administración expropiante aquel por lo que el expediente fue remitido al jurado provincial de expropiación el día 22 de mayo.

Reunido el mismo, el día 31 de mayo, concurrieron como vocales técnicos un arquitecto y un perito agrónomo, amén del resto de componentes que marca la ley. En la sesión determinaron el justiprecio de la parte de la finca rústica expropiada a don ABC. Contra esta resolución, notificada el 10 de junio, interpuso el expropiado recurso de reposición a los 15 días de notificada aquella. En el recurso, entre otros motivos, se alegaron:

- a) Que se había producido silencio administrativo estimatorio, debiendo quedar valorada la parte de la finca en la cantidad que había señalado en su hoja de aprecio.
- b) Defectuosa composición del jurado respecto a un vocal técnico.
- c) Que no se le había notificado la composición del jurado.

Pagado el justiprecio, se pregunta don ABC si deberá pagar alguna cantidad en concepto de impuestos (IVA, transmisiones patrimoniales, actos jurídicos documentados y sobre la renta de las personas físicas), puesto que el artículo 49 de la LEF señala que el pago del precio está exento de toda clase de impuestos, gastos y gravámenes o arbitrios.

Al transcurrir 5 años y 2 meses desde el acuerdo de expropiación sin que se hubiese iniciado obra alguna en la finca de don ABC, este solicita mediante escrito la reversión de la finca.

Finalmente, es de hacer constar que en las obras de la carretera, que habían provocado la expropiación forzosa de parte del terreno de don ABC, era preciso ocupar unos terrenos de otro propietario para el depósito de materiales. Se desea saber el procedimiento a seguir para dicha ocupación, teniendo en cuenta que en el terreno se ubica la vivienda de su titular.

Para la realización de las obras, se tramita el oportuno contrato por un director general del ministerio competente por razón de la materia por un valor estimado de 1 millón de euros.

Entre las ofertas presentadas se encuentran las siguientes:

- a) Una empresa, SL, cuyo capital social pertenece al cuñado del titular del órgano de contratación.
- b) Otra empresa, SA, sancionada con carácter firme en vía administrativa por el órgano competente por una infracción en materia de disciplina de mercado. Esta empresa, en el momento de la licitación del contrato, había abonado la multa e indemnizaciones impuestas en la sanción y se había comprometido a la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas.
- c) Finalmente, otra empresa, SL, que había incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable en otra licitación anterior respecto a un contrato que había celebrado con una comunidad autónoma.

Ante estas circunstancias, la mesa de contratación acabó excluyéndolas del procedimiento de licitación.

Es de resaltar, igualmente, que en el expediente de contratación incoado no se justificó la decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, lo que provocó la interposición de recurso por parte de una empresa que no fue participante en la licitación, cuyo objeto so-

cial era la de realización de obras. El recurso fue interpuesto contra el acuerdo de aprobación del expediente de contratación.

Aprobado el expediente y la autorización correspondiente del gasto, se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares por el órgano de contratación. Pasado un tiempo, este apreció que había habido un error material de hecho en una de las cláusulas establecidas en el mismo consistente en que se había establecido el procedimiento abierto como forma de adjudicación, cuando, en realidad, lo que se quería ver expresado era el procedimiento restringido, por ello dictó la oportuna resolución señalando que, debido al error, se procedía a su corrección a través de la presente resolución, acordando como forma de adjudicación el procedimiento restringido.

Finalmente, es de señalar que el procedimiento se tramitó bajo la modalidad de urgente, debido a los continuos y repetidos accidentes de tráfico que ocurrían en ese tramo de la carretera donde se pretendía suprimir las curvas existentes.

Adjudicado el contrato el día 8 febrero, no se inició la ejecución hasta el día 21 de marzo.

Cuestiones planteadas:

1. Comente el ajuste a derecho del acuerdo de expropiación acordado por el ministro de Fomento.
2. ¿Cómo podría don ABC paralizar la actuación de los operarios para evitar que se siga alterando la realidad física de su finca? ¿Cómo puede reaccionar don ABC ante esta situación para paralizar la actuación de forma inmediata? ¿A qué vía jurisdiccional debe acudir? ¿Qué podría exigir don ABC al dirigirse a la Administración y a los tribunales?
3. Comente el recurso del ayuntamiento por que el suelo se recoge en el plan general como suelo rústico de especial protección.
4. ¿Cómo deberá resolverse el recurso de reposición interpuesto contra la resolución del jurado de expropiación?
5. ¿Debe devolverse la finca a don ABC?
6. ¿Estaba obligado a pagos de algún impuesto (IVA, transmisiones patrimoniales, actos jurídicos documentados o sobre la renta de las personas físicas), recibido el importe del justiprecio por parte de don ABC?
7. ¿Cuál será el procedimiento que debe seguir la Administración para ocupar el terreno necesario para el depósito de materiales de la obra?
8. Comente el ajuste a derecho o no del acuerdo de la mesa de contratación excluyendo a las tres empresas a que se refiere el relato de hechos. ¿Cómo se po-

drían defender frente a esta exclusión? Si se estimara la pretensión de alguno o de todos los excluidos, ¿qué se acordará en la resolución?

9. Informe, razonadamente, sobre las consecuencias jurídicas de que no se justificara por el órgano de contratación la no división en lotes del objeto del contrato.
10. Comente el ajuste a derecho o no de la resolución dictada por el órgano de contratación procediendo a la rectificación de un error material consistente en la determinación de un nuevo procedimiento de adjudicación.
11. ¿Tiene alguna consecuencia la circunstancia de que el contrato se adjudicara el día 8 de febrero y no se iniciará la ejecución hasta el 21 de marzo?

Solución

1. Comente el ajuste a derecho del acuerdo de expropiación acordado por el ministro de Fomento

El acuerdo de expropiación adoptado por el ministro de Fomento, si fue adoptado aisladamente, no es válido en derecho, puesto que, o bien se ha declarado por ley la utilidad pública, o bien, para que pueda declarar la expropiación implícitamente, es preciso la aprobación previa de un plan de obras o servicios, sin que se pueda adoptar el citado acuerdo de forma aislada.

En este sentido, los artículos 9, 10 y 11 de la Ley de expropiación forzosa (LEF) son claros al respecto. Artículo 9: para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado.

Artículo 10, la utilidad pública se entiende implícita, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, provincia y municipio. En los demás casos en que por ley se haya declarado genéricamente la utilidad pública, su reconocimiento en cada caso concreto deberá hacerse por acuerdo del Consejo de Ministros, salvo que para categorías determinadas de obras, servicios o concesiones las leyes que las regulan hubieren dispuesto otra cosa.

Artículo 11: en todos los casos no previstos en el artículo anterior y relativos a bienes inmuebles, siempre que no se trate de los que con arreglo a esta ley se regulan por disposición especial, la declaración de utilidad pública deberá hacerse mediante ley aprobada en Cortes.

En materias de carreteras, el artículo 7.1 de la Ley de Carreteras 37/2015, de 29 de septiembre (LC), señala que el plan estratégico de las carreteras del Estado es el instrumento

técnico y jurídico de la política sectorial de carreteras, y debe contener las previsiones y objetivos que cumplir y las prioridades de actuación en relación con carreteras estatales y sus elementos funcionales con sujeción, en su caso, a la planificación de ámbito superior de carácter territorial, económico o intermodal. Y en el apartado 3, que el plan estratégico se aprobará y modificará por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Fomento, previo informe del Consejo Asesor de Fomento, oídas las Administraciones autonómicas y locales y los sectores que puedan resultar afectados, en la forma que reglamentariamente se determine. Finalmente, en el apartado 4, que el plan estratégico de las carreteras del Estado tendrá carácter vinculante para las actuaciones previstas en la red de carreteras del Estado. No obstante, el Ministerio de Fomento podrá excepcionalmente acordar la ejecución de actuaciones o de obras no previstas en el plan estratégico de carreteras en caso de reconocida urgencia o excepcional interés público debidamente fundados, siempre que los mismos no supongan modificaciones sustanciales de las características de sus tramos.

Por tanto, el ministro carece de competencia para acordar expropiación alguna.

Lo que sí podría es, según el artículo 10 es aprobar los programas de carreteras, que son el instrumento técnico y jurídico de la política viaria, en parte, de una red de carreteras y deben contener las previsiones, objetivos y prioridades en relación con aquellos tramos de carreteras y sus elementos funcionales a los que se refieran. Pero estos programas no implican la declaración de utilidad pública e interés social, sino que, según el artículo 12.2 de la LC, la aprobación definitiva de los proyectos de carreteras del Estado es la que implica la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes, modificación de servicios y adquisición de derechos correspondientes, a los fines de expropiación, de ocupación temporal o de imposición o modificación de servidumbres.

Corresponde al Ministerio de Fomento promover y aprobar los programas de carreteras que afecten a las carreteras y elementos funcionales de las mismas de su titularidad, de acuerdo con la programación presupuestaria general del Estado.

Por otra parte, a tenor del artículo 73.2 de la Ley 40/2015, corresponde a los delegados del Gobierno ejercer la potestad expropiatoria, Y no a los ministros. El procedimiento se inicia con el acuerdo de necesidad de ocupación, que es competencia suya dictarlo.

2.

a) ¿Cómo podría don ABC paralizar la actuación de los operarios para evitar que se siga alterando la realidad física de su finca?

La actuación llevada a cabo por la Administración, sin seguir los trámites que exige la normativa sobre expropiación forzosa, supone, por una parte, una vulneración de la garan-

tía indemnizatoria que se reconoce en el artículo 33 de la CE a favor de la propiedad como derecho fundamental y, por otra, una actuación administrativa de la Administración constitutiva de la llamada vía de hecho, ya que ha actuado sin observar el procedimiento legalmente establecido.

Don ABC puede optar por varias vías, ante la clara infracción por parte de la actuación administrativa:

- Requerir, potestativamente, a la Administración el cese de la vía de hecho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). Si no es atendido el requerimiento, puede acudir a la vía contencioso-administrativa.
- Acudir directamente a la vía contencioso-administrativa y solicitar la adopción de medidas cautelares, reguladas en los artículos 129 a 134 de la LJCA, porque en caso de no suspenderse las obras, carecerá de sentido la resolución estimatoria de su pretensión en el momento que se dicte. Para que se adopte esta medida es preciso el *periculum in mora*, es decir, el perjuicio que se puede causar si no se suspende, y el *fumus bonis iuris*, o sea, la apariencia de buen derecho que presupone una valoración mínima respecto a la pretensión ejercitada y, repetimos, es claro que la Administración incurrió en vía de hecho, entre otros vicios. La suspensión puede llevarse a cabo en cualquier estado del proceso, según el artículo 129.1 de la LJCA, extendiéndose en su duración hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se haya acordado, o hasta que se finalice por cualquiera de las causas previstas en la ley, según el artículo 132.1 de la LJCA.
- Interponer recurso administrativo contra quien decretó la expropiación y, en el recurso, solicitar la suspensión que deberá ser acordada, tanto porque el vicio alegado es nulidad absoluta (art. 47.1.e de la Ley 39/2015, LPAC) como por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y, además, se pueden producir perjuicios de difícil o imposible reparación.

b) ¿Cómo puede reaccionar don ABC ante esta situación? ¿A qué vía jurisdiccional debe acudir?

La ley 39/2015 prohíbe los interdictos contra la Administración siempre que haya actuado en el ejercicio de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, luego cabe una lectura *a sensu contrario*, es decir, que si un órgano lleva a cabo actuaciones careciendo de competencia o sin respetar el procedimiento, se admite la reacción interdictal por los particulares (en la actualidad, procedimiento especial de protección posesoria).

La razón es obvia, si la Administración incumple gravísimamente el derecho, pierde sus privilegios procesales, debiendo colocarse en pie de igualdad con los particulares, de ma-

nera que estos se ven liberados de la carga de la prueba frente a la presunción de legalidad de la actuación administrativa que la vía de hecho destruye.

En este sentido, el artículo 125 de la LEF habla, aparte de los recursos administrativos y contencioso-administrativo, de que se pueden utilizar los demás medios legales pertinentes.

Podría acudir al juez de 1.^a instancia ejercitando la acción de tutela sumaria de la posesión, conforme a la Ley de enjuiciamiento civil del 2000.

c) ¿Qué podría exigir don ABC al dirigirse a la Administración y a los tribunales?

Como se analizaba anteriormente, don ABC podría potestativamente formular requerimiento ante la Administración para que se ordene el cese inmediato de la actuación constitutivas de vía de hecho, o bien podría acudir directamente a la vía contencioso-administrativa.

En vía contencioso-administrativa podrá formular sus pretensiones conforme a los artículos 31 y 32.2 de la LJCA. El artículo 32.2 establece que si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31. A su vez, este precepto establece que podrá pretenderse el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento, entre otras, la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda. En este caso, no cabe duda de que si ya se había producido actuación administrativa deteriorando la finca propiedad de don ABC, es claro que tendrá derecho a ser indemnizado en la cantidad que se pruebe como perjuicio.

3. Comente el recurso del ayuntamiento por que el suelo se recoge en el plan general como suelo rústico de especial protección

El artículo 16 de la LC, referente a la ordenación del territorio y ordenación urbanística, señala que:

1. Cuando se trate de llevar a cabo la construcción de carreteras o variantes u otras actuaciones en carreteras estatales que afecten a la ordenación territorial o al planeamiento urbanístico vigentes, el Ministerio de Fomento deberá remitir el estudio informativo aprobado inicialmente a las comunidades autónomas y entidades locales a las que afecte la actuación, al objeto de que examinen e informen en el plazo de un mes el trazado o actuación propuestos.

Transcurrido un mes más sin que dichas administraciones públicas hayan notificado sus respectivos informes, se entenderá que están conformes con la actuación propuesta. En caso de disconformidad, que necesariamente deberá ser motivada, el Ministerio de Fomento decidirá si procede continuar con la tramitación de la actuación, y en este caso la elevará al Consejo de Ministros, que resolverá si

procede aprobarla. En caso de ser así, el Consejo de Ministros ordenará la modificación o revisión, del planeamiento territorial, o urbanístico afectados, los cuales deberán acomodarse a las determinaciones de la actuación en el plazo de un año desde la aprobación de la misma.

2. Cuando el contenido de cualquier instrumento de ordenación territorial o urbanística, o de desarrollo de los mismos, que se encuentre en tramitación, esté afectado por lo establecido en un estudio de carreteras ya aprobado, el promotor del instrumento deberá incluir en el mismo, antes de su aprobación, las determinaciones necesarias para la plena eficacia de dicho estudio de carreteras.

3. No podrán aprobarse instrumentos de modificación, revisión, desarrollo o ejecución de la ordenación territorial y urbanística, que contravengan lo establecido en un estudio de carreteras aprobado definitivamente. El incumplimiento de la anterior prohibición comportará la nulidad de pleno derecho del instrumento de ordenación.

4. La regla establecida en el apartado anterior será también de aplicación a los estudios informativos de carreteras aprobados inicialmente, cuando ya hubieran sido sometidos a información pública y siempre que el plazo de suspensión de la aprobación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, no supere un año a contar desde la publicación del anuncio de la información al público de aquellos, o un año y seis meses en los casos excepcionales en que así se determine de manera motivada por el Ministerio de Fomento. Durante dicho plazo, la administración competente en materia de ordenación territorial o urbanística no podrá otorgar nuevas clasificaciones y calificaciones a los suelos afectados por los trazados y actuaciones de carreteras objeto del correspondiente estudio informativo, ni autorizaciones y licencias urbanísticas nuevas, salvo que se haya recabado y obtenido informe favorable del Ministerio de Fomento cuando las actuaciones pretendidas sean compatibles con las alternativas establecidas en aquel, o se limiten a la mera conservación y mantenimiento de lo existente.

4. ¿Cómo deberá resolverse el recurso de reposición interpuesto contra la resolución del jurado de expropiación?

En primer lugar, hemos de señalar que los acuerdos del jurado ponen fin a la vía administrativa, según el artículo 35.2 de la LEP, por lo que el recurso, aunque potestativo, era el procedente.

En relación con los motivos esgrimidos en el mismo:

- a) Que se había producido silencio administrativo estimatorio, debiendo quedar valorada la parte de la finca en la cantidad que había señalado en su hoja de aprecio

No tiene razón en este argumento, porque no existiendo plazo para resolver, el jurado de expropiación, desde que se le remite el expediente, ha de aplicar el plazo general de la Ley 39/2015, artículo 21.3, que es el de 3 meses. Efectivamente, en el presente caso había

transcurrido dicho plazo, sin embargo, como se trata de un procedimiento iniciado de oficio, debemos tener en cuenta el artículo 25 de la misma ley, que señala que en el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas favorables, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo. Por lo tanto, en este caso, el silencio era negativo o desestimatorio de su pretensión.

b) Defectuosa composición del jurado respecto a un vocal técnico

En este caso, sí parece tener razón respecto a que actúe un arquitecto como vocal técnico para valorar una finca rústica respecto de la que carece de los conocimientos suficientes para poder llevar a cabo tal valoración, no sucediendo lo mismo con el perito agrónomo, el otro vocal del jurado, que está especializado en la materia.

Sin embargo, las consecuencias de este defecto en la composición del jurado no se pueden determinar con carácter previo, sino que habrá que ver las consecuencias producidas y, sobre todo, si han originado algún tipo de perjuicio o indefensión al interesado. En este caso, al carecer el arquitecto de la debida formación para llevar a cabo a la valoración, puede entenderse que se ha producido un vicio de nulidad absoluta del artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, por vulnerar las reglas esenciales de formación de voluntad de los órganos colegiados, porque este arquitecto, ni por similitud o aproximación de conocimientos suficientes sobre la materia, parece idóneo para intervenir como vocal técnico en esta expropiación. Si, por el contrario, tuviese un título, aunque no fuese el exigido legalmente para intervenir en el jurado, pero que provocará una aproximación respecto al conocimiento exigido, podríamos hablar de una irregularidad no invalidante, sobre todo si su criterio coincide con el del otro vocal técnico, que es el entendido sobre la materia.

En conclusión, parece que concurre vicio de nulidad absoluta.

c) Que no se le había notificado la composición del jurado.

Esta razón no puede ser tenida en cuenta para la estimación del recurso porque, en primer lugar, en ninguna norma se establece que se deba notificar a los expropiados la composición del jurado y, en segundo lugar, porque si eso ha sucedido, ha sido por culpa del interesado, que no solicitó en ningún momento la identidad de los que componían el jurado provincial de expropiación, derecho que, como interesado en el procedimiento, le correspondía. Por otra parte, no se observa que la ausencia de esta notificación, repetimos, no exigida por norma alguna, pudiera producir ningún tipo de indefensión al expropiado.

La importancia de conocer la identidad y la profesión de los que conforman el jurado provincial de expropiación tiene su razón de ser, en primer lugar, en la posibilidad de ejercer la recusación si concurre alguna de las causas previstas en la Ley 40/2015 y, en segundo

lugar, en fiscalizar si los designados tienen la titulación suficiente para intervenir como tal en ese órgano colegiado. Pero repetimos, si no tuvo conocimiento de ello fue por su culpa, luego estamos en presencia de actos propios o consentidos.

Por otra parte, parece incongruente que afirme esto en un recurso cuando otro de los motivos del mismo, como hemos visto con anterioridad, era la inidoneidad del arquitecto como vocal técnico del jurado, lo cual significa que tuvo conocimiento de la titulación de los mismos.

5. ¿Debe devolverse la finca a don ABC?

No, por dos razones:

- 1.^a De acuerdo con el artículo 54 de la LEF, en defecto de esta notificación, el derecho de reversión podrá ejercitarse por el expropiado y sus causahabientes en los casos y con las condiciones siguientes: b) Cuando hubieran transcurrido 5 años desde la toma de posesión del bien o derecho expropiados sin iniciarse la ejecución de la obra o la implantación del servicio. Por tanto, el plazo no empieza a computar desde la declaración de expropiación (la declaración del acuerdo de necesidad de ocupación que inicia el expediente), sino desde la toma de posesión, en este caso, de la finca.
- 2.^a El artículo 64.2 del Reglamento de la expropiación forzosa señala que, en todo caso, transcurridos 5 años desde la fecha en que los bienes o derechos expropiados quedaron a disposición de la Administración sin que se hubiera iniciado la ejecución de la obra o establecido el servicio o 2 años desde la fecha prevista a este efecto, los titulares de aquellos bienes o derechos o sus causahabientes podrán advertir a la Administración expropiante de su propósito de ejercitar la reversión, pudiendo efectivamente ejercitarla si transcurren otros 2 años desde la fecha de aviso sin que se hubiere iniciado la ejecución de la obra o establecido el servicio. Por tanto, debió, en primer lugar, advertir a la Administración y, si transcurrieran otros 2 años sin iniciarse la obra, es cuando tendría el derecho a la reversión.

6. ¿Estaba obligado a pagos de algún impuesto (IVA, transmisiones patrimoniales, actos jurídicos documentados o sobre la renta de las personas físicas), recibido el importe del justiprecio por parte de don ABC?

Según el artículo 49 de la LEF, el pago del precio está exento de toda clase de gastos, de impuestos y gravámenes o arbitrios del Estado, la provincia, el municipio y la comunidad autónoma. Sin embargo, no se excluye necesariamente toda relevancia fiscal del negocio jurídico en que la expropiación forzosa se constituye, en tanto solo se determina que el propietario titular del bien o derecho expropiado debe recibir íntegramente el justiprecio señalado por el jurado o alcanzado de mutuo acuerdo en el seno del procedimiento expropiatorio.

El tratamiento tributario de la indemnización percibida por el expropiado no ha de variar, ya se le abone en metálico o en especie, pero sí es evidente que puede estar sometido a distintos tipos de impuestos. Así:

- Con relación al impuesto sobre el valor añadido, como la expropiación está sujeta y no exenta en el caso de que el expropiado sea persona física o jurídica que reúna la condición de empresario o profesional y la expropiación no sea de un bien o derecho propio de su giro o tráfico, esta constituirá hecho imponible del IVA, al configurarse con entrega de bienes por empresario o profesional. El expropiado será el sujeto pasivo, con la obligación de repercutir el IVA sobre el adquirente, ya sea la Administración expropiante o la beneficiaria de la expropiación. En tal caso, el importe de la deuda tributaria derivada del hecho imponible no disminuye el precio recibido.
- Respecto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, si el titular del bien objeto de expropiación es particular, en principio, la operación tras la transmisión del dominio o derecho patrimonial de que se trate estará sujeta al impuesto. Pero si la beneficiara en la Administración, estaría exento. De esta forma se respeta también el no gravamen del precio de la expropiación.
- Respeto al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos, la expropiación queda sometida a este tributo. Con carácter general está sujeto al impuesto, sin exención objetiva alguna, el incremento del valor de los inmuebles urbanos que se ponga de manifiesto o la transmisión coactiva del dominio sobre los mismos, siendo sujeto pasivo del impuesto el transmisor. Si la afectada por la expropiación es una Administración, está exenta.
- En relación con el impuesto sobre la renta de las personas físicas, el justiprecio constituye para el expropiado una ganancia o pérdida patrimonial, a los efectos de configuración de la base imponible del tributo en el ejercicio fiscal en que se recibe el pago de aquel. La expropiación supone un desplazamiento patrimonial que puede determinar una alteración en el valor del patrimonio del sujeto pasivo del impuesto manifestada con ocasión de una alteración en su composición, requisitos ambos precisos para que concurra al incremento o la disminución patrimonial.

7. ¿Cuál será el procedimiento que debe seguir la Administración para ocupar el terreno necesario para el depósito de materiales de la obra?

Es cierto que el artículo 12.3 de la Ley 37/2015, de Carreteras señala que, a los solos efectos de la ocupación temporal de los terrenos para la toma de datos y realización de prospecciones necesarias para la elaboración de los proyectos, la aprobación de los estudios informativos implicará la declaración de utilidad pública y la urgente necesidad de ocupación temporal de dichos terrenos.

Es la ley de expropiación forzosa la que da respuesta a esta cuestión, en concreto los artículos 108 y siguientes regula las indemnizaciones por ocupación temporal de fincas con motivo de la ejecución de obras. Este precepto está desarrollado por los artículos 125 y siguientes del reglamento de la LEF, aprobado por decreto de 26 de abril de 1957.

La ocupación temporal es una expropiación provisional de la posesión, puesto que se interrumpe la posesión pacífica del afectado. En la privación transitoria de la posesión de una cosa inmueble, el ocupante puede ser la Administración o el beneficiario, por ejemplo, un agente urbanizador. El objeto son los terrenos de propiedad privada y comprende tanto las fincas rústicas como las urbanas.

La ley contempla varios supuestos en que es factible la ocupación temporal en el artículo 108.2, comprendiendo, entre otras, para establecer caminos provisionales, almacenes de depósito de materiales y cualesquiera otros que requieran la obra previamente declaradas de utilidad pública –que es el supuesto que justificaría la ocupación provisional o temporal en el caso que analizamos–.

Del justo precio evaluará, a ser posible anteriormente a la ocupación, la indemnización, intentando la Administración llegar a un acuerdo con los propietarios sobre el importe de aquellas. La Administración formulará una oferta que, en caso de aceptarse o no ser contestada, será pagada o consignada, pudiendo ser ocupada la finca; si este ofrecimiento es rechazado, actuará el jurado provincial de expropiación. El justo precio abarcará, cuando la ocupación sea de carácter temporal, la valoración de los rendimientos que el interesado hubiere dejado de percibir, agregando el valor de los perjuicios causados en su finca y los gastos de restitución a su primitivo estado.

Según sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1984, el justiprecio por ocupación temporal comprenderá, además, el precio de afección y el abono de interés legal, por ser la ocupación una forma de expropiación forzosa.

Respecto a la ocupación, si fuera la vivienda, en virtud del artículo 109 de la LEF, se excluye. Señala el artículo 109 que las viviendas quedan exceptuadas de la ocupación temporal e imposición de servidumbres. En los casos en que su franqueamiento pueda ser de necesidad para los fines aludidos en el artículo anterior, deberá obtenerse el permiso expreso de su morador. Evidentemente, si no obtuviera el permiso expreso de su morador, debería procederse a la expropiación forzosa de la propiedad de la finca, poniendo en marcha el correspondiente expediente.

8. Comente el ajuste a derecho o no del acuerdo de la mesa de contratación excluyendo a las tres empresas a que se refiere el relato de hechos. ¿Cómo se podrían defender frente a esta exclusión?

Si se estimara la pretensión de algún o de todos los excluidos, ¿qué se acordará en la resolución?

Señalar, en primer lugar, que si el órgano de contratación fue el director general del ministerio, debió serlo por delegación del ministro o del secretario de estado, que son los órganos competentes para contratar. Si no fue así, estaríamos ante un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, por incompetencia jerárquica y, por lo tanto, susceptible de convalidación por el ministro.

- a) En relación con la empresa cuyo capital social pertenece íntegramente al cuñado del titular del órgano de contratación, debemos señalar que dicha causa está contemplada en el artículo 71.1 g) de la Ley 9/2017, de contratos del sector público. Sin embargo, para la concurrencia de la misma se exige que se produzca un conflicto de intereses respecto al titular del órgano de contratación o a los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad de contratar o los que ejerzan la sustitución del primero. Por ello, si el parentesco era con el titular del órgano de contratación (ministro o secretario de estado), no concurre causa de prohibición alguna, puesto que la causa produciría efectos en el supuesto de que fuese el órgano delegado el que poseyera todo el capital social de la sociedad.

Por otra parte, existe conflicto de intereses cuando pueda probarse que tiene incidencia directa en el procedimiento de licitación, en cuanto supone una infracción de los principios de contratación pública, y un falseamiento real de la concurrencia y competencia entre los licitadores.

Es preciso un procedimiento para declarar que existe conflicto de intereses, con audiencia del interesado y el informe de los servicios jurídicos correspondientes, con carácter previo a la resolución.

El artículo 11 de la Ley 3/2015, de regulación del ejercicio de alto cargo de la Administración general del Estado (el director general que actúa en este caso lo es), entiende que existe conflicto de intereses cuando la decisión que se vaya a adoptar pueda afectar a sus intereses personales de naturaleza económico-profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio de los mismos. Se consideran intereses personales... b) los intereses familiares (4.º grado de consanguinidad o afinidad).

Finalmente hay que señalar que la causa de prohibición, según el artículo 72.1, se aprecia directamente por el órgano de contratación y subsiste mientras concurren las circunstancias que la determinan.

- b) Respecto a la empresa sancionada por infracción firme en materia de disciplina de mercado, debemos señalar que en principio es causa de prohibición contemplada en el artículo 71.1 b) de la LCSP. En virtud del artículo 72.2, esta causa se aprecia por el órgano de contratación, cuando la resolución administrativa se pronunció expresamente sobre su alcance y duración. Si no se ha fijado lo anterior, es preciso inscribir un procedimiento para fijarla. Pero el artículo 72.5 señala que no procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en

sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y se hayan adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a). En conclusión, esta empresa no debió ser excluida por la mesa de contratación.

- c) En relación con la empresa que incurrió en falsedad respecto a un contrato celebrado con anterioridad con una comunidad autónoma, debemos señalar que no constituye causa de prohibición para ser contratista pues, en principio, solo afecta al ámbito del sector al que pertenezca el órgano de contratación que declaró la causa de prohibición, aunque, con carácter excepcional, puede extenderse a todo el sector público por decisión del ministro de Hacienda (art. 73.1 LCSP).

Finalmente hay que señalar que contra la indebida exclusión ordenada por la mesa de contratación cabrá recurso de alzada (pues estamos ante un acto de trámite cualificado del art. 112 de la Ley 39/2015, que impide la continuación del procedimiento para los excluidos) ante el órgano de contratación y, respecto a lo que este decida, podrá interponerse potestativamente recurso de reposición, en un mes o, directamente, recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses. Si se estimara, se ordenará la retroacción del procedimiento al momento en que fueron excluidos y se ponderarán las ofertas de los excluidos inicialmente y, luego, admitidos.

9. Informe, razonadamente, sobre las consecuencias jurídicas de que no se justificara por el órgano de contratación la no división en lotes del objeto del contrato

Es cierto que el artículo 116.4 g) de la LCSP obliga a motivar las razones existentes para la no división en lotes el objeto del contrato, pero dice el precepto «en su caso», de lo cual se deduce que no siempre es obligatorio y que habrá que estar a la normativa sobre el objeto del contrato (en este caso, un contrato administrativo de obras) conformado por el artículo 99, cuyo apartado 3.º señala que siempre que la naturaleza u objeto del contrato lo permita, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en los lotes.

Aquí parece que no era necesario porque, en principio, la realización de las obras de la carretera, que es el objeto del contrato, consistente en suprimir las curvas existentes y que,

al parecer, provocaba continuos accidentes de tráfico, hacen que el objeto sea unitario, operativa y funcionalmente, es decir, que los elementos parecen inseparables.

De cualquier forma, aunque se estimara que no se motivó la no división en lotes del objeto del contrato, se debe entender que se trata de una irregularidad no invalidante perfectamente subsanable, en principio, sin tener que retrotraer las actuaciones ya realizadas.

El recurso que interponer sería el potestativo de reposición, puesto que se recurre una decisión del órgano de contratación por la que se aprueba el expediente, en el plazo de un mes, o bien, con posterioridad o directamente, el recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses.

10. Comente el ajuste a derecho o no de la resolución dictada por el órgano de contratación procediendo a la rectificación de un error material consistente en la determinación de un nuevo procedimiento de adjudicación

Realmente, lo que ha hecho el órgano de contratación, bajo la denominación de corregir o rectificar un error material o de hecho, es dictar un nuevo acto administrativo, por lo que no puede tener cobertura el pretexto o la causa legal alegada para dictar esa resolución que, por otra parte, era tan importante, puesto que se trataba del establecimiento del procedimiento de adjudicación, abierto o restringido, que tanta importancia puede tener para los licitadores.

En este sentido, el artículo 122 de la LCSP señala que los pliegos de cláusulas administrativas particulares solo podrán ser modificados con posterioridad a su aprobación por error material, de hecho o aritméticos y, en otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de las actuaciones.

En conclusión, en este caso, al tratarse de un nuevo acto administrativo, y no de la mera rectificación de un error material o de hecho, procedía la retroacción de las actuaciones al sustituir el procedimiento establecido de adjudicación por otro nuevo procedimiento.

11. ¿Tiene alguna consecuencia la circunstancia de que el contrato se adjudicara el día 8 de febrero y no se iniciará la ejecución hasta el 21 de marzo?

El artículo 119 de la LCSP prevé este procedimiento de urgencia cuando, debido a una necesidad inaplazable, precisa acelerar la adjudicación por razones de interés público, estando, por otra parte, previsto en caso de procedimiento de urgencia que el inicio de la ejecución del contrato no exceda de un mes desde la formalización del contrato.

En el caso que analizamos, es claro que había transcurrido un mes desde la adjudicación, pero nada se dice sobre el momento o fecha de la formalización. Por tanto, ignoramos si se respetó o no el plazo. En el caso en que no se hubiera respetado este plazo para la ejecución del contrato, obviamente, se seguirán las reglas ordinarias de tramitación del mismo, sin que se apliquen las especialidades del procedimiento de urgencia.

Respecto a la formalización de los contratos administrativos, el artículo 153.3 señala que los contratos no sujetos a regulación armonizada se formalizarán no más tarde de los 15 días hábiles siguientes a aquel en que se realice la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. De manera que no se puede iniciar la ejecución hasta la formalización del contrato, que es cuando queda perfeccionado el mismo. Si, como es el caso, se inició con anterioridad, estaremos en presencia de un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, LPAC.

En cuanto a las consecuencias de la no formalización, del propio artículo 153.3, 4 y 5 se deducen las consecuencias de la no formalización, según sean imputables al contratista o a la Administración. Si es por causas imputables al adjudicatario el que no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, se le exigirá el importe del 3 % del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía definitiva, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra b) del apartado 2 del artículo 71.

En este caso, el contrato se adjudicará al siguiente licitador por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas, previa presentación de la documentación establecida en el apartado 2 del artículo 150 de la Ley 9/2017, de contratos, resultando de aplicación los plazos establecidos en el apartado anterior.

Si las causas de la no formalización fueran imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 33.
- Ley de 16 diciembre de 1954, de expropiación forzosa, arts. 9, 10, 11, 35.2, 49, 54, 109 y 125.
- Ley 29/1998, de jurisdicción contencioso-administrativa, arts. 30, 31, 32, 129, 132 y 134.
- Ley 3/2015, reguladora de los altos cargos de la administración, art. 11.
- Ley 37/2015, de carreteras, arts. 7.1, 10, 12 y 16.
- Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, arts. 21, 25, 47.1 y 48.

- Ley 40/2015, del régimen jurídico del sector público, arts. 73.2.
- Ley 9/2017, de contratos del sector público, arts. 71.1, 72, 73, 116, 119, 122, 150 y 153.
- Reglamento de expropiación forzosa de 26 de abril de 1957, arts. 64 y 125.

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.-



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

CEF.-

INICIO
marzo y abril
2021

Área Jurídica

TELEPRESENCIAL | ONLINE

Curso de Especialización en Derecho Procesal Penal |
Curso de Experto en Derecho Penal y Disciplinario Militar y
de la Guardia Civil | Curso de Experto en Mediación:
Civil y Mercantil | Curso de Oratoria Jurídica y
Redacción Jurídica | Curso Due Diligence Legal en
la Adquisición de Empresas (M&A) | Curso sobre Compliance |
Curso sobre Contratos Mercantiles | Curso sobre
Derecho Concursal | Curso sobre Derecho Digital |
Curso sobre International Legal & Tax English |
Curso sobre Práctica Societaria. Derecho de Sociedades
Mercantiles | Curso sobre Derecho del Arte

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