

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 238 | Noviembre 2020

ISSN: 1699-129X

La inteligencia artificial se subasta en Christie's y Sotheby's

Pablo Fernández Carballo-Calero

Remuneración de los administradores en sociedades cerradas

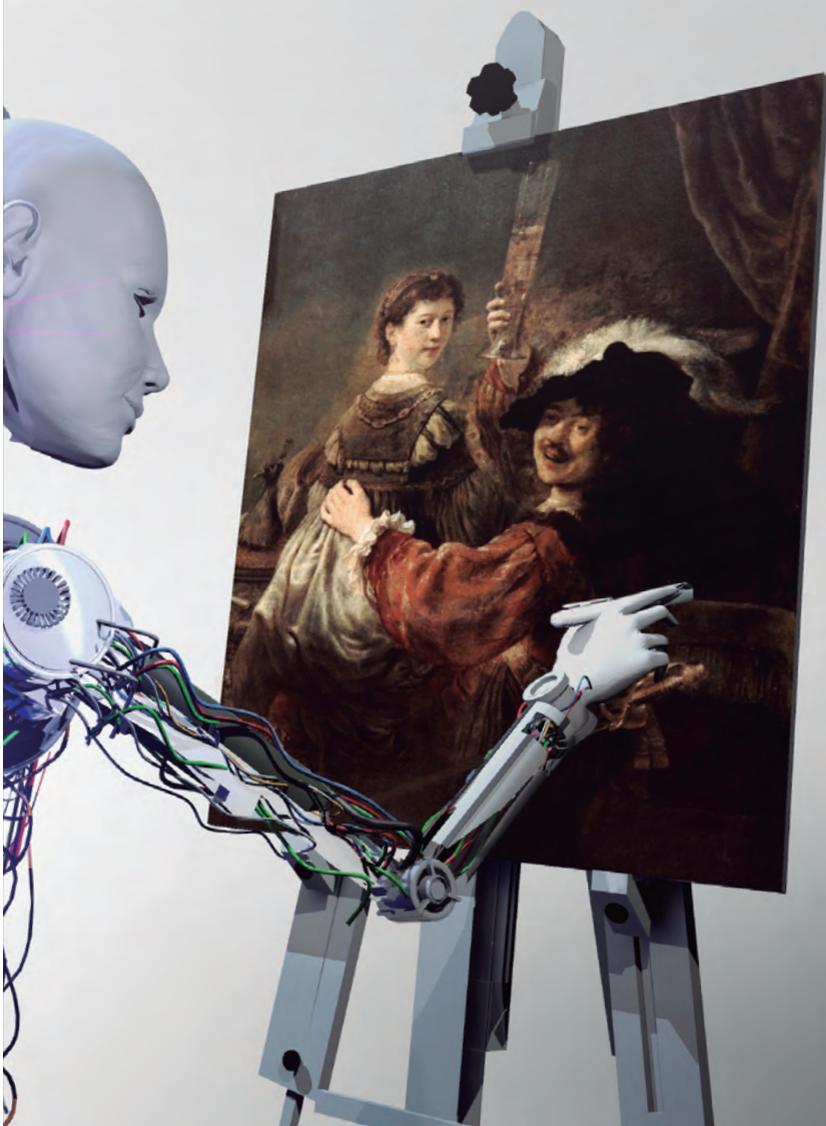
Luis Hernando Cebría

La injerencia del Ejecutivo en la labor legislativa

David Parra Gómez

Medidas sobre competencia en los mercados tras la covid-19

Jesús Alfonso Soto Pineda



Descubre nuestras novedades editoriales del área jurídica

Derecho administrativo (general y especial). Casos prácticos (2)



Julio Galán Cáceres
(coord.)

978-84-454-4096-4

2020 (4.ª ed.)

688 págs.

34,20 € (papel)

Este libro de casos prácticos, dividido en dos tomos, responde a la necesidad, apenas cubierta en el panorama editorial español, de ofrecer a todos aquellos que tienen que realizar un ejercicio de Derecho administrativo, en alguna de las pruebas de acceso a las Administraciones públicas, un manual que vaya más allá de meras referencias normativas y muestre una respuesta razonada, rigurosa y sistemática a los problemas planteados. La metodología seguida en el planteamiento de los casos es siempre idéntica: un enunciado, en el que se relatan los hechos y cuestiones planteadas, seguido de las soluciones que los autores aportan a cada cuestión.

Propiedad intelectual y derecho audiovisual



Ángel Luis Alonso Palma

978-84-454-3982-1

2020 (5.ª ed.)

396 págs.

36,50 € (papel)

23,46 € (digital)

El objetivo de esta obra es realizar una aproximación a la legislación de propiedad intelectual, una de las disciplinas jurídicas que ha experimentado un mayor desarrollo en las últimas décadas como consecuencia de la irrupción de las nuevas tecnologías y de la existencia de nuevos canales para la explotación de las obras. Abarca, por tanto, el estudio de algunos tipos concretos de obras y analiza de modo sucinto la LPI, teniendo en cuenta sus sucesivas reformas. Igualmente, contempla un amplio módulo de derecho audiovisual que pretende acercar al lector a la práctica contractual más relevante en este ámbito y a algunos de los nuevos conceptos creativos aparecidos en el mismo.

Despidos: una forma distinta y práctica de estudiarlos



Cristina Rincón Sánchez

978-84-454-4097-1

2020 (14.ª ed.)

208 págs.

25,10 € (papel)

15 € (digital)

Esta obra, lejos de ser un manual de expertos, se presenta con una clara finalidad práctica y con un objetivo: tender la mano a aquellas personas que se enfrentan por primera vez con el inquietante mundo de los despidos. La estructura de las unidades pretende guiar al lector de una manera distinta al mero análisis teórico de la institución analizada, sin olvidar que solo una sólida base teórica garantizará el éxito de una adecuada práctica profesional.

Se ha procurado, asimismo, proporcionar una lectura dinámica, cercana, sin grandes tecnicismos, porque creemos en la posibilidad de hacer fácil lo difícil.

Revista CEFLegal

Núm. 238 | Noviembre 2020

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 Jaime 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 (2020) (11 números) 160 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

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, SA

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2020 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

La inteligencia artificial se subasta en Christie's y Sotheby's. ¿Hacia un nuevo concepto de autor en el derecho de la propiedad intelectual? 5-38

Artificial intelligence in auction at Christie's and Sotheby's: Towards a new concept of authorship in intellectual property law?

Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2020

Pablo Fernández Carballo-Calero

Una deconstrucción del sistema de remuneración de los administradores en las sociedades de capital cerradas 39-76

A deconstruction of the directors' remuneration legal system in privately held companies

Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2020

Luis Hernando Cebriá

Constitucional-administrativo

La controvertida injerencia del Ejecutivo en la labor legislativa durante el insólito ciclo político 2015-2019 77-110

The controversial interference of the Government in the legislative work during the unusual political cycle 2015-2019

Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2020

David Parra Gómez

Medidas en materia de acuerdos adoptadas por las autoridades de competencia globales como resultado de la covid-19 (de marzo a julio de 2020) 111-132

Measures about agreements adopted by the competition authorities worldwide by reason of the covid-19 (from March to July 2020)

Jesús Alfonso Soto Pineda

Casos prácticos

Civil

Retracto de crédito litigioso: legitimación activa Adelaida Medrano Aranguren	133-140
Seguro de vida de fallecido con cobertura de préstamo hipotecario para los progenitores: acción directa; cancelación por falta de pago de las primas Casto Páramo de Santiago	141-147
Reconocimiento de paternidad por complacencia y su impugnación José Ignacio Esquivias Jaramillo	148-156
Arrendamiento de local: medidas cautelares covid-19 José Ignacio Atienza López	157-162

Administrativo

Administración local. Expropiación forzosa. Incompatibilidad de un concejal y contratación administrativa Julio Galán Cáceres	163-178
Premio Estudios Financieros 2020, Acto de graduación de la UDIMA 2019-2020 y Acto de graduación del CEF.- 2019-2020	179-190
Normas de publicación	191-192

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

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



La inteligencia artificial se subasta en Christie's y Sotheby's. ¿Hacia un nuevo concepto de autor en el derecho de la propiedad intelectual?

Pablo Fernández Carballo-Calero

Profesor titular de Derecho Mercantil.

Universidad de Vigo

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto 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.

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

Extracto

Es un hecho que la inteligencia artificial, gracias al imparable desarrollo de la tecnología y la ciencia, está en condiciones de crear obras susceptibles de protección por la propiedad intelectual. Sin embargo, la tutela de los resultados generados por las máquinas inteligentes a través del citado sector del ordenamiento está en tela de juicio. En todo caso, el desembarco de la inteligencia artificial en un ámbito tradicionalmente reservado a las personas físicas constituye una realidad que ha de abordarse.

La decisión de proteger a las obras generadas por inteligencia artificial apunta directamente al corazón de los fundamentos de la propiedad intelectual. Con la finalidad de arrojar algo de luz sobre una cuestión novedosa y no resuelta, el presente trabajo distingue entre las obras de arte desarrolladas por las máquinas de forma autónoma de aquellas en las que el factor humano resulta relevante en la consecución del resultado. El análisis efectuado nos llevará a decidir, en última instancia, si las nuevas reglas del juego exigen una reformulación del concepto de autor, si los resultados generados por la inteligencia artificial resultan extraños al ámbito de la propiedad intelectual o si, finalmente, es posible una confluencia que permita observar a las máquinas inteligentes como aliadas en el proceso creativo.

Palabras clave: inteligencia artificial; propiedad intelectual; obras de arte.

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

Cómo citar: Fernández Carballo-Calero, P. (2020). La inteligencia artificial se subasta en Christie's y Sotheby's. ¿Hacia un nuevo concepto de autor en el derecho de la propiedad intelectual?. *Revista CEFLegal*, 238, 5-38.



Artificial intelligence in auction at Christie's and Sotheby's: Towards a new concept of authorship in intellectual property law?

Pablo Fernández Carballo-Calero

Abstract

It is a fact that artificial intelligence, thanks to the unstoppable development of technology and science, has now the potential to create works susceptible to intellectual property protection. Nevertheless, the possibility to protect the results generated by intelligent machines under this legal realm is subject to debate. In any event, the appearance of artificial intelligence in a field traditionally reserved to natural persons it is a reality to be faced.

The decision to protect the works of artificial intelligence points directly towards the core of intellectual property. With the aim to bring some light on this new and unresolved issue, the present paper makes a distinction between works developed by machine in an entirely autonomous ways and works in whose results humans have had an input. The analysis undertaken will lead us to decide, in the end, if the new game rules require a reformulation of the concept of authorship, if the results generated by artificial intelligence are outside the scope of intellectual property protection or if, finally, there is a possible confluence allowing the observation of intelligent machines as allies in the creative process.

Keywords: artificial intelligence; intellectual property; artworks.

Citation: Fernández Carballo-Calero, P. (2020). La inteligencia artificial se subasta en Christie's y Sotheby's. ¿Hacia un nuevo concepto de autor en el derecho de la propiedad intelectual?. *Revista CEFLegal*, 238, 5-38.



Sumario

1. La inteligencia artificial se subasta en Christie's y Sotheby's
 2. El binomio «inteligencia artificial» y «arte»
 3. Inteligencia artificial y derechos de autor
 - 3.1. Las nuevas reglas del juego
 - 3.2. Nuevas reglas, nuevos interrogantes
 - 3.3. La tipología de obras creadas por inteligencia artificial
 - 3.4. La autoría de las obras creadas por inteligencia artificial
 - 3.4.1. La protección de las obras producidas por sistemas de IA autónomamente
 - 3.4.2. La protección de las obras producidas por sistemas de IA con una contribución humana relevante
 4. Consideraciones finales
- Referencias bibliográficas

Nota: El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: «El Derecho de la competencia y de la propiedad industrial: actualización, europeización y adaptación a la nueva economía» (2019-2022) y del Proyecto de Investigación financiado por la Xunta de Galicia: «Retos para un mercado de trabajo equitativo e aberto á competencia no contexto da nova economía» (2019-2021).

La inteligencia artificial ya es capaz de crear arte y literatura, pero no se ha resuelto cómo proteger la autoría de las obras desarrolladas por las máquinas.

Patricia Esteban

Cuando el robot pinta como Rembrandt

El País, 3 de febrero de 2020

1. La inteligencia artificial se subasta en Christie's y Sotheby's

El 25 de octubre de 2018, la casa de subastas Christie's, fundada en 1766, vendía en Nueva York un retrato titulado *Edmond de Belamy*. El cuadro podría pasar completamente desapercibido salvo por un curioso detalle: se trataba de la primera obra creada por inteligencia artificial (en adelante, IA) que se subastaba públicamente.

Fue recibido entre sonrisas y ceños fruncidos. Colgado en el Rockefeller Center de Nueva York, frente a un grabado de Warhol y junto a una obra en bronce de Liechtenstein, *El retrato de Edmond Belamy* luce anticuado y algo desprolijo: de abrigo negro y camisa blanca, su protagonista aparece rodeado de un aura oscura y hacia la parte superior del encuadre, como si intentara huir del mismo. Pero lo cierto es que el tal Edmond Belamy nunca existió. Tampoco el artista que lo retrató y cuya firma reproduce una fórmula algebraica indescifrable¹.

Figura 1. Edmond Belamy.

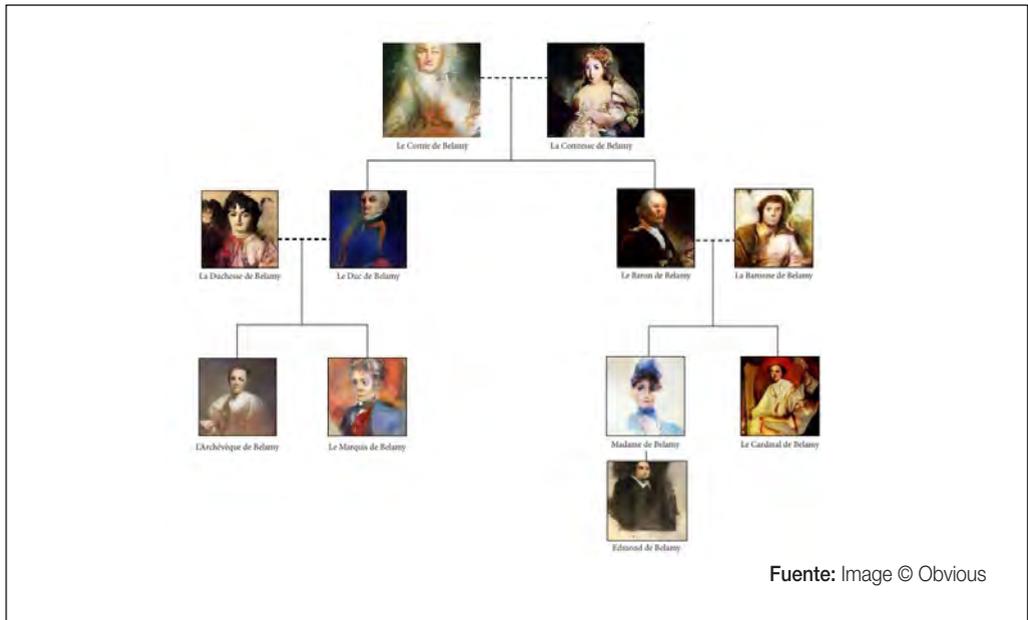


Fuente: Image © Obvious

¹ «El retrato de Edmond Belamy y el arte en la era de la inteligencia artificial». <www.culto.com>.

Edmond de Belamy se convertía, de esta forma, en noticia. El retrato, *generado por un algoritmo* diseñado por el colectivo francés Obvious², fue vendido por 432.500 dólares. Una cifra nada desdeñable que multiplicaba por cuarenta y cinco las estimaciones más optimistas, que situaban su precio entre los 7.000 y los 10.000 dólares. En todo caso, *Edmond* no estaba solo. El algoritmo, lejos de detenerse en un único retrato, alumbró otras diez obras que constituían una suerte de árbol genealógico completo de su familia.

Figura 2. La famille de Belamy.

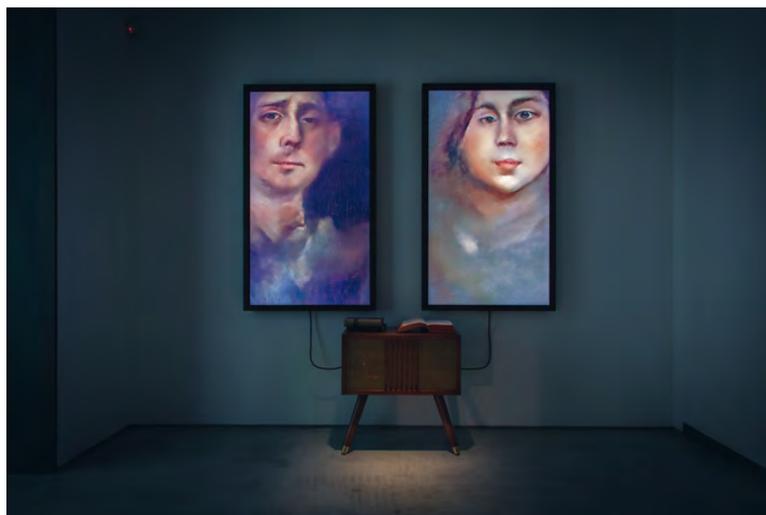


Unos meses más tarde, la otra gran casa de subastas de obras de arte entraba en escena: *Memorias de los transeúntes I*, del artista alemán Mario Klingemann, era vendida en Sotheby's (Londres) el 6 de marzo de 2019 por 46.450 euros, convirtiéndose de esta forma en la segunda obra generada por IA adquirida en pública subasta.

² En palabras de Caselles-Dupré, integrante de Obvious, «el algoritmo se compone de dos partes. Por un lado, está el Generador, por otra el Discriminador. Alimentamos el sistema con un conjunto de datos tomados de 15.000 retratos pintados entre el siglo XIV y el XX. El Generador hace una nueva imagen basada en el conjunto, luego el Discriminador intenta detectar la diferencia entre una imagen hecha por el ser humano y una creada por el Generador. El objetivo es engañar al Discriminador para que piense que las nuevas imágenes son retratos de la vida real. Entonces tenemos un resultado». *Vid.* «Is artificial intelligence set to become art's next medium?», <www.christies.com>.

La instalación está formada por un mueble de madera que contiene un ordenador dotado con inteligencia artificial y dos pantallas enmarcadas. En estas pantallas se visualizan los retratos creados en tiempo real por la máquina; inquietantes rostros imaginarios de hombre y mujer³.

Figura 3. La instalación *Memories of Passersby I*, de Mario Klingemann.



Fuente: Sotheby's

Y de nuevo Sotheby's, esta vez en Nueva York, vendía el 15 de noviembre de 2019 otras dos obras del colectivo francés Obvius que, al igual que la subastada por primera vez en Christie's, habían sido creadas con una técnica similar mediante IA. En esta ocasión, *La baronesa de Belamy*, de la misma serie que el retrato de *Edmond Belamy*, y *Katsuwaka of*

³ Vid. «Sotheby's subasta por primera vez una obra de arte creada con inteligencia artificial», *El País*, 12 de febrero de 2019. Tal y como se señala en el artículo, en palabras de Klingemann, «*Memories of Passersby I* contiene un dispositivo tecnológicamente muy avanzado que crea pinturas en tiempo real, bajo la mirada del espectador, lo cual me parece bastante mágico. Las redes neuronales juegan su papel, se podría decir que son los pinceles que he utilizado para desarrollar esta obra. La máquina va creando nuevos retratos que cambian y desaparecen, mientras aprende de sí misma y se va retroalimentando [...]. Por supuesto, para mí es difícil soltar la obra al mundo sin estar a su lado. Pero confío en que está preparada para seguir creando retratos de forma infinita, como siempre había imaginado». «Sotheby's subasta por primera vez una obra de arte creada con inteligencia artificial», *El País*, 12 de febrero de 2019.

the Dawn Lagoon, inspirado en las estampas japonesas tradicionales, alcanzaron respectivamente un precio de venta de 25.000 y 16.250 dólares.

Figura 4. *La Baronne de Belamy*, creado por Obvious Art.



Figura 5. *Katsuwaka of the Dawn Lagoon*, creado por Obvious Art.



En este escenario, resulta indudable que la IA se ha adentrado en el mundo del arte captando la atención de las dos casas de subastas más carismáticas y relevantes de este peculiar mercado. De todas formas, resultaría aventurado predecir si las obras producidas por IA van a seducir a los coleccionistas –tal y como lo hizo en su momento el retrato de *Edmond de Belamy*– o si la burbuja, apenas recién nacida, está a punto de estallar. Es esta una problemática ajena al jurista que, en cualquier caso, tiene por delante la apasionante tarea de descifrar las múltiples implicaciones que las creaciones a través de sistemas de IA plantean en el ámbito del Derecho de la propiedad intelectual.

2. El binomio «inteligencia artificial» y «arte»

Definir el término «IA» (acuñado por primera vez en 1956 por John McCarthy en un seminario de verano en Dartmouth) no resulta nada sencillo. Y lo cierto es que no podría ser de otra forma en la medida en que el propio concepto de «inteligencia humana» no es pacífico ni unívoco. En efecto, cuando hablamos de inteligencia humana, ¿nos referimos al aspecto cognitivo, emocional, social...?

En cualquier caso, la IA sería un campo científico de la informática volcado en la creación de programas y mecanismos capaces de mostrar comportamientos «inteligentes». Un concepto en virtud del cual «las máquinas piensan como seres humanos»; una disciplina dirigida a crear sistemas preparados para aprender y razonar como lo haría un ser humano. Normalmente, un sistema de IA está en condiciones de analizar datos en grandes cantidades, identificar patrones y tendencias y, por lo tanto, formular, con rapidez y precisión, predicciones de forma automática⁴.

De acuerdo con la definición del Grupo de Expertos de Alto Nivel en IA de la Comisión Europea (2019):

Los sistemas de inteligencia artificial (IA) son sistemas de software (y posiblemente también de hardware) diseñados por seres humanos que, en función de un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital percibiendo su entorno mediante la adquisición de datos, interpretando los datos estructurados o no estructurados recopilados, razonando sobre los conocimientos o procesando la información derivada de estos datos y decidiendo la(s) mejor(es) medida(s) a adoptar para alcanzar el objetivo asignado. Los sistemas de IA pueden utilizar reglas simbólicas o aprender un modelo numérico, y también pueden adaptar su comportamiento analizando la forma en que su entorno se ve afectado por sus acciones anteriores⁵.

⁴ Vid. estas ideas en: «¿Qué es la inteligencia artificial?», <www.salesforce.com>.

⁵ «Una definición de Inteligencia Artificial: principales capacidades y disciplinas científicas», Grupo de Expertos de Alto Nivel en Inteligencia Artificial, 8 de abril de 2019.

La IA, aplicable en la actualidad a múltiples sectores (sanidad, transporte, armamento, educación, agricultura, finanzas, seguridad y un largo etcétera), no resulta en absoluto ajena al mundo del derecho. Ya en la década de los 50 del siglo XX pueden encontrarse algunos escritos que examinan dicha relación (Allen, 1957); en el año 1991 se crea la International Association for Artificial Intelligence and Law (IAAIL) y, un año más tarde, vería la luz el primer ejemplar de la revista Artificial Intelligence and Law, publicación cuatrimestral que a día de hoy cuenta con 28 volúmenes. Más allá de los referidos hitos, bastaría apuntar que el impacto de la IA en el terreno jurídico ha propiciado un sugerente debate sobre la posibilidad de que las máquinas lleguen a sustituir en un futuro a la judicatura dictando sentencias y otras resoluciones.

Dicho esto, no es la finalidad del presente estudio reflexionar acerca de qué soluciones puede aportar la IA al mundo del derecho. Antes el contrario, su objetivo es mucho más específico: precisar las implicaciones que la creación de obras de arte a través de sistemas de IA conlleva para el derecho de la propiedad intelectual.

Encuadrado el tema objeto de análisis, es preciso señalar desde un principio que el binomio «IA» y «arte» no se agota –y ni siquiera se inicia– con las obras referidas en el epígrafe primero. En efecto, sistemas como AARON (Harold Cohen, 1973), The Painting Fool (Simon Colton, 2001), PAUL (Patrick Tresset, 2010) o Interactive Robotic Painting Machine (Benjamin Grosser, 2011) constituyen una buena muestra de las inquietudes de los seres humanos por involucrar a las máquinas en el proceso creativo.

Es más, si tuviésemos que destacar una obra creada por IA que agitó las conciencias y planteó la posibilidad de un nuevo escenario, esa fue *The Next Rembrandt*, presentada al mundo en Ámsterdam el 5 de abril de 2016. Se trata de un retrato creado por ordenador que reproduce a la perfección los trazos y el estilo del maestro barroco. Un proyecto conjunto entre ING, Microsoft, la Universidad Técnica de Delft y los museos Mauritshuis y Rembrandthuis, en el marco del cual historiadores del arte, científicos e ingenieros dedicaron 18 meses a enseñar a un ordenador a ser «El próximo Rembrandt».

Tal y como se explica en la página web dedicada al proyecto, la creación se gestó en cuatro fases⁶. En una primera fase se recopilaban los datos necesarios. A tal efecto, la obra se basa en 168.263 fragmentos pictóricos de 346 pinturas realizadas por Rembrandt, estudiando su contenido píxel a píxel. Para obtener estos datos, se analizó una amplia gama de materiales, como escaneados 3D en alta resolución y archivos digitales, que fueron ampliados por algoritmos de aprendizaje profundo para maximizar la resolución y la calidad. Esta extensa base de datos se utilizó entonces como fundamento para crear «El próximo Rembrandt».

⁶ Vid. <www.nextrembrandt.com>.

Ya, en una segunda fase, había que elegir el motivo del cuadro o, dicho de otra forma, qué es lo que la máquina iba a «crear». Pues bien, en la medida en que era imprescindible maximizar el grupo de datos del que extraer información y teniendo en cuenta que Rembrandt pintó en su mayoría retratos, la investigación se centró en estos últimos. A continuación se seleccionó el periodo en el que la mayor parte de esos retratos fueron pintados (entre 1632 y 1642); posteriormente se analizó qué elementos concurrían en la mayor muestra de pinturas, comenzando por el género y descendiendo a otros aspectos como la edad, la dirección de la cabeza y hasta la cantidad de vello facial presente. El resultado del análisis dictaminó que el cuadro debía ser un retrato de un hombre caucásico, de entre 30 y 40 años, con vello facial, ropa oscura, cuello blanco, sombrero y el rostro ligeramente ladeado a la derecha.

Una vez recopilados los datos y elegido el motivo de la obra, era el momento de generar las características necesarias para su consecución. Con la finalidad de dominar el estilo «Rembrandt», se diseñó un sistema de *software* que pudiera entender al pintor basándose en su uso de la geometría, composición y materiales de pintura. Un algoritmo de reconocimiento facial identificó y clasificó los patrones geométricos más típicos utilizados por Rembrandt para pintar rasgos humanos. Luego utilizó los principios aprendidos para replicar el estilo y generar nuevas características faciales para la nueva pintura. Una vez forjadas las características individuales, hubo que ensamblarlas en una cara y busto completamente formado según el uso de proporciones de Rembrandt. Finalmente, se representó la luz según los datos recopilados con el fin de proyectar sombras auténticas en cada entidad.

La última fase de la creación consistió, básicamente, en convertir todo este trabajo en una realidad. Hasta el momento se había conseguido crear un archivo digital fiel al estilo de Rembrandt en contenido, formas e iluminación. Pero las pinturas no son solo 2D, sino que poseen una notable tridimensionalidad, que proviene de pinceladas y capas de pintura. Para recrear esta textura, hubo que estudiar escaneos 3D de las pinturas de Rembrandt y analizar las intrincadas capas en la parte superior del lienzo. Por último, se imprimieron trece capas de tinta, una encima de la otra, para crear una textura de pintura fiel al estilo de Rembrandt.

Se ha señalado que «el resultado es escalofriante, y no porque sea malo, sino porque es terriblemente preciso» (Pitol, 7 de noviembre de 2017). El historiador del arte Gary Schwartz se refiere a la obra como «un ejercicio fascinante de pericia»⁷. Sin embargo, en opinión de Peter Schjeldahl (8 de abril de 2016), «en verdad, el retrato se tambalea en un segundo vistazo y se estrella en un tercero». Más crítico aún se mostró Jonathan Jones (6 de abril de 2016), quien escribió en *The Guardian*: «Qué horrible, sin gusto, insensible y sin alma, parodia de todo aquello que es creativo en la naturaleza humana [...]. No se puede, repito, replicar el genio de Rembrandt van Rijn. Su arte no es un conjunto de algoritmos o tics estilísticos que puedan ser recreados por un imitador humano o mecánico». En cualquier caso, como

⁷ Opinión citada en Brown, M. (5 de abril de 2016). 'New Rembrandt' to be unveiled in Amsterdam. *The Guardian*.

señaló Bas Korsten, socio de J. Walter Thompson Amsterdam, agencia publicitaria a cargo del proyecto, «el objetivo no era intentar crear un nuevo Rembrandt, sino crear algo nuevo a partir de su trabajo. Solo Rembrandt podría crear un Rembrandt»⁸.

Figura 6. The Next Rembrandt.



Las consideraciones efectuadas hasta el momento ponen de manifiesto no solo la irrupción de la IA en el mundo del arte, sino también la polémica que dicha asociación genera. *El próximo Rembrandt* constituye un extraordinario ejemplo en el ámbito de la pintura, pero la IA también ha extendido sus redes a otras artes consideradas «clásicas».

Así, en el terreno de la literatura, la obra *El día en que una computadora escribe una novela* fue el resultado de una «colaboración» entre Hitoshi Matsubara de la Future University Hakodate y un ordenador. Matsubara y su equipo eligieron palabras y frases provenientes de una novela ya existente creada por ellos mismos y a su vez suministraron a la computadora ideas para la trama y los personajes; a partir de ahí, fue la máquina la que con estos datos escribió el texto. La novela superó sorprendentemente la primera fase del premio nacional de literatura japonesa Nikkei Hoshi Shinichi (2016), al cual se habían presentado 1.450 obras, 11 de ellas aparentemente escritas por sistemas de IA (Schaub, 22 de marzo de 2016).

⁸ Opinión citada en Brown, M. (5 de abril de 2016). 'New Rembrandt' to be unveiled in Amsterdam. *The Guardian*.

En el ámbito musical, y también en 2016, Magenta (Brandom, 1 de junio de 2016), un proyecto de IA de Google, compuso una melodía de 90 segundos gracias a una red neuronal integrada por neuronas artificiales o nodos⁹. Por lo demás, también en el terreno musical podemos citar a Flow Machines, un sistema de IA desarrollado por Sony CSL que alumbró la canción *Daddy's Car* (Jordan, 13 de abril de 2017), o a Bot Dylan, un sistema de IA creado por investigadores de la Universidad de Kingston, capaz de componer nuevas canciones a partir del manejo de los datos de más de 23.000 piezas de música folk irlandesa. Por último, y para concluir una lista de ejemplos que podría ser mucho más extensa, *Beyond the Fence*, estrenado en Londres en febrero de 2016, se convirtió en el primer musical creado por IA representado públicamente.

3. Inteligencia artificial y derechos de autor

3.1. Las nuevas reglas del juego

La relación de los autores con los programas informáticos utilizados para dar vida a sus creaciones no ha planteado tradicionalmente problemas. En efecto, hasta un pasado reciente resultaba pacífico afirmar que el programa informático del cual se sirve el autor para concebir una determinada obra constituye, en la mayoría de las ocasiones, un mero instrumento –más o menos necesario– pero, en todo caso, un simple elemento de apoyo en el proceso creativo.

El programa sería de esta forma el equivalente al pincel para el pintor, el compás para el arquitecto o la cámara para el fotógrafo. Así las cosas, a nadie se le ocurriría pensar que las novelas escritas con el programa Microsoft Word pertenecen a la compañía Microsoft, al igual que tampoco tendría sentido concluir que los creadores del pincel, el compás o la cámara fotográfica fuesen titulares de derechos de autor sobre las obras de Feininger, Lloyd-Wright o Leibovitz.

En este contexto, el usuario de la herramienta (y no el inventor de la misma) sería el autor de los resultados obtenidos. Al fin y al cabo, las herramientas no dejan de ser precisamente eso: elementos de apoyo que, bajo el control de los usuarios, habilitan a estos últimos para plasmar o ejecutar en el mundo físico el producto de su mente creativa.

Un primer asunto en el que se debatió la naturaleza de la contribución humana a la obra generada por una máquina fue *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*¹⁰ (1884). La Corte Suprema norteamericana calificó como obra protegida una fotografía que retrataba a Oscar Wilde y concedió a su autor, Napoleon Sarony, los correspondientes derechos. La clave

⁹ Vid., sobre las mismas, Hopfield (1982, pp. 2.554-2.558).

¹⁰ *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. (1884).

consistió en dilucidar si el origen del resultado final debía atribuirse a la cámara fotográfica (en cuyo caso no habría autor humano ni *copyright*) o si, por el contrario, esta constituía un mero instrumento para que el fotógrafo captase su visión de la realidad.

Este planteamiento inicial ha cambiado radicalmente con el desarrollo de los sistemas de IA a los que aludíamos en el epígrafe segundo y, en particular, con el desarrollo del *software* de aprendizaje automático o aprendizaje de máquinas (*machine learning*), una rama de la inteligencia artificial que produce sistemas autónomos capaces de aprender por sí mismos.

Tal y como expone con toda claridad Guadamuz (2017),

un programa informático desarrollado para el aprendizaje automático se basa en un algoritmo que le permite aprender a partir de los datos introducidos, evolucionar y tomar decisiones que pueden ser dirigidas o autónomas. Cuando se aplican a obras artísticas, musicales y literarias, los algoritmos de aprendizaje automático aprenden a partir de la información proporcionada por los programadores. A partir de esos datos generan una nueva obra y toman decisiones independientes a lo largo de todo el proceso para determinar cómo será dicha obra. Una característica importante de este tipo de inteligencia artificial es que, si bien los programadores pueden definir unos parámetros, en realidad la obra es generada por el propio programa informático (denominado red neuronal) mediante un proceso similar a los del pensamiento humano.

Así las cosas, determinados sistemas de IA son más que herramientas a través de las cuales los usuarios expresan sus propias ideas. A diferencia de las herramientas ordinarias, cuyos resultados siempre reflejan las contribuciones creativas de sus usuarios, tales sistemas son capaces de crear contenidos con una intervención humana inexistente o mínima.

En este escenario, solo cabe añadir que el impacto de la IA, claramente visible en otros ámbitos, ya se deja sentir con fuerza en el mundo del arte¹¹. La cuestión que surge espontánea es si las normativas actuales sobre propiedad intelectual están preparadas para dar respuesta a los interrogantes que la nueva relación entre las máquinas inteligentes y el arte plantean.

3.2. Nuevas reglas, nuevos interrogantes

Hasta el momento hemos podido comprobar como la irrupción de los sistemas de IA en el ámbito artístico ha provocado un vuelco en el tradicional proceso creativo. En este nuevo contexto, las diversas legislaciones sobre propiedad intelectual se enfrentan a un tremen-

¹¹ Se ha señalado al respecto que «las computadoras ya pueden crear un arte visual impresionante y las posibilidades en ese reino están limitadas solo por su capacidad de continuar para seguir aprendiendo sobre el mundo y retratarlo de una manera artística». Merrill (17 de diciembre de 2014).

do desafío. Así lo ha entendido la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que el 13 de diciembre de 2019 iniciaba un proceso público de consulta invitando a todos los interesados a formular observaciones al «Borrador del documento temático sobre las políticas de propiedad intelectual y la inteligencia artificial»¹².

El documento (que maneja el término *intellectual property* en sentido amplio o anglosajón) identifica entre los aspectos clave a tratar el relativo al *copyright*, aludiendo así a la problemática que se examina en el presente trabajo. Pues bien, la primera pregunta que plantea la OMPI dentro de este ámbito es la siguiente: ¿Debería otorgarse *copyright* a las obras originales literarias y artísticas que son generadas de forma autónoma por IA o debería requerirse un creador humano?

La respuesta no es, en absoluto, sencilla. Y es que, a la hora de dotar de protección a las obras creadas por IA, se mezclan consideraciones filosóficas con otras de índole legal, práctica y técnica.

3.3. La tipología de obras creadas por inteligencia artificial

En el escenario tecnológico actual (y, más si cabe, en un escenario futuro) las aplicaciones de IA están en condiciones de producir obras de arte como pinturas, composiciones musicales, novelas y un largo etcétera. Y es que las mejoras constantes en IA han motivado que las máquinas posean la autonomía suficiente para tomar decisiones creativas que hasta el momento estaban reservadas a los seres humanos.

En consecuencia, los sistemas de IA son capaces de generar resultados que, formalmente, encajan en la definición de «obra» del artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886). Esta circunstancia, como pone de relieve la OMPI, ha de ser valorada a la hora de diseñar las políticas en materia de derechos de autor, que siempre han estado estrechamente asociados con el espíritu humano creativo y con el respeto, la recompensa y el fomento de la expresión de la creatividad humana.

En este contexto, una primera cuestión que conviene aclarar es qué se pretende proteger exactamente. Si nos fijamos en la obra *El próximo Rembrandt* (si bien las siguientes cuestiones serían extrapolables a otros supuestos): ¿se quiere proteger (a) el resultado «intelectual» del proceso impreso en 3D, esto es, la pintura, (b) el *software* que ha sido diseñado para ese fin (esto es, el propio sistema de IA), o, concretamente, (c) el algoritmo que ha permitido su creación? (Saiz García, 2019, pp. 7-8).

¹² Vid. Borrador del documento temático sobre las políticas de propiedad industrial y la inteligencia artificial (Diálogo de la OMPI sobre Propiedad Intelectual [PI] e Inteligencia Artificial [IA], Segunda Sesión), 13 de diciembre de 2019.

Pues bien, antes de nada cabe señalar que el sistema de IA es objeto de protección jurídica a través de la propiedad intelectual por tratarse de un programa de ordenador¹³. En efecto, en caso de cumplir con los requisitos legamente exigidos, la tutela del *software* por el derecho de autor no resulta controvertida¹⁴. El *algoritmo*, por el contrario, no puede ser protegido por esta vía (en términos de programación, un algoritmo es una secuencia de pasos lógicos que permiten solucionar un problema o cumplir con un objetivo)¹⁵.

Dicho esto, cabe señalar que, aunque la legislación vigente parte del principio de que las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos como tales no están protegidos por el derecho de autor, hay un cierto debate sobre la posibilidad de otorgar protección a los algoritmos y métodos utilizados para que los sistemas de IA aprendan y sean capaces de generar contenido. Al respecto considero que los algoritmos, como parte de los aspectos funcionales del *software* que sirve de base a los sistemas de IA, deben quedar al margen del alcance de la protección de la propiedad intelectual. En relación con esta problemática una posibilidad es proteger los algoritmos por la vía de los secretos empresariales¹⁶. Por lo demás, una conducta desleal en la utilización de algoritmos ajenos podría tener, en su caso, encaje en alguna de las conductas típicas en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal¹⁷.

Una vez aclaradas estas cuestiones, ya estamos en condiciones de abordar la protección del concreto resultado, esto es, las diversas obras de arte generadas por las máquinas inteligentes. Pues bien, a estos efectos, resulta imprescindible diferenciar entre (a) la protección de las obras producidas por sistemas de IA autónomamente y (b) la protección de aquellas obras producidas por sistemas de IA en las que se verifica una contribución humana relevante.

En la categoría a) se incluirían aquellas obras en las cuales la participación humana es inexistente o, en todo caso, irrelevante para fundamentar el principio de autoría humana que, como es sabido, exige la concepción y ejecución de la obra susceptible de protección. Proporciona al respecto un ejemplo la United States Copyright Office al hacer referencia a un «proceso de costura que produce al azar formas irregulares en el tejido sin ningún patrón

¹³ En este sentido, *vid.* Castells i Marqués (2019, p. 62).

¹⁴ Artículo 10.1 del Acuerdo sobre los ADPIC (1994), artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996), artículo 1.1 de la Directiva sobre la protección jurídica de programas de ordenador (2009) o artículo 95 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (1996).

¹⁵ En este sentido, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor dispone en su artículo 2 («Ámbito de la protección del derecho de autor») que «la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí» (en un mismo sentido, art. 9.2 del Acuerdo sobre los ADPIC, art. 1.2 de la Directiva sobre la protección jurídica de programas de ordenador o art. 96.4 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual).

¹⁶ Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

¹⁷ Sobre la Ley de competencia desleal, *vid.*, por todos, Massaguer (2011).

discernible». De acuerdo con la institución norteamericana, puesto que el azar, y no el programador de esta «máquina de tejer», sería directamente responsable de su trabajo, los patrones resultantes no estarían protegidos por los derechos de autor de los Estados Unidos¹⁸.

Por el contrario, la categoría b) estaría representada por las obras generadas por los sistemas de IA con la intervención, participación o aportación relevante de los seres humanos. En esta categoría la IA se utilizaría como una herramienta cualificada para lograr un objetivo o resultado determinado. Tal y como apunta Hristov (2017),

un ejemplo puede ser la creación de un cuadro por un artista que ha seleccionado los colores, el tipo de herramienta (tamaño de pincel y estilo de trazo) y ha introducido en cierta medida sus preferencias en el algoritmo utilizado para crear la obra. Aunque el artista no puede predecir exactamente la versión final de la pintura generada, ha contribuido directamente a su creación y se hace una idea del resultado final (p. 435).

En mi opinión, en el escenario actual –y probablemente en el futuro próximo– los sistemas de IA no son capaces de «generar obras autónomamente», si por ello entendemos producir obras sin intervención humana, surgidas «de la nada». Al fin y al cabo, como destacan Ginsburg y Budiardjo (2019),

las máquinas actuales son fundamentalmente conjuntos de procesos diseñados por los seres humanos para llevar a cabo tareas específicas. Sus resultados pueden parecer «creativos» e incluso ser estéticamente equivalentes a las obras producidas por autores humanos, pero atribuir el valor expresivo de una obra a la máquina que generó físicamente esa obra es caer en la ficción (pp. 397-398).

Por ello, considero que bajo la expresión «obras generadas autónomamente por IA» no solo deberían englobarse las obras en las cuales la intervención humana es inexistente (si es que algún día es posible), sino también aquellas en las cuales la intervención humana es irrelevante. Esto es, obras en las cuales, pese a haber intervención humana, la misma no tiene la suficiente entidad como para ser merecedora de protección por el derecho de autor.

De todas formas, estamos ante una cuestión polémica. De hecho, en el reciente informe de la Comisión Europea «Propiedad Intelectual e Inteligencia Artificial» (2019), se ha señalado literalmente que:

Los recientes logros en las técnicas de IA han permitido a las máquinas alcanzar un nivel de autonomía que permitiría caracterizar la contribución humana al proceso creativo o inventivo como trivial. Podríamos estar adentrándonos en una era en

¹⁸ U.S. Copyright Office. *Compendium of U.S. Copyright Office Practices*. § 313.2 (3.ª ed. 2014, última actualización, diciembre de 2017).

la que las máquinas no solo ayudarán a los humanos en el proceso creativo, sino que crearán o inventarán todo por sí mismas (Iglesias *et al.* 2019, p. 12).

Esta distinción «obras producidas por sistemas de IA autónomamente» y «obras producidas por sistemas de IA en las que se verifica una contribución humana relevante» podría suponer un primer filtro en orden a reservar la protección por el derecho de autor a estas últimas. No obstante, también podría denegarse la protección por el derecho de autor a las obras en las que se verifica una contribución humana relevante en la medida en que la «máquina» (en este caso el sistema de IA) no constituye una mera herramienta al servicio del autor humano. Finalmente, también podría optarse por proteger a las obras generadas por sistemas de IA autónomamente, solución que, sin duda, resultaría plenamente satisfactoria para los inversores en esta clase de tecnología¹⁹.

3.4. La autoría de las obras creadas por inteligencia artificial

3.4.1. La protección de las obras producidas por sistemas de IA autónomamente

A) La creatividad como don exclusivo de los seres humanos

Tal y como hemos señalado previamente, bajo la categoría de «obras generadas autónomamente por IA» se agrupan aquellas obras producidas por sistemas de IA en las cuales no es posible identificar un autor humano. En estos supuestos, en efecto, la intervención humana es inexistente o, en todo caso, irrelevante para poder fundamentar el principio de autoría humana. En este escenario surge la siguiente cuestión: ¿se puede calificar como autor al sistema de IA?

Las leyes sobre propiedad intelectual a nivel mundial optan por enfoques diferentes en muchas cuestiones y, como no podía ser de otra forma, también en el tema objeto de estudio. En todo caso, cabe señalar que –al menos bajo el panorama legislativo actual– la protección que otorga la propiedad intelectual debe otorgarse exclusivamente a favor de autores «humanos». Es más, la gran mayoría de las legislaciones sobre propiedad intelectual a día de hoy (incluyendo Europa continental, Estados Unidos y Australia) exigen la creatividad humana como un presupuesto para la protección. Esta concepción se basa en una idea tradicionalmente asentada: son objeto de propiedad intelectual las obras originales creadas por una persona natural o física.

¹⁹ Una cuestión recurrente al discutir esta problemática es la relativa a los efectos que desplegaría una eventual protección de las obras creadas por IA. Pues bien, incluso aunque este tipo de obras no alcancen la calidad de aquellas creadas por seres humanos, siempre ha habido un mercado para contenidos de baja calidad y bajo coste, y la IA proporciona herramientas rentables para producir justamente eso. Por lo demás, las empresas que invierten en IA pueden estar interesadas en que, no ya el público en general, sino sus competidoras, utilicen contenidos generados mediante la citada tecnología.

En efecto, los textos legislativos reservan la protección que otorga la propiedad intelectual para las personas físicas²⁰. En España, sin ir más lejos, el artículo 5 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (en adelante, LPI)²¹, bajo el epígrafe «Autores y otros beneficiarios», establece en su apartado primero lo siguiente: «1. Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica». Así las cosas, únicamente la persona natural que crea una obra literaria, artística o científica es autor (y a la vez titular de la propiedad intelectual sobre la misma) por el mero hecho de la creación (art. 1)²².

En este contexto, la atribución en exclusiva de la condición de «autor» a las personas físicas excluiría a las máquinas, incluso cuando los resultados que produjesen pudieran parecer externamente obras de ingenio (Saiz García, 2017, p. 226). En vista de lo apuntado, por mucho que el sistema de IA crease de manera absolutamente autónoma una obra susceptible de ser protegida, dicho sistema nunca podría calificarse como «autor».

En el ámbito de nuestro ordenamiento, Saiz García (2019) ha señalado acertadamente que

desde la actual configuración de nuestro ordenamiento jurídico, *no es posible que un resultado fruto exclusivamente de la labor «intelectual» no humana acceda a la protección del Libro Primero del TRLPI. El principio de autoría, fundamento del sistema continental europeo del Derecho de autor, se opone a la posibilidad de que nazca un derecho de esta naturaleza si el resultado no es fruto de la labor de la inteligencia humana (p. 12).*

En efecto, tal y como apunta la autora,

la exigencia de que exista una persona física como agente activo del proceso creativo es, por tanto, un requisito previo a la creación, por lo que se niega el nacimiento del derecho de autor en todos aquellos casos en que la obra de ingenio haya sido creada por cualquier otro tipo de agente diferente del ser humano (ani-

²⁰ El artículo 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 declara que «toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora».

²¹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, «BOE» núm. 97, de 22 de abril de 1996 (última actualización publicada el 2 de marzo de 2019).

²² En palabras de Rodríguez Tapia (2009, pp. 98-99), «el autor –a quien el Código Civil reconoce una propiedad genérica (explotar la obra y disponer de ella) y la Ley un conjunto de derechos patrimoniales y morales– no puede ser más que una persona natural. Sin embargo, la LPI siempre ha utilizado la expresión "se considera autor" en vez de "es autor", lo que parece un reconocimiento o concesión de la Ley. Si el legislador cambia en el futuro de parecer podrá considerar autor algo o alguien diferente [...], produciéndose la invasión por elementos extraños al fundamento autoral, la creatividad y la facultad humana de creación artística, científica y literaria».

males, agentes naturales, máquinas, etc.). Ni en el sorprendente caso de la perfecta emulación del cerebro humano por un sistema de inteligencia artificial, el resultado producido exclusivamente por la máquina podría calificarse como obra de ingenio ni daría lugar al nacimiento del derecho de autor (p. 15)²³.

El enfoque señalado puede comprenderse mejor si tenemos en cuenta el célebre caso del *selfie* realizado por un macaco negro crestado llamado Naruto. En julio de 2011, el fotógrafo británico David Slater viajó a la reserva Tangkoko situada en la isla de Sulawesi (Indonesia) con la finalidad de fotografiar la fauna local. Durante un retiro de tres días, en el segundo de ellos siguió a un grupo de 25 monos hasta un lugar en el que se detuvieron a descansar. En ese momento, el fotógrafo intentó tomar una foto muy cercana de la cara de un mono usando un gran angular, pero los monos se ponían nerviosos y no le permitían acercarse demasiado. Por tal motivo, decidió colocar la cámara en un trípode y, a partir de ahí, los monos jugaron con la cámara y sorprendentemente se hicieron varios *selfies*, uno de los cuales llamaría posteriormente la atención de todo el planeta.

Figura 7



²³ La autora admite implícitamente, por tanto, la posibilidad de que eventualmente existan resultados producidos exclusivamente por máquinas. De forma más contundente, Yanisky-Ravid (2017, p. 701) señala lo siguiente: «Mi argumento se basa en la comprensión de que los sistemas automatizados de IA no solo evolucionan independientemente después de que el programa se haya completado, sino que también evolucionan de manera impredecible, incluso para los programadores humanos que los crearon. Esta conclusión se deriva del hecho de que la conexión y las similitudes que los sistemas de IA dibujan ni son realizadas ni conocidas por los programadores».

La imagen, tomada por el macaco, sería el origen de varios conflictos legales, en los cuales se discutió si la fotografía podía calificarse como una obra susceptible de ser protegida por la propiedad intelectual y si Naruto podía ser calificado como autor de la misma.

A efectos de lo que aquí interesa, el Sr. Slater –después de haber instado en repetidas ocasiones la retirada de la fotografía– reprochó a Wikimedia Commons que reprodujese y alojase la imagen en línea sin su autorización. Por lo que respecta a los argumentos jurídicos utilizados por las partes, en esencia Wikimedia sostuvo que la fotografía controvertida no podía constituir una «obra artística» en su acepción por el derecho de autor, ya que el Sr. Slater no había participado directamente en la creación de la imagen, por lo que esta no cumplía con el requisito de ser una "creación intelectual propia del autor». Por su parte, el fotógrafo alegó que él había diseñado la situación que condujo a la toma de la fotografía: había viajado a Indonesia, se familiarizó con el grupo de animales salvajes y sacrificó una cantidad significativa de tiempo en la instalación del equipo fotográfico para crear un ambiente favorable que animó a los macacos a utilizar la cámara. Teniendo en cuenta su participación en la realización de la imagen, el Sr. Slater defendió que su contribución fue suficiente como para ser considerado autor.

A la vista de tales argumentos, en el año 2014 la United States Copyright Office decidió que la fotografía no era susceptible de ser protegida por derechos de autor. De acuerdo con la oficina,

Solo las obras creadas por un humano pueden ser objeto de derechos de autor en virtud de la legislación de los Estados Unidos, que excluye las imágenes y las obras de arte creadas por animales o por máquinas sin intervención humana [...] la legislación sobre derechos de autor se limita a las concepciones intelectuales originales del autor.

Así las cosas, en la medida en que se concluyó que el fotógrafo no había realizado la fotografía, la misma no debía ser protegida a través de la propiedad intelectual.

En este escenario, no parece arriesgado trasladar las enseñanzas del caso del «*selfie* de Naruto» a las obras creadas por sistemas de IA cuando la intervención humana es inexistente o, en todo caso, insuficiente para fundamentar el principio de autoría humana: dichas obras no podrán gozar de la protección que otorga la propiedad intelectual y los sistemas de IA que las crearon no podrán calificarse como autores.

La idea central de que la protección vía propiedad intelectual requiere un «autor» o «creador» humano ha sido recalcada por la United States Copyright Office en diversas ocasiones. Así, en el Compendium of U.S. Copyright Office Practices: Chapter 300, la oficina declara expresamente que no registrará «obras producidas por una máquina o un mero proceso mecánico que funciona de forma aleatoria o automática sin ninguna aportación o intervención creativa de un autor humano» (§ 313.2)²⁴.

²⁴ U.S. Copyright Office - Compendium of U.S. Copyright Office Practices (3.ª ed. 2014, última actualización, diciembre de 2017).

B) ¿Hay futuro para las obras producidas por sistemas de IA autónomamente?

a) *Computer-generated works*

Tal y como hemos apuntado en el epígrafe anterior, bajo el panorama legislativo actual, en el ordenamiento jurídico español (y, cabría añadir, en la mayor parte de los ordenamientos) las obras creadas por sistemas de IA autónomamente no son objeto de protección por la propiedad intelectual.

La citada conclusión no puede extrapolarse a aquellos ordenamientos que sí han apostado por proteger las «obras generadas por computadora» o «*computer-generated works*». Y es que países como Hong Kong, la India, Irlanda, Nueva Zelanda o el Reino Unido contemplan en sus respectivas legislaciones en materia de propiedad intelectual posibilidades en este sentido.

De acuerdo con las legislaciones de los citados países, cuando es la máquina la que crea en circunstancias tales que no es posible identificar un autor humano, la condición de autor recae en aquella persona que realiza los arreglos necesarios para la creación de la obra. Parece, por tanto, que las citadas legislaciones están pensando en los supuestos de una intervención humana mínima o de baja intensidad y no en los supuestos en los que ni siquiera se verifica dicha intervención. Y es que, si el sistema de IA generase una obra de manera absolutamente autónoma (esto es, sin intervención humana de ningún tipo), no tendría sentido atribuir la condición de «autor» a la persona que realiza «los arreglos necesarios para la creación de la obra», ya que ninguna persona habría realizado tales arreglos.

La solución apuntada, que nace en el marco de las *computer-generated works* y que resulta perfectamente aplicable a las obras creadas por IA, elimina toda problemática relativa a la autoría (o, dicho de otra forma, a la exigencia de un autor humano) y centra el debate en el requisito de la originalidad. En efecto, una vez admitido que la obra creada autónomamente por la máquina es susceptible de protección, será necesario verificar que la misma puede calificarse como «original» en atención a la acepción del término que se maneje en la jurisdicción correspondiente.

Este enfoque se describe claramente en la legislación británica sobre derechos de autor, en particular en el artículo 9.3 de la Copyright, Designs and Patents Act 1988. De acuerdo con este precepto: «En el caso de una obra literaria, dramática, musical o artística generada por computadora, se considerará que el autor es la persona que realiza los arreglos necesarios para la creación de la obra». La previsión mencionada ha de conectarse necesariamente con el artículo 178, que define la «obra generada por computadora» como aquella que «es generada por una computadora en circunstancias tales que no existe un autor humano de la obra».

Así las cosas, en la categoría de «obras generadas por computadora» se incluirían aquellas obras en las que, pese a haber intervención humana, la misma es insuficiente para fun-

damentar el principio de autoría (si no fuese así nunca podría afirmarse categóricamente «que no existe un autor humano de la obra»). Tal y como se ha destacado, «la idea subyacente a esta disposición es crear una excepción para todos los requisitos de autoría humana, al reconocer el trabajo que entraña la creación de un programa capaz de generar obras, aunque la chispa creativa surja de la máquina».

En vista de lo apuntado, el artículo 9.3 de la Copyright, Designs and Patents Act británica constituye un magnífico ejemplo que ilustra la posibilidad de proteger las obras creadas de manera autónoma por los sistemas de IA a través del derecho de autor. Tales sistemas no se consideran «autores» («el autor es la persona que realiza los arreglos necesarios para la creación de la obra»), pero las obras creadas autónomamente por ellos son, igualmente, dignas de protección.

La solución mencionada, por el momento impensable en los ordenamientos clásicos pertenecientes al sistema del *Civil Law*, merece –como mínimo– explorarse. De todas formas, no parece la más idónea.

En el Reino Unido, el requisito de la originalidad principalmente tiene en cuenta que la obra haya sido creada por el autor como resultado de su habilidad, criterio, trabajo y esfuerzo («*author's own skill, labour, judgment and effort*»), el conocido como «*sweat of the brown principle*» o «principio de sudar la frente» (Bently, 2018, pp. 96-98). De esta forma, si defendemos la aplicación del citado principio al «autor de derecho» (la persona que realiza los arreglos necesarios para la creación de la obra) y no al creador de hecho (el sistema de IA) –ya que esta clase de aplicaciones carecen de una conciencia que les permita percibir la recompensa de su eventual «esfuerzo»– podría aceptarse que las obras creadas autónomamente por sistemas de IA son originales. Del mismo modo, otros ordenamientos, como el estadounidense, exigen un mínimo grado de creatividad (*vid.* la Corte Suprema en *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co*)²⁵, por lo que la gran mayoría de las obras generadas por IA cumplirían sin problemas con el mencionado requisito (Denicola, 2016, p. 272).

Por el contrario el TJUE, a partir del asunto Infopaq²⁶ establece que el estándar de originalidad exige que las obras expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (art. 10 TRLPI), sean «fruto de la creación intelectual propia de su autor». Este requisito, a la luz de otras decisiones del tribunal comunitario, obliga en realidad a los autores a imprimir a las obras su «toque personal»²⁷.

²⁵ *Vid. Feist Publications, Incorporated v. Rural Telephone Service Company, Incorporated* [1991] 499 U.S., p. 340.

²⁶ STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2009, «Infopaq» (Asunto C-5/08 [NCJ049913]) ECLI:EU:C:2009-06569.

²⁷ STJUE (Sala Tercera) de 1 de marzo de 2012, «Football-Dataco» (Asunto C-604/10) ECLI:EU:C:2012:115 o STJUE (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2011, «Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH y otros» (Asunto C-145/10 [NCJ055920]) ECLI:EU:C:2011:798.

Así, en *Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH y otros*, el TJUE señaló literalmente que «una creación intelectual se atribuye a su autor cuando refleja su personalidad. Pues bien, así sucede cuando el autor ha podido expresar su capacidad creativa al realizar la obra tomando decisiones libres y creativas»²⁸:

En este contexto, parece claro que las obras creadas de manera autónoma por los sistemas de IA no solo chocarían con el requisito del autor «humano», sino también con el de la originalidad en sentido subjetivo, en la medida en que –tal y como hemos apuntado– la doctrina del TJUE exige que las obras susceptibles de protección reflejen la personalidad del autor²⁹.

En conclusión, la postura adoptada para la protección de las «obras generadas por ordenador» no parece la más operativa. Dicha «solución» se encontraría con varios obstáculos: el primero, que la obra es generada por una máquina y no por un ser humano; el segundo, que se considera autor a alguien que no crea, sino que únicamente es un mero instigador del proceso creativo; y, el tercero, que en tales obras no hay ni rastro de originalidad subjetiva. A todo esto cabría añadir que, después de forzar hasta el extremo los fundamentos del derecho de autor, todavía nos encontraríamos con la problemática de identificar «a la persona que realiza los arreglos necesarios para la creación de la obra».

b) *Works made for hire*

En el ámbito de la legislación estadounidense de derechos de autor, se ha propugnado adaptar la doctrina de las «*works made for hire*» («obras hechas por encargo») a los sistemas de IA (Yanisky-Ravid, 2017, *passim*)³⁰. A efectos de resumir esta doctrina, cabe afirmar que la persona que crea una obra es considerada autora y titular de los derechos sobre la misma. Sin embargo, en virtud de la normativa estadounidense contenida en las secciones 101 y 201 de la Copyright Act, el empresario o comitente que ha encargado la obra a un tercero ostenta la condición de autor y titular de los derechos correspondientes. De esta forma, como acertadamente destaca Navas Navarro (2018, p. 284), «se diferencia entre autor material y autor jurídico. El autor jurídico es el titular de los derechos de explotación y es el que los ejercita en relación con la obra producida por el autor material».

²⁸ STJUE (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2011, «Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH y otros», cit. parágrafos 88 y 89.

²⁹ En esta línea se ha apuntado que «la aplicación de este estándar de originalidad excluye la idoneidad de determinadas actividades humanas para conducir a resultados "originales". La pericia, las actividades de carácter puramente técnico o mecánico, el esfuerzo (por enorme que sea), la inversión económica, etc. son aspectos irrelevantes a la hora de determinar el nacimiento de este derecho exclusivo» (Saiz García, 2019, p. 19).

³⁰ También sobre esta cuestión, Bridy (2012, p. 26).

Así las cosas, la regulación de las «obras hechas por encargo» otorga la condición de autor (y titular de derechos) a un empleador que no juega ningún papel directo en el proceso creativo alcanzado por el empleado. En consecuencia, si aplicásemos esta doctrina a las obras generadas autónomamente por IA, y caracterizásemos a la máquina como un empleado, sortearíamos el obstáculo de que el programador o el usuario del sistema no desarrollan una intervención relevante o suficiente en la creación de la obra. Y ello porque, como hemos señalado, la desconexión total entre el empleador y el resultado alcanzado por el empleado no impide al primero ser el autor de los frutos del segundo.

En relación con esta problemática, Yanisky-Ravid (2017, *passim*) propone un modelo denominado *IA work made for hire (WMFH)*, que considera al sistema de IA como un empleado creativo o un contratista independiente del usuario. Según este modelo propuesto, la propiedad, el control y la responsabilidad se impondrían a los seres humanos o entidades jurídicas que utilizan los sistemas de IA y disfrutan de sus beneficios. De todas formas, como acertadamente se ha destacado, «si las computadoras carecen de "personalidad" a los efectos de la titularidad del *copyright*, parece erróneo caracterizarlas entonces como "empleados" a los efectos de la doctrina de las obras hechas por encargo» (Denicola, 2016, p. 283).

c) Derechos conexos o un nuevo derecho *sui generis*

En otro orden de cosas, se ha discutido si sería conveniente (y a la vez factible) proteger las obras creadas de forma completamente autónoma por las máquinas a través de los derechos conexos al derecho de autor regulados en el libro II de la LPI: («De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección *sui generis* de las bases de datos»)³¹. Se trataría así de mantener la protección de un resultado que no encuentra acomodo en el libro I («De los Derechos de autor), en el estricto ámbito de la propiedad intelectual. En concreto, el derecho sobre este tipo de obras podría guardar un cierto paralelismo con el derecho *sui generis* del fabricante de una base de datos, máxime si tenemos en cuenta que la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos (DBD) persigue entre sus objetivos incentivar la inversión en el sector³². De todas formas, la propia DBD establece en

³¹ «Los derechos conexos son aquellos que otorgan protección a quienes, sin ser autores, contribuyen con creatividad, técnica u organización, en el proceso de poner a disposición del público una obra. Estos derechos son muy heterogéneos entre sí pues engloban, además de los derechos correspondientes a los artistas, intérpretes o ejecutantes, los relativos a los productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales, a las entidades de radiodifusión, a los realizadores de meras fotografías y a los editores de determinadas obras. Se trata de derechos de reconocimiento relativamente reciente. A nivel internacional, se introdujeron con la Convención de Roma de 1961 (Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión) y en el ordenamiento español encontraron reconocimiento en 1987, con la entrada en vigor de la Ley de propiedad Intelectual. Su disciplina se encuentra actualmente recogida en el Libro II del TRLPI». <www.institutoautor.org>.

³² Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de las bases de datos, DOCE n.º L 77/20 de 27 de marzo de 1996.

su artículo 3.1 que únicamente serán susceptibles de protección «las bases de datos que por la selección o la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor» y, en las obras producidas autónomamente por los sistemas de IA, son las máquinas las que asumen la creación de las correspondientes obras sin que pueda en ningún caso hablarse de una «creación intelectual propia del autor»³³.

Teniendo en cuentas las dificultades existentes, también se ha planteado la posibilidad de la creación de una regulación *ad hoc* para la protección de este tipo de obras que no necesite, por tanto, un acomodo en las categorías legales preexistentes. Tal y como se ha puesto de relieve, si se concluyera que la introducción de una regulación específica es necesaria y positiva, sería imprescindible definir claramente su verdadero fundamento, determinar el objeto de este nuevo derecho, quién debe considerarse titular del mismo, qué facultades integrarían su contenido, así como la duración de las mismas (Saiz García, 2019, pp. 32-33).

C) La integración de las obras producidas autónomamente por sistemas de IA en el dominio público

Más allá de las posibilidades apuntadas en el apartado precedente, considero que la mejor opción es que las obras producidas de manera autónoma por los sistemas de IA queden al margen de la protección que otorga la propiedad intelectual y pasen a formar parte del dominio público³⁴.

El fundamento de la legislación sobre propiedad intelectual es proteger a los autores a través de los correspondientes derechos patrimoniales y morales sobre sus creaciones. De esta forma, la concesión de derechos de propiedad intelectual es el motor que impulsa a los autores (o a sus cesionarios) a crear, exponer, desarrollar y distribuir sus obras, contribuyendo así al interés público³⁵; otorgar derechos de autor a las máquinas o, en todo caso, proteger vía derechos de autor las obras creadas por ellas autónomamente (con una intervención humana inexistente o, en todo caso, irrelevante para fundamentar el principio de autoría humana) no parece compatible con los fundamentos de una propiedad intelectual que protege el esfuerzo y el espíritu humanos³⁶.

³³ En este sentido, *vid.* Sanjuán Rodríguez (2019, p. 92).

³⁴ Sin perjuicio de que se establezca un derecho *sui generis* a percibir una compensación para aquel que haya invertido recursos humanos y económicos en la creación del sistema experto o agente inteligente o en la adquisición de este para la creación de una obra, y que pagaría el usuario de la misma.

³⁵ En un mismo sentido *vid.* la AAP (Association of American Publishers) en el Documento de respuesta a la consulta pública lanzada por la OMPI en su Borrador del documento temático sobre las políticas de propiedad intelectual y la inteligencia artificial (Diálogo de la OMPI sobre Propiedad Intelectual [PI] e Inteligencia Artificial [IA], Segunda Sesión), p. 3.

³⁶ En palabras de G. Noto la Diega, «por muy buenas razones, el sistema de derechos de autor siempre ha estado íntimamente asociado con el espíritu creativo humano y con el respeto y la recompensa por la

Los sistemas de IA que producen obras de arte autónomamente no necesitan incentivos para realizar sus creaciones (irónicamente se ha señalado que «proporcionar a los sistemas de IA cables, dispositivos electrónicos, conexión a internet y materiales debería ser suficiente») (Yanisky-Ravid, 2017, p. 702) y los usuarios que desarrollan una actividad meramente banal, pasiva o mecánica no los merecen. Son los programadores los que precisan estímulos para crear y desarrollar sistemas avanzados y automatizados de IA, pero los programadores (o las entidades para las que trabajan) ya poseen los respectivos derechos de autor sobre el *software* que pueden explotar en forma de ingresos por ventas o *royalties* por licencias. Dicho de otra forma, partiendo de que existan máquinas capaces de crear arte de manera autónoma, ¿cuál sería la finalidad de otorgar protección a las mismas? El programador no crea la obra (lo hace la máquina) y el fruto de la creación del programador (el *software*) ya es objeto de protección.

Por lo demás, si protegemos vía propiedad intelectual a las obras creadas autónomamente por un *software* que, en sí mismo, es objeto de protección por la propiedad intelectual, estaríamos incurriendo en una situación, cuando menos, paradójica. Los seres humanos crean obras protegidas por *copyright* pero ellos, a diferencia de las máquinas, no son una obra protegida sobre la cual reclamar derechos de autor.

Incluso, si como se ha planteado en alguna ocasión, los sistemas de IA llegasen a gozar de personalidad (actualmente carecen de ella tanto desde un punto de vista jurídico como psicológico), algo que en sí mismo es susceptible de ser protegido por derechos de autor, sería calificado como autor (y no simplemente «de hecho» como sucede en el caso de las *computer generated works*)³⁷. No parece aventurado imaginar una serie de problemas que

expresión de la creatividad humana y el fomento de la misma. Las obras generadas de manera autónoma por la IA deben quedar excluidas de la protección de los derechos de autor, si el sistema quiere ser un instrumento para alentar y favorecer la dignidad de la creatividad humana sobre la creatividad de la máquina». Documento de respuesta a la consulta pública lanzada por la OMPI en su Borrador del documento temático sobre las políticas de propiedad intelectual y la inteligencia artificial (Diálogo de la OMPI sobre Propiedad Intelectual [PI] e Inteligencia Artificial [IA], Segunda Sesión), 13 de diciembre de 2019, p. 11.

En una misma línea, *vid.* Getty Images en el Documento de respuesta a la consulta pública lanzada por la OMPI en su Borrador del documento temático sobre las políticas de propiedad intelectual y la inteligencia artificial (Diálogo de la OMPI sobre Propiedad Intelectual [PI] e Inteligencia Artificial [IA], Segunda Sesión), p. 3.

³⁷ La problemática en torno a si se debe reconocer personalidad jurídica a los sistemas de IA y a los robots autónomos fue abordada por el Parlamento Europeo en su Resolución de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). En ella se insta a la Comisión a «crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente» (apartado 59.f). No obstante, recientemente, el Grupo de Expertos sobre responsabilidad y nuevas tecnologías de la Comisión Europea ha descartado esta

dicho escenario plantearía: el primero, lidiar con máquinas inmortales «creadoras» de obras que nunca integrarían el dominio público, o lo que es todavía peor, certificar la defunción de las máquinas para poder iniciar así el cómputo del plazo de expiración de los derechos patrimoniales de unos «autores» ciertamente peculiares.

En otro orden de cosas, sin entrar en cuestiones relativas a la calidad de los resultados, los sistemas de IA están en condiciones de producir un enorme volumen de obras en un tiempo récord. En consecuencia, si se optase por proteger las obras generadas autónomamente por las máquinas inteligentes, la casuística podría ser inabarcable y no resultaría aventurado predecir el dramático aumento de los litigios en materia de derechos de autor. En este sentido Saiz García (2019) subraya que «a nadie se le escapa que dejar sin protección a este tipo de obras contaría con la ventaja adicional de descongestionar las redes de contenidos sujetos a derechos exclusivos y exonerarnos de definir nuevos límites o excepciones que permitan encontrar el justo equilibrio entre el derecho del fabricante y el público en general» (p. 39).

En vista de todo lo apuntado, si en el momento de escribir estas líneas o en un futuro llegasen a existir sistemas de IA capaces de generar de manera completamente autónoma (esto es, sin intervención humana de ninguna clase) obras formalmente susceptibles de protección por el derecho de autor, tales obras deberían quedar al margen de la tutela que ofrece este sector del ordenamiento y pasar a integrar el dominio público. Tal y como hemos señalado, la exigencia de que exista una persona física como agente activo del proceso creativo es un requisito previo a la creación, por lo que el derecho de autor no surge en aquellos supuestos en los que la obra de ingenio haya sido creada por cualquier otro tipo de agente diferente del ser humano (animales, agentes naturales, máquinas, etc.).

Por lo que respecta a aquellas obras generadas por IA con una intervención humana irrelevante o insuficiente para fundamentar el principio de autoría (y que también hemos incluido en el concepto de «obras generadas autónomamente por IA») la opción del dominio público se antoja igualmente la más justa. Esta clase de obras, protegidas por algunos ordenamientos a través de la citada figura de las *computer-generated works*, crea una excepción para todos los requisitos de autoría humana, al reconocer el trabajo que entraña la creación o utilización de un programa capaz de generar obras, aunque la chispa creativa surja de la máquina. En relación con esta problemática, y por los motivos expuestos, no vemos la necesidad de proteger vía derechos de autor la actividad desarrollada por personas que no pueden calificarse como autores de las correspondientes obras (*computer-generated works*, recordemos, son «obras generadas por una computadora en circunstancias tales que no existe un autor humano de la obra»), pero que se consideran como tales a través

posibilidad en su Informe sobre responsabilidad derivada de la inteligencia artificial y otras tecnologías digitales emergentes («Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies, Report from the Expert Group on Liability and New Technologies») (2019), p. 37 y ss.

de una ficción legal que premia una actividad de baja intensidad, en todo caso, insuficiente para fundamentar el principio de autoría.

Así las cosas, consideramos que la protección vía derechos de autor requiere no solo «la presencia de un ser humano tras la máquina», sino también la autoría humana de la obra objeto de protección. Dicho de otra forma, la protección vía derechos de autor requiere un autor humano en el sentido clásico del término que aúne concepción y ejecución de la obra. Es esta, en nuestra opinión, la solución más justa, práctica y coherente con los fundamentos de un derecho de la propiedad intelectual que aspira a proteger el esfuerzo y espíritu humanos.

3.4.2. La protección de las obras producidas por sistemas de IA con una contribución humana relevante

Hasta el momento hemos analizado cómo, en la mayoría de las legislaciones, las obras artísticas creadas de manera autónoma por sistemas de IA no son protegibles por el derecho de autor. El enfoque podría cambiar radicalmente, sin embargo, cuando hablamos de obras generadas por máquinas en las cuales el factor humano resulta relevante³⁸. En efecto, el hecho de que las obras producidas mediante procesos mecánicos totalmente aleatorios no puedan acceder a la protección que otorga la propiedad intelectual, no impide que las obras de autoría humana contengan elementos generados por procesos automatizados³⁹. En estos procesos artificiales y automatizados, podemos mirar a las personas físicas como posibles autores y a los sistemas de IA como meras herramientas por muy sofisticadas o complicadas que sean.

En una misma línea, en relación con las obras generadas por ordenador, ya a principios de la década de los noventa, Miller (1993) sostenía lo siguiente:

Es prematuro pensar en una obra artística que sea verdaderamente el producto de la mente de un ordenador. De hecho, es cuestionable si ese tipo de creación se materializará en un marco temporal que siquiera valga la pena considerar. Las obras "generadas por ordenador" de hoy en día todavía tienen autores humanos identificables, y así seguirá siendo previsiblemente en el futuro. Por lo tanto, el elemento humano en la creación de estas obras es suficiente para sostener su protección por el derecho de autor y resolver cualquier cuestión relativa a su autoría (p. 1.049).

³⁸ Tal y como acertadamente se ha destacado, «comprender el grado de participación humana que hay detrás de una IA es vital para los abogados y las partes interesadas en la propiedad intelectual, especialmente en el campo del derecho de autor, en el que se presume que el autor es un ser humano». Vid. Noto la Diega (10 de marzo de 2020, p. 3).

³⁹ *Vid.*, en una misma línea, Azuaje Pirela (2020, pp. 334).

Sirvan como ejemplos *Edmond de Belamy*, para cuya creación el sistema de IA fue alimentado con un conjunto de datos tomados de 15.000 retratos pintados entre los siglos XIV y el XX⁴⁰, o *El próximo Rembrandt*, resultado de 18 meses de trabajo, que involucró a historiadores del arte, científicos, desarrolladores e ingenieros⁴¹. Y es que, como acertadamente se ha destacado: «actualmente, la mayoría de los resultados que producen las máquinas han sido preparados, alimentados, seguidos y validados en última instancia por un equipo humano precisamente con esa finalidad» (Saiz García, 2019, p. 18). Las citadas obras, por lo demás, son una buena muestra del éxito de técnicas de aprendizaje automático y aprendizaje profundo que, en la mayoría de las ocasiones, dependen de la ingesta y procesamiento de materiales protegidos por derechos de autor como pinturas, fotografías, vídeos, grabaciones de audio, novelas, artículos de revistas, etc.

Dicho esto, no podemos obviar que la presencia de un factor humano «relevante» en la creación de la obra generada por los sistemas de IA no deja de ser un concepto jurídico indeterminado que abre la puerta a múltiples interrogantes: el primero y más obvio, el relativo al nivel o grado de participación humana exigido en la creación de la correspondiente obra y su carácter o naturaleza. Por lo demás, cabe destacar que normalmente en estos supuestos el contenido de las obras aporta muy pocas evidencias sobre la participación concreta que las personas y el sistema de IA han tenido en el resultado. De hecho, como destaca Denicola (2016), «a medida que la tecnología sigue desarrollándose, se hace cada vez más difícil distinguir las obras generadas por computadora de sus homólogas totalmente creadas por el ser humano» (p. 3).

No parece, por tanto, que tales cuestiones puedan resolverse en abstracto sino, más bien, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Así las cosas, serán los elementos concurrentes en el supuesto de hecho enjuiciado los que inclinen la balanza hacia una participación humana «relevante» o «no relevante» en la creación de la obra.

Desde una perspectiva global, sí podemos apuntar que entre los criterios de valoración a tener en cuenta deberán figurar todos aquellos que permitan apoyar la conclusión de que la obra generada por el sistema de IA no es fruto del azar o de sus decisiones exclusivamente autónomas. A la hora de emprender una aproximación más específica a la problemática objeto de análisis, el ejemplo de *El próximo Rembrandt* (analizado en detalle en el epígrafe segundo) puede resultarnos útil. No cabe duda de que la participación en el proyecto de diferentes personas pertenecientes a diversos ámbitos (historiadores del arte, científicos e ingenieros) durante un considerable período de tiempo (18 meses) y el complejísimo proceso de creación de la pintura (4 fases) son circunstancias que permitirían defender una importancia decisiva del factor humano en la creación de la obra.

⁴⁰ Vid. nota 2.

⁴¹ En detalle sobre el proceso de creación de la obra vid. el epígrafe II del presente trabajo («El binomio Inteligencia Artificial y Arte»).

En cualquier caso, cabe señalar que todo este tipo de consideraciones resultarían estériles si las obras analizadas no cumplieren con los requisitos de protección que exige la legislación sobre propiedad intelectual. Dicho de otra forma, ningún valor tendría concluir que el factor humano en una concreta obra generada por IA es «relevante» si aquella no es susceptible de ser protegida por el derecho de autor.

En este sentido, como es bien sabido, las diversas legislaciones sobre propiedad intelectual protegen las creaciones que cumplen dos requisitos: a) *originalidad* y b) *expresión formal por cualquier medio o soporte*. En relación con este segundo requisito ha de afirmarse que la creación necesita ser «exteriorizada», manifestándose por cualquier medio o fijándose en cualquier tipo de soporte de forma tal que «las ideas deben ver la luz y salir de la mente de su creador» (Peinado Gracia, 2017, p. 285). Así las cosas, la exteriorización de las obras producidas por IA con intervención humana es un requisito que no plantea en este ámbito ninguna especialidad en relación con otro tipo de obras tradicionales.

En este estado de la cuestión, la condición clave para que una creación generada por IA pueda ser objeto de protección por la propiedad intelectual es la originalidad. En cualquier caso, la «originalidad» es un concepto no armonizado, evolutivo y de construcción jurisprudencial y doctrinal que no posee un significado, ni mucho menos, unívoco⁴². En relación con esta problemática, parece que nuestro Tribunal Supremo se decanta en los últimos tiempos por una novedad objetiva y, así, la STS (Sala Primera) de 26 de abril de 2017 (NCJ062393) señala expresamente que «prevalece una conceptualización objetiva de la originalidad, que conlleva una actividad creativa que, con independencia de la opinión que cada uno pueda tener sobre los logros estéticos y prácticos del autor, dote a la obra arquitectónica de un carácter novedoso y permita diferenciarla de otras preexistentes» (FJ 9.º). En particular, el Alto Tribunal ya había señalado en su STS (Sala Primera), de 24 de junio de 2004 (NCJ041832), que

según autorizada doctrina científica, el presupuesto primordial, para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador. En cualquier caso, es exigible que esa originalidad tenga una relevancia mínima⁴³.

En consecuencia, la visión objetiva de la originalidad deja el camino expedito para la protección en nuestro país de las obras generadas por IA con una participación huma-

⁴² La legislación europea únicamente ha abordado la delimitación del término con respecto a las fotografías, las bases de datos y los programas de ordenador a través de sus respectivas directivas.

⁴³ *Vid.* por todos, Bercovitz Rodríguez-Cano (2007, pp. 154-163).

na relevante. Al no requerirse una originalidad subjetiva, que refleje la personalidad del autor (si atendemos al modelo francés, la obra debe llevar el sello o la impronta personal del autor [*l'empreinte de la personnalité de l'auteur*]⁴⁴; a su vez, en Alemania la *UrhG* establece que la obra debe constituir una creación intelectual personal [*persönliche geistige Schöpfungen*])⁴⁵, tales obras serán obras susceptibles de protección por la propiedad intelectual. Por lo demás, el autor será aquel que aporte ese factor humano relevante, lo cual nos llevará a hablar de autores individuales o, como en el caso de *El próximo Rembrandt* a una obra en colaboración (art. 7 TRLPI) o, incluso, si se considerase que en este caso ING editó y divulgó bajo su nombre una obra creada bajo su iniciativa y coordinación, al esquema de la obra colectiva (art. 8 TRLPI).

En la línea que proponemos se sitúa la interesantísima (y muy reciente) sentencia dictada en enero de 2020 por un tribunal del distrito de Nanshan, en la provincia de Guangzhou (China). La decisión concede protección vía derechos de autor a un artículo escrito por un algoritmo de IA desarrollado por la empresa Tencent y que fue publicado –sin autorización de esta última– por una web de información local. El caso se remonta a agosto de 2018, cuando el sistema *Dreamwriter* escribió un artículo con información financiera basada en los índices de la bolsa de Shanghái y en diversos datos relativos al comercio internacional. Partiendo del hecho de que, dada su apariencia formal, el artículo podía considerarse una obra literaria susceptible de protección, el tribunal se enfrentó a dos cuestiones clave: ¿fue creado el artículo de forma independiente por la máquina? ¿Podía calificarse como «original»?

Pues bien, en relación con la primera cuestión, y a la vista de las circunstancias del caso concreto, el tribunal concluye que la labor del grupo de personas que en su momento trabajaron para Tencent constituía «una actividad intelectual que guarda una relación directa con la expresión concreta de la obra». En efecto, teniendo en cuenta la apariencia del artículo y su proceso de creación, la sentencia dictaminó que el resultado final debía atribuirse a una serie de decisiones y arreglos llevados a cabo por las personas que interactuaron con la máquina.

⁴⁴ En Francia, el derecho de autor se rige por el Código de la Propiedad Intelectual (CPI) del 1 de julio de 1992, que reúne las leyes relativas a la propiedad intelectual, en particular la Ley del 11 de marzo de 1957 y la Ley del 3 de julio de 1985. El texto señala en su artículo L 112-1 que "el presente código protege los derechos de los autores sobre todas las obras del espíritu". Sin embargo, el legislador no proporciona ninguna definición precisa de las obras en cuestión y no existe ninguna disposición en el IPC que permita establecer las condiciones sustantivas necesarias para el acceso a la protección. Por lo tanto, es la jurisprudencia la que ha llegado a establecer la condición esencial de la originalidad, que se exige a toda obra intelectual para obtener la protección del derecho de autor. Así, la mayoría de las decisiones adoptan un enfoque clásico y consideran que la originalidad se entiende como "el reflejo de la personalidad del autor". (Dorstter, 8 de enero de 2009).

⁴⁵ En Alemania, la *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG)* de 9 de septiembre de 1965, que regula el derecho de autor y derechos conexos, establece en su Sec. 2 (2) que «solo las creaciones intelectuales personales del autor constituyen obras en el sentido de la presente ley».

Una vez descartado que la obra hubiese sido creada de manera autónoma por el sistema de IA⁴⁶ (o, dicho de otra forma, una vez probada la intervención humana en el proceso creativo), el tribunal se enfrentó a la problemática de decidir si la obra debía calificarse como «original». Pues bien, de nuevo a la luz de los datos del supuesto, la sentencia sostuvo que el contenido del artículo reflejaba una selección, análisis y juicio crítico acerca de los datos y la información que había en el mercado de valores el día en que fue publicado. El tribunal también declaró que la estructura del artículo era razonable y su expresión lógica y clara. Así las cosas, el artículo controvertido era, sin lugar a dudas, original.

4. Consideraciones finales

El desembarco de la IA en el mundo del arte ha dejado de ser un escenario de ciencia ficción. Dicho esto, en el actual estado de desarrollo de la IA, puede afirmarse que la intervención humana en el proceso creativo continúa siendo en la inmensa mayoría de los casos imprescindible. Dejando constancia de que una eventual creación artística generada por la máquina de manera autónoma no debería de ser protegible por el derecho de autor, en mi opinión la problemática real (y extremadamente urgente) se plantea en relación con las obras producidas por sistemas de IA en las cuales la intervención humana se manifiesta de algún modo. En estos supuestos, en los cuales la labor de los creadores humanos se superpone con la labor «creadora» de la máquina, considero que no cabe negar *ab initio* –y en línea de principio– la protección que brinda la propiedad intelectual. Antes al contrario, habrá que valorar caso por caso la incidencia del factor humano en el resultado final y determinar, en consecuencia, si dicho resultado merece ser protegido.

Ya no estamos en la era en que las máquinas constituían un mero instrumento de apoyo técnico a la creatividad humana. Tampoco estamos (ni probablemente lo estemos nunca) en la era en que las máquinas sustituyan a los artistas porque, aunque el producto final fuese formalmente una obra de arte, dicha obra nunca podría reflejar el «alma» de un autor que no tiene alma. Vivimos en un tiempo en que los sistemas de IA, al menos en el ámbito artístico, pueden convertirse, no en enemigos, sino en aliados. Si es así, las obras de arte que nazcan fruto de esa colaboración y en las que se verifique una contribución humana relevante deberían tener la posibilidad de convertirse en obras protegidas. De esta forma, la propiedad intelectual, siempre asociada con el respeto y fomento de la creatividad humana, no traicionaría su esencia. Antes bien, seguiría siendo el instrumento idóneo para poner en valor creaciones que, pese a contar con la ayuda de máquinas inteligentes, continúan siendo, esencialmente, humanas.

⁴⁶ Dicha circunstancia excluiría, bajo la legislación de propiedad intelectual en China, su protección vía derechos de autor. En este sentido, *vid.* también el caso *Beijing Feilin Law Firm v. Baidu Corporation*, No 239 [2019], *Civil First Instance*, 25 de abril de 2019.

Referencias bibliográficas

- Allen, L. E. (1957). Symbolic Logic: A Razor-Edged Tool for Drafting and Interpreting Legal Documents. *Yale Law School Faculty Scholarship Series, paper 4519*.
- Azuaje Pirela, M. (2020). Protección jurídica de los productos de la inteligencia artificial en el sistema de propiedad intelectual. *Revista Jurídica Austral*, 1(1).
- Bently, L. et al. (2018). *Intellectual Property Law*. (5.ª ed.). Oxford University Press.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Dir.). (2011). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2007). Comentario al artículo 10. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (3.ª ed.). Tecnos.
- Brandom, R. (1 de junio de 2016). Google's art machine just wrote its first song. <https://www.theverge.com>.
- Bridy, A. (2012). Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author. *Stanford Technology Law Review*, 5.
- Castells i Marqués, M. (2019). Cocreación artística entre humanos y sistemas de inteligencia artificial. En Navas Navarro (Dir.), *Nuevos desafíos para el derecho de autor. Robótica, inteligencia artificial, tecnología*. Reus.
- Denicola, R. C. (2016). Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works. *Rutgers University Law Review*, 69.
- Dorstter, L. (8 de enero de 2009). Le concept d'originalité dans la législation française du droit d'auteur et dans celle du copyright anglais. *Les blogs pédagogiques de l'université Paris Nanterre*.
- Ginsburg, J. C. y Budiardjo, L. A. (2019). Authors and Machines. *Berkeley Technology Law Journal*, 34.
- Guadamuz, A. (2017). Artificial intelligence and copyright. *Revista OMPI*, octubre.
- Hristov, K. (2017). Artificial intelligence and the copyright dilemma. *IDEA, The IP Law Review*, 57(3).
- Hopfield, J. J. (1982). Neural networks and physical systems with emergent collective computational abilities. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 79.
- Iglesias, M., Shamuilina, S. y Anderberg, A. (2019). *Artificial Intelligence and Intellectual Property - A Literature Review*. EUR 30017 EN (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea).
- Jones, J. (6 de abril de 2016). The digital Rembrandt: a new way to mock art, made by fools. *The Guardian*.
- Jordan, L. (13 de abril de 2017). Inside the Lab That's Producing the First AI-Generated Pop Album. *Seeker*.
- Massaguer, J. (1999). *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas.
- Merrill, B. (17 de diciembre de 2014). It's Happening: Robots May Be the Creative Artists of the Future. *Make Use Of*.
- Miller, A. R. (1993). Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works; Is Anything New Since CONTU? *Harvard Law Review*, 106(5).
- Navas Navarro, S. (2018). Obras generadas por algoritmos: en torno a su posible protección jurídica. *Revista de Derecho Civil*, 5(2).
- Noto la Diega, G. (10 de marzo de 2020). Comments on WIPO's 'Draft Issues Paper on Intellectual Property and Artificial Intelligence', p. 3.



- Peinado Gracia, J. I. (2017). Comentario al artículo 10. Obras y títulos originales. En Palau Ramírez y Palao Moreno (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tirant lo Blanch.
- Pitol, S. (7 de noviembre de 2017). Con inteligencia artificial se logró pintar el último retrato de Rembrandt. <https://www.info-bae.com>.
- Rodríguez Tapia, J. M. (2009). Comentario al artículo 5. Autores y otros beneficiarios. En Rodríguez Tapia (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid.
- Saiz García, C. (2017). Comentario al artículo 5. Autores y otros beneficiarios. En Palau Ramírez y Palao Moreno (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tirant lo Blanch.
- Saiz García, C. (2019). Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor. *InDret*, 1/2019.
- Sanjuán Rodríguez, N. (2019). Inteligencia artificial y propiedad intelectual. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 52.
- Schaub, M. (22 de marzo de 2016). Is the future award-winning novelist a writing robot? *The L.A. Times*.
- Schjeldahl, P. (8 de abril de 2016). A few words about the faux Rembrandt. *The New Yorker*.
- Yanisky-Ravid, S. (2017). Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3a Era - The Human-Like Authors are Already Here - A New Model. *Michigan State Law Review*, 659.



Una deconstrucción del sistema de remuneración de los administradores en las sociedades de capital cerradas

Luis Hernando Cebría

*Profesor titular de Derecho Mercantil.
Universidad de Valencia*

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto 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.

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

Extracto

Entre las cuestiones más relevantes que atañen el derecho de sociedades de nuestro tiempo se encuentran aquellas que afectan a la retribución de los administradores sociales. La prelación normativa contenida en el artículo 217 de la Ley de sociedades de capital da lugar a tensiones entre los distintos intereses implicados, al paso que la legitimidad de la remuneración percibida por los administradores sociales es motivo de frecuentes controversias entre los socios. El presente trabajo aborda críticamente esta materia, con particular énfasis en la protección dispensada a los socios en las sociedades cerradas, como una cuestión tipológica, tras la mayor concreción establecida en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Para ello trata de recomponer el sistema legal de remuneración según las diferentes orientaciones dogmáticas y jurisprudenciales y la teleología de las normas que ordenan las competencias orgánicas en la fijación de las remuneraciones de los administradores sociales.

Palabras clave: remuneración; administradores; sociedades cerradas.

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

Cómo citar: Hernando Cebría, L. (2020). Una deconstrucción del sistema de remuneración de los administradores en las sociedades de capital cerradas. *Revista CEFLegal*, 238, 39-76.





A deconstruction of the directors' remuneration legal system in privately held companies

Luis Hernando Cebriá

Abstract

Directors' remuneration is one of the most relevant issues that concern the current company law. The regulation contained in article 217 of the Spanish Companies Act results in tensions among the different interests involved and the legitimacy of remuneration received by the company's directors is the cause of frequent disputes between shareholders. This work critically addresses this issue, with particular emphasis on the protection provided to shareholders in privately held companies, as a typological issue, after the regulation set forth in Law 31/2014, of December 3, amending the Law on Capital Companies for the Improvement of Corporate Governance. To this end, this paper seeks to recompose the legal system of remuneration according to the different dogmatic and jurisprudential guidelines and the teleology of the rules ordering social competences in the setting of the directors' remuneration.

Keywords: remuneration; directors; privately held companies.

Citation: Hernando Cebriá, L. (2020). Una deconstrucción del sistema de remuneración de los administradores en las sociedades de capital cerradas. *Revista CEFLegal*, 238, 39-76.

Sumario

1. La remuneración de los administradores como cuestión tipológica
 - 1.1. La evolución normativa y el influjo del gobierno corporativo: la separación tipológica entre las sociedades cotizadas y las no cotizadas
 - 1.2. La retribución de los administradores en las sociedades cerradas
 - 1.2.1. La gratuidad, los gastos derivados de los negocios a cargo de los administradores y las formas de retribución
 - 1.2.2. La prestación de servicios y obra: relaciones con el Derecho contractual
 - 1.2.3. La doctrina del «doble vínculo»: relaciones con el derecho laboral
2. La autorización estatutaria de la retribución
 - 2.1. La flexibilidad como panacea y sus límites. En particular sobre los límites de control registral
 - 2.2. La doctrina del «exceso de formalidad»
3. El papel protagonista de la junta general y la protección de los socios
 - 3.1. Los intereses en liza y los conflictos de interés
 - 3.2. Criterios de legitimidad de la retribución de los administradores
 - 3.3. El interés social y la impugnación de acuerdos abusivos
4. La posición del órgano de administración
 - 4.1. La remuneración y su incorporación en la formulación de las cuentas anuales
 - 4.2. El deber de diligencia en la determinación de la remuneración
 - 4.3. Infracciones del deber de lealtad
5. Consideraciones finales

Referencias bibliográficas

Nota: Trabajo integrado en el proyecto de investigación de excelencia «Fenomenología organizativa en el Derecho de sociedades: nuevos modelos de empresa societaria» (DER2017-83428-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que son investigadores principales el profesor José Miguel Embid Irujo y la profesora María de Lourdes Ferrando Villalba; y en el proyecto de investigación del programa estatal de I+D+I orientada a los retos de la sociedad, dentro del plan estatal de investigación científica y técnica y de innovación 2017-2020 «Transparencia y digitalización en el Derecho europeo de sociedades» (PID2019-105436RB-I00), del que son investigadores principales la profesora Carmen Boldó Roda y el autor.



1. La remuneración de los administradores como cuestión tipológica

1.1. La evolución normativa y el influjo del gobierno corporativo: la separación tipológica entre las sociedades cotizadas y las no cotizadas

Según el régimen anterior, en las sociedades anónimas los estatutos habían de establecer el sistema de retribución, mientras que en la sociedad limitada además era necesario, cuando la retribución fuera diferente a la participación en los beneficios sociales, que la junta general fijara la retribución para cada ejercicio. De esta forma, mientras que una eventual previsión estatutaria de la retribución adquiría un carácter abstracto en la sociedad anónima, debido a la mayor autonomía de los administradores respecto de la junta general, la mayor vinculación entre ambos órganos en la sociedad limitada exigía que necesariamente esta última quedara encargada de fijar la cuantía de la retribución para cada ejercicio social. En correspondencia, en la sociedad anónima la junta general únicamente podía establecer por vía estatutaria la remuneración del cargo, de acuerdo con el régimen que rige la modificación de los estatutos sociales, y en principio y a diferencia de la sociedad limitada, no le competía la adopción de específicos acuerdos de remuneración. Todo ello daba cuenta de la mayor separación entre la junta general y los administradores en las sociedades anónimas, que también encontraba expresión en la posibilidad de que solo en la sociedad limitada la junta general pudiera intervenir en los asuntos de gestión¹.

Advertido este distinto régimen según el tipo social, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, ha

¹ Con anterioridad a la reforma, sobre el distinto sistema seguido para el régimen de retribución de los administradores en las sociedades anónimas y en las sociedades limitadas, por todos, Duque Domínguez, (2011, pp. 719-735, esp. p. 728). Desde la perspectiva de la sociedad anónima por ello cobraba sentido que, en la compaginación del legítimo interés de los socios y las expectativas económicas de los administradores, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de febrero de 1993 exigiera la necesidad de imponer una «previsión estatutaria a fin de que los accionistas puedan formarse una idea precisa de la significación de los derechos económicos de los administradores y de su repercusión a la hora de la fijación de los beneficios sociales distribuibles».

supuesto una equiparación entre las reglas de remuneración en las sociedades limitadas y en las sociedades anónimas, mientras que ha configurado un régimen especial para las sociedades cotizadas. En resumen, en ambos tipos de sociedades no cotizadas corresponde a la junta general la aprobación del importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores. Por otro lado, en ambos tipos societarios la reforma prescinde de la necesidad de que la junta haya de fijar la cuantía de la remuneración para cada ejercicio social.

En paralelo, como una cuestión de tipología societaria, tras la reforma se advierte un diferente tratamiento de la retribución de los administradores en las sociedades cotizadas, en particular mediante el establecimiento de la competencia de la junta para establecer, al menos trianualmente, la política de remuneraciones de los consejeros (cfr. apdo. 3 art. 529 novodecies TRLSC)². En el resto de sociedades, sin embargo, el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Pero, además, en las sociedades cotizadas este singular régimen desarrolla específicas previsiones para la remuneración de los consejeros, además de en las menciones de la memoria, como documento necesario de las cuentas anuales de la sociedad, de forma separada en el «informe anual sobre remuneraciones de consejeros»³.

En consecuencia, el régimen de transparencia de las retribuciones concede un mayor espectro informativo al accionista de la sociedad cotizada, habida cuenta de que las informaciones anteriores habrán de someterse a votación, como punto separado del orden del día, en la junta general ordinaria (todo ello según las previsiones del apartado cuarto del artículo 529 novodecies TRLSC)⁴. El panorama actual ha de completarse, bajo la fórmula del *soft law* o derecho blando, con las recomendaciones 56 a 64 del Código de gobierno cor-

² A la fecha de redacción del presente trabajo, conviene tener presente, en el actual movimiento de reforma legislativa de las sociedades cotizadas, el proyecto de Ley de 7 de septiembre de 2020 que modifica el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, que obedece a la trasposición de la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE.

³ *Vide* la norma undécima del artículo 260 de la Ley de sociedades de capital y el artículo 61 ter de la anterior Ley del mercado de valores, añadido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que, además, en su artículo 27 incorpora los principios de buen gobierno corporativo y adecuada gestión del riesgo en relación con las remuneraciones de los ejecutivos. Todo ello en relación con la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2010/76/UE, de 24 de noviembre de 2010, respecto de los requisitos de capital para la cartera de negociación y las retitulizaciones y la supervisión de las políticas de remuneración. Con anterioridad, Martín Muñoz (2005).

⁴ Acerca de las diferentes posibilidades que presenta el llamado *say-on-pay*, bien como voto vinculante o consultivo de los accionistas en la junta, *ex ante* o *ex post* a la recepción de las remuneraciones, su extensión a los miembros del consejo de administración o también a los altos directivos, y su información individual o conjunta, y sobre la remuneración efectiva o potencial, entre otros aspectos a ser considerados, Barba Fau (2015) y Lozano Reina, Sánchez Marín y Baixauli Soler (2019). Con una perspectiva internacional, asimismo, Boeri, Lucifora y Murphy (2013).

porativo de las sociedades cotizadas de 2015⁵. Asimismo, más recientemente, los artículos 9 bis y ter de la Directiva (UE) 2017/828, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE sobre el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, se ocupan de aquellos aspectos relativos al ejercicio de voto del accionista sobre la política de remuneración y de la información que se le debe facilitar y de su derecho a votar sobre el informe de remuneraciones. En este orden de cosas, la directiva reconoce que la remuneración es uno de los instrumentos esenciales para garantizar que los intereses de las sociedades estén en consonancia con los de sus administradores.

Este distinto tratamiento, además de considerar las distintas posiciones de los administradores en su condición de tales y por las funciones ejecutivas que puedan asumir (cfr. arts. 529 septdecies y 529 octodecies TRLSC), reconoce que en las sociedades cotizadas, por su relevancia para la economía y su función de satisfacción de algunos servicios relevantes, la concepción de una política de remuneración de los administradores ha de ser acorde con la promoción de la sostenibilidad y la rentabilidad de la empresa en el largo plazo. Pero estas orientaciones, en principio previstas desde las normas comunitarias para estas sociedades, sin embargo, también han calado con carácter general en nuestro derecho de sociedades. En tal sentido, la Ley 31/2014 ha incorporado, para todas las sociedades de capital, la exigencia de que el sistema de remuneración establecido deba estar orientado a promover estos criterios y que haya de incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables. Con todo, tales exigencias, con independencia de los acuerdos de la junta general, cobran plena justificación en las sociedades cotizadas, en las que han de ser igualmente considerados y dignos de protección otros intereses distintos de los intereses individuales de los socios, de modo que no resulten disponibles para los accionistas⁶.

1.2. La retribución de los administradores en las sociedades cerradas

1.2.1. La gratuidad, los gastos derivados de los negocios a cargo de los administradores y las formas de retribución

Esta primera distinción tipológica resulta particularmente acusada en la presunción estatutaria en torno a la remuneración de los administradores sociales. En las sociedades no

⁵ Acerca de esta evolución normativa, más detenidamente Cohen Benchetrit (2019, pp. 574-575).

⁶ Recogen la diferente problemática en las sociedades cotizadas, con la bibliografía allí citada, Fernández del Pozo (2015, pp. 205-6) y Navarro Frías (2017, versión digital pp. 4-7 y 12), por cuanto a los problemas verticales entre administradores y socios, y no tanto horizontales entre socios, se unen la «restricción por escándalo», la exigencia de una orientación de la retribución acorde con el rendimiento en el largo plazo y el reconocimiento de rendimientos variables.

cotizadas el artículo 217 de la Ley de sociedades de capital (en adelante, LSC) configura la gratuidad del cargo como la regla general que, sin embargo, no excluye la posibilidad, por vía estatutaria, de establecer un sistema de remuneración (cfr. art. 23.e LSC). Por el contrario, y aun cuando la rúbrica del artículo 529 sexdecies de la LSC establece el carácter necesariamente remunerado del cargo de consejero en la sociedad cotizada, luego su texto invierte la presunción para admitir la disposición contraria de los estatutos.

La remuneración del administrador se ha de entender, desde un punto de vista económico, como una vía que permite incentivar su función de gestión en relación con la actividad y la eficiencia empresarial y, de forma mediata para, a la postre, procurar la maximización del interés social. Con todo, en las sociedades no cotizadas, la gratuidad mantiene su anclaje en la previsión del artículo 1711 del Código Civil, que presume que el mandato, a falta de pacto contrario, es gratuito. No obstante la presunción anterior, cuando el mandatario tenga por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo⁷. En tal sentido, la profesionalización del cargo en las sociedades cotizadas ha llevado a considerar la presunción favorable a su retribución, al paso que su necesidad, desde esta consideración, sería predicable como consecuencia del ejercicio de funciones ejecutivas.

En el marco de las relaciones mercantiles también el artículo 277 de nuestro decimonónico Código de Comercio reconoce la obligación del comitente de pagar al comisionista, salvo que se hubiera pactado lo contrario, el premio de comisión, y en su defecto remite al uso mercantil de la plaza donde se cumpliera el encargo. Este criterio, como se verá, puede ser trasladado al moderno criterio de «los estándares de mercado de empresas comparables» a los que se refiere el actual apartado cuarto del artículo 217 de la Ley de sociedades de capital. Pero además, y por ello conviene diferenciarlo de la retribución a la que tenga derecho el comisionista, el artículo 278 del Código de Comercio asimismo obliga al comitente a satisfacer al contado, mediante cuenta justificada, el importe de todos los gastos y desembolsos en que haya incurrido el comisionista. A ello añade el interés legal desde el día de su satisfacción hasta su total reintegro.

Otro tanto cabe reconocer en el marco del derecho de sociedades. Para las sociedades colectivas el artículo 125 del Código de Comercio incluye, entre las menciones de la escritura social de la compañía colectiva, con carácter facultativamente obligatorio, las cantidades anuales asignadas a cada socio gestor para sus gastos particulares⁸. Pero, junto a la retribución que pueda venir establecida en la escritura social, el artículo 142 añade el derecho de los socios al abono de los gastos en que incurran, siempre y

⁷ Asimismo, con referencia al artículo 74 de la Ley de régimen jurídico de las sociedades anónimas de 1951, sobre el carácter normalmente retribuido del cargo, en consideración al carácter retribuido del mandato mercantil, Girón Tena (1952, p. 371).

⁸ Acerca del carácter facultativo-necesario de esta disposición estatutaria, Girón Tena (1952, p. 372).

cuando estén inmediata y directamente relacionados con los negocios que la sociedad ponga a su cargo.

Trasladando este tratamiento de las relaciones mercantiles y de las sociedades colectivas a las sociedades de capital, cabe considerar la cuestión tipológica extensible a las sociedades limitadas y a las sociedades anónimas que, además, sean de base cerrada⁹. Como opción de política jurídica, la regulación mantiene, en este punto y en contraposición al carácter oneroso del contrato de comisión, la gratuidad del cargo del administrador, aun cuando no se corresponda con el riguroso régimen de responsabilidad que acompaña al ejercicio del cargo. Todo ello sin perjuicio de la doctrina del vínculo, especialmente relevante en el marco de las sociedades cerradas.

De otra parte, la retribución o la remuneración por el ejercicio del cargo debe ser distinguida de aquellos gastos relacionados con la función asumida en la organización social. En consecuencia, las asignaciones y dietas que les sean reconocidas y que resulten debidamente justificadas, esto es, que no cubran sus «gastos particulares», en los términos empleados por la regulación para las sociedades colectivas, no deben ser reputadas remuneración a estos efectos¹⁰. Por lo tanto, para su percepción no es necesario que consten en los estatutos sociales como concepto retributivo, en los términos del apartado segundo del artículo 217 de la LSC, por cuanto en puridad no se trata de una remuneración¹¹.

⁹ Según el tenor literal de la STS de 9 de abril de 2015, núm. 180 (NCJ059982), «aunque el precepto legal era aplicable para las sociedades limitadas porque los sistemas de retribución eran más reducidos para este tipo social, no por ello la fórmula empleada en el precepto estatutario examinado dejaba de ser inequívoco por el hecho de tratarse de una sociedad anónima que, además, en el presente caso, es de base cerrada y de carácter familiar. La Ley 31/2014 ha sancionado el sistema previsto en los estatutos de la sociedad recurrente».

¹⁰ Apunta la SAP de Madrid (Sección 28.ª) de 28 de junio de 2019, núm. 336, los «posibles pagos directos o indirectos de gastos, dietas, servicios y otros conceptos asimilables a la remuneración, que pudieran haberse realizado en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 hasta la sentencia, porque tampoco consta que se hayan efectuado –con relación siempre al periodo en el que se aprecia la responsabilidad del demandado– al margen de que la percepción de gastos por el administrador podría estar justificada».

¹¹ Desde una perspectiva económico-contable, como respuesta a la consulta 1, de 21 de abril de 1995, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) ya anticipó que «la retribución de los administradores de una sociedad es un gasto más necesario para poder obtener los ingresos correspondientes de la misma. De acuerdo con lo anterior, la cuenta de pérdidas y ganancias, al recoger todos los ingresos de una sociedad y los gastos en que ha incurrido para su obtención, deberá incluir necesariamente la retribución correspondiente a los administradores al ser esta, como se ha dicho anteriormente, un gasto más de la empresa». Más recientemente, la Resolución de 5 de marzo de 2019 del ICAC (BOE de 11 de marzo), con independencia de su fórmula de cálculo, incluido, por lo tanto, si se vincula a beneficios, en cuyo caso el gasto se habrá de imputar al ejercicio en que se haya devengado el beneficio. En adición a lo anterior, a la consulta 4, el ICAC, en fecha de 9 de abril de 1992, responde que «en relación con las dietas de los consejeros por asistencia a las sesiones del Consejo de Administración, se considerarán gasto del ejercicio en que se devenguen debiendo figurar en la agrupación A.3 "Gastos de Personal" del debe de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, pudiéndose crear al efecto una cuenta dentro del subgrupo 64 del

1.2.2. La prestación de servicios y obra: relaciones con el Derecho contractual

No obstante, el carácter gratuito del cargo, como presunción para las sociedades no cotizadas, se ha de cohonestar con el artículo 220 de la LSC respecto de la exigencia de acuerdo de la junta general para el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relación de prestación de servicios o de obra entre la sociedad de responsabilidad limitada y uno o varios administradores. De esta suerte, aquellos administradores que no obtengan una retribución por el ejercicio del cargo, debido a la idea tradicional de gratuidad, por el desempeño de su arte u oficio pueden obtener una retribución por la prestación de un servicio o la realización de una obra para la sociedad. La gratuidad y la correlativa falta de profesionalización en el ejercicio de las funciones de gestión y representación, no obstante el régimen de responsabilidad atribuible al administrador, quedan compensados mediante la autorización para que pueda, a través de esta vía, realizar actividades que resulten de su capacitación profesional.

Con todo, conviene advertir dos limitaciones. En primer lugar, la exigencia de acuerdo de la junta general, en relación con los eventuales conflictos de interés y el deber de lealtad a los que luego se aludirá (cfr. art. 230.2 LSC). No obstante, esta autorización no exige la previsión estatutaria previa, sino tan solo el acuerdo de la junta para su establecimiento o su eventual modificación, lo que flexibiliza esta forma retributiva¹². Por otro lado, su ámbito de aplicación queda limitado tipológicamente a las sociedades de responsabilidad limitada, lo cual en principio excluiría a las sociedades anónimas de estructura cerrada. Y ello aun cuando la Ley 31/2014 ha dado igual tratamiento jurídico a la remuneración de los administradores en el artículo 217 de la LSC independientemente del tipo social, por lo este régimen resulta de aplicación a todas las sociedades de capital y respecto de todos los administradores¹³.

PGC». Todo ello sin perjuicio de que, cuando no se trate de trabajadores, tales gastos sean imputables a la cuenta 623 como servicios de profesionales externos con un contrato de arrendamiento de servicios o, en su caso, en la cuenta 65 como otros gastos de gestión, cuando se trate de una remuneración mercantil en forma de dieta de asistencia. Recogen esta consideración de gasto desde el punto de vista contable, Sánchez Calero (2005, p. 267) y Tusquets Trías de Bes (1998, p. 176).

¹² Para la STS de 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730) «ello no excluye la posibilidad de superposición de la relación societaria y otra –que se suele calificar de "mercantil"– de arrendamiento de servicios de gerencia u otra similar, en cuyo caso se ha sostenido que no es aplicable la exigencia de constancia en estatutos a la retribución por la relación superpuesta y ajena al cargo de administrador»; que cita las anteriores sentencias de 9 de mayo de 2001, núm. 445; 27 de marzo de 2003, núm. 301; 16 de junio de 2006, núm. 668, y 24 de abril de 2007, núm. 441 (NCJ045954).

¹³ Al respecto, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de abril de 2013, núm. 4315 (NCR005354) concluye que «no debe servir la previsión estatutaria relativa a la fijación del sistema de retribución o remuneración de los administradores para vaciar de contenido material la reserva estatutaria y dar cobertura a cualquier fijación extraestatutaria de una retribución "complementaria" en contratos celebrados, quizás, en régimen de conflicto de intereses. No sería inscribible una cláusula es-

1.2.3. La doctrina del «doble vínculo»: relaciones con el derecho laboral

Junto a las remuneraciones derivadas de la relación de administración, desde el derecho de sociedades, o a la contraprestación por arrendamientos de servicios o de obra, desde el derecho contractual, en las sociedades cerradas es igualmente significativa la incidencia de las relaciones entre los administradores y la sociedad merced al doble vínculo, mercantil y laboral, por las distintas funciones que lleven a cabo en la organización y en su empresa. Dos elementos son relevantes en el entendimiento de esta confusión. En primer lugar, la dependencia del trabajador respecto del empleador, en relación con el deber de independencia que corresponde a los administradores, incluso respecto de la junta general, en términos de responsabilidad, tal y como predica el apartado segundo del artículo 236 de la LSC, que a su vez se ha de enlazar con la figura del administrador de hecho¹⁴. En segundo lugar, mediante la «absorción» por el derecho de sociedades de la relación laboral cuando sus actividades recaigan en la esfera de la organización, la representación y la gestión de los asuntos sociales¹⁵.

tatutaria de una sociedad limitada que estableciese que los administradores o consejeros disfrutarán, por sus servicios como tales, además de la retribución cuyo sistema se describa en estatutos, de sueldos u honorarios a percibir, en virtud de cualesquiera contratos, laborales, civiles o mercantiles, la celebración de los cuales se contempla en estatutos. Por otra parte, la cláusula concreta que es objeto de recurso, aunque de expresión quizás no del todo feliz, se limita a contemplar la eventualidad de que el administrador realice "otras actividades" que no cabe sino entender que son actividades ajenas al ejercicio de las facultades de gestión y representación "inherentes" al cargo de administrador. Por lo tanto, no se está dando cobertura expresa a la celebración de un contrato laboral de alta dirección cuyo contenido se solape a la relación societaria sino contemplando, de manera inocua e innecesaria, el eventual encargo al administrador de ciertos trabajos o servicios particulares y ajenos a los que corresponden a las funciones propias del cargo: la elaboración de un dictamen profesional, la realización de cierta obra, etc. Además, la cláusula se puede entender referida implícitamente a "servicios prestados por los administradores" ex artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital y para cuyo establecimiento o modificación no es suficiente la genérica previsión estatutaria que examinamos, sino la autorización expresa y *ex casu* por la Junta, sin que esa obviedad necesite ser precisada en estatutos».

¹⁴ A este respecto, la STS 26 de diciembre de 2007, Sala de lo Social, unificación de doctrina, núm. 1652/2006 (NSJ026427) destaca «la exclusión de la relación de laboralidad de los socios que realizan otras tareas diferentes de las propias de su cualidad de socio puede venir dada por la falta de la nota de ajeneidad cuando dicho socio ostenta la titularidad de una cuota societaria determinante [...]. Pero también puede venir excluida, al amparo del art 1.3 c) ET , por falta de dependencia en el trabajo [...], pero ello solo sería posible para realizar trabajos que podrían calificarse de comunes u ordinarios; no así cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (gerente, director general, etc.), dado que en tales supuestos el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección». En esta línea se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730) y 10 de febrero de 2012, núm. 25, párr. 28 (NCJ056680), con remisión a la condición de «hombre de paja».

¹⁵ Así, en la STS de 20 de noviembre de 2002, Sala de lo Social, núm. 337. Esta cuestión se reproduce en el Dictamen del Consejo de Estado de 21 de junio de 2014 sobre el Anteproyecto de ley de Código Mercantil.

Nada obsta, sin embargo, para que el administrador, a la sazón trabajador, pueda desarrollar para la empresa societaria otras funciones distintas de las que caracterizan al administrador «como tal»¹⁶. En particular, la asunción de funciones ejecutivas, incluso de alta dirección como gerente o director general, pues el «cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección», esto es, ejecutivas, que impiden la ruptura del vínculo en favor de la disciplina laboral¹⁷. En el trasfondo permanece la necesidad de evitar fórmulas excesivamente flexibles que propicien un *fraus legis* del régimen societario de remuneración de los administradores sociales en perjuicio del resto de intereses concurrentes en la sociedad y de la debida protección de los socios que este régimen pretende dispensar¹⁸. Se ha de partir, por lo tanto, de una presunción favorable al mantenimiento del vínculo, que admitiría prueba en contrario sobre la base de un «elemento objetivo de distinción entre las actividades precisas debidas por una y otra causa», en tutela de los socios y del régimen de transparencia que exige la normativa societaria¹⁹.

2. La autorización estatutaria de la retribución

2.1. La flexibilidad como panacea y sus límites. En particular sobre los límites de control registral

Aun cuando una consolidada línea jurisprudencial considera, a efectos de remuneración, que las funciones de los administradores sociales tienen un carácter prácticamente

¹⁶ SSTS de 24 de abril, núm. 441 (NCJ045954); 27 de abril y 26 de diciembre 2007, núm. 1652/2006; 20 de julio de 2010, núm. 472; 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730), y 25 de junio de 2013, núm. 411 (NCJ057969), entre otras.

¹⁷ SSTS de 26 de febrero de 2018, núm. 98 (NCJ063041); 18 de junio de 2013, núm. 412 (NCJ058146); 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730); 27 de octubre de 2011, núm. 756 (NCJ056058); 28 de septiembre de 2010, núm. 555, (NCJ053890); 29 de mayo de 2008, núm. 448 (NSJ025950); 27 de abril de 2007, núm. 450; 24 de abril de 2007, núm. 441 (NCJ045954), y 20 de noviembre de 2002, Sala de lo Social, núm. 337.

¹⁸ Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencias de 18 de junio de 2013, núm. 412 (NCJ058146); 28 de septiembre de 2010, núm. 555 (NCJ053890); 29 mayo de 2008, núm. 448; 24 de abril de 2007, núm. 441 (NCJ045954), y 31 de octubre de 2007, núm. 1147 (NCJ039337).

¹⁹ Acerca de la codificación de esta exigencia puede verse el artículo L225-22 del *Code de commerce* francés. En nuestro fuero interno, también las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 17 de diciembre de 2015, núm. 708; 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730); 28 de septiembre de 2010, núm. 555 (NCJ053890), y 29 de mayo de 2008, núm. 448 (NSJ025950), puesto que el «tratamiento unitario de lo que constituye un aspecto esencial de la administración social y del funcionamiento de la sociedad, se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella –incluidos los contratos de empleo suscritos por los mismos con la sociedad–». Véase igualmente la STS de 12 de enero de 2007, núm. 1392, respecto de la utilización fraudulenta de un contrato laboral del administrador con la sociedad como recurso para la «desviación» del patrimonio social en favor de un socio mayoritario.

omnicomprensivo²⁰, con una visión etiológica, en atención a las funciones concretas desempeñadas por el administrador, tanto como trabajador como por prestación de servicios u obra, se podría considerar la concurrencia de hasta un triple vínculo –orgánico, contractual y laboral– con la sociedad. A ello se podría unir el reintegro de los gastos que le sean ocasionados como consecuencia de la realización del encargo conferido, que no le reporten beneficio particular alguno.

La gratuidad del cargo de administrador, sin embargo, no excluye la posibilidad, por vía estatutaria, de remunerar a los administradores sociales como medida que sirva para incentivar su función de gestión en relación con la actividad y eficiencia empresarial (cfr. art. 23.e LSC)²¹. Ello, además, permite que el socio capitalista que comprometa una actividad en la sociedad, en este caso como administrador, reciba una compensación adecuada, de la que carezcan el resto de socios. A fin de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa, en un primer escalón, la regulación exige que los estatutos sociales fijen el sistema de retribución. En tal sentido, el artículo 217 de la LSC impone la constancia del concreto sistema de retribución; bien sea en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, un sueldo mensual o anual, dietas, seguros de vida, planes de pensiones, retribuciones variables, entrega de acciones o derechos de opción; o la combinación de los anteriores, mediante una enumeración legal que no puede considerarse en modo alguno exhaustiva²².

²⁰ Por todas, la STS de 20 de noviembre de 2018, núm. 646 (NCJ063790).

²¹ Según la Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas de 17 de julio de 1951, el cargo de administrador de las sociedades anónimas era gratuito, salvo que los estatutos fijasen «la retribución». Así, el artículo 74 de la Ley de sociedades anónimas sostuvo que «la retribución de los administradores deberá ser fijada en los Estatutos», mientras que en el desarrollo reglamentario, el artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre 1956 dispuso que «los Estatutos de las Sociedades Anónimas, para su inscripción en el Registro, deberán expresar: [...] h) Designación del órgano u órganos que habrán de ejercer la administración [...], la forma de su retribución, si la tuvieren [...]». Esta reserva estatutaria tuvo reflejo en el artículo 9 de su texto refundido, aprobado por el Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, y en el 130, según el cual «la retribución de los administradores deberá ser fijada en los Estatutos», aun cuando el vigente Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, en línea con el reglamento anterior, hace referencia, tanto en el apartado tercero de su artículo 124, como en el apartado cuarto de su artículo 185, al «sistema de retribución». Este criterio es el mantenido también en la actualidad en el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, en su artículo 23, letra e), que se refiere al «sistema de su retribución, si la tuvieren», y en el apartado primero de su artículo 217, que recoge los términos del anterior artículo 66 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, cuando dispone que «el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución».

²² En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 24 abril de 2007, núm. 441 (NCJ045954), con cita de las anteriores de 30 de diciembre de 1992, 31 de julio de 1997 y 21 de abril de 2005 y 31 de octubre de 2007, núm. 1147 (NCJ039337), según la cual debe atenderse «al interés de los accionistas en no verse sorprendidos por cláusulas de indemnización pactadas por los consejeros, actuando en nombre de la sociedad, con motivo de su cese». Contrástese con la mención undécima del artículo 260 de la LSC que exige la inclusión del «importe de los sueldos, dietas y remuneraciones

Pero a falta de una mayor concreción, la regulación confiere una amplia flexibilidad a los estatutos para la elección del sistema de retribución, según un criterio cualitativo²³. Esta flexibilidad, según resulta configurado el actual régimen, lleva a admitir la validez de la remisión a la anterior configuración legal de la sociedad limitada, de modo que pueden establecer que el sistema retributivo consista en la cantidad que fije la junta general en cada ejercicio, con lo que corresponda a la junta la delimitación del criterio cuantitativo de la retribución²⁴. Incluso, alternativamente, los estatutos pueden tan solo fijar unos criterios o líneas básicas de la remuneración de los administradores²⁵. Es más, aun cuando no sea esta la intención primigenia del legislador, en nuestro sistema también es dable que los estatutos, como norma rectora de la estructura y funcionamiento de la sociedad, impongan un sistema retributivo consistente en una cantidad concreta y determinada, lo cual conduce a la aplicación de la «doctrina del milímetro»²⁶.

Ahora bien, la flexibilidad que se concede a los estatutos no parece que pueda ser tan amplia que dificulte el control de la regularidad de las retribuciones por parte de los socios²⁷. Esto puede tener lugar ante declaraciones ambiguas de autorización al administra-

de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida o de responsabilidad civil respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección [...] y en el caso de que la sociedad hubiera satisfecho, total o parcialmente, la prima del seguro de responsabilidad civil»; y con el apartado cuarto del artículo 249 respecto de «en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro».

- ²³ Sobre la evolución de un sistema estatutario rígido en la determinación de la retribución de los administradores hacia un sistema flexible, basado en el mero señalamiento del «sistema de remuneración», Farrando Miguel (2008). Así lo reconoce la STS de 9 de abril de 2015, núm. 180 (NCJ059982), que concede a los «redactores de los estatutos una amplia libertad en la elección del sistema de retribución», y antes las sentencias de 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730); 10 de febrero de 2012, núm. 25 (NCJ056680), y 24 de abril de 2007, núm. 441 (NCJ045954). También la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de abril de 2013, núm. 501 (NCR005356) admite la previsión estatutaria expresa referida a una «pensión vitalicia» para los administradores que lo sean al menos cinco años y alcancen la edad de la jubilación en el ejercicio del cargo.
- ²⁴ Asimismo pueden verse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de abril de 2000 (NCR000430), 19 de marzo de 2001 (NCR000667) y 12 de abril de 2002 (NCR000226), que contemplan que los estatutos al menos hayan de fijar unos criterios o líneas básicas.
- ²⁵ Supuesto tratado en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2002 (NCR000226) y en la STS de 28 de febrero de 2018, núm. 100.
- ²⁶ Críticamente, acerca de esta necesidad de debilitación cuantitativa en los estatutos sociales, Paz-Ares Rodríguez (2009, pp. 6-7). Reconoce esta posibilidad la SAP de La Rioja, Sección 1.ª, de 14 de junio de 2016, núm. 130.
- ²⁷ Al respecto pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012, núm. 893 (NCJ056730); 10 febrero de 2012, núm. 25 (NCJ056680); 29 de mayo de 2008, núm. 448 (NSJ025950); 31 de octubre de 2007, núm. 1.147 (NCJ039337), y 9 de mayo de 2001, núm. 445.

dor para que, sin sujeción al control de la junta, pueda recibir retribuciones por actividades de gestión, administración y representación de la sociedad que den lugar a la exclusión del vínculo²⁸. Esta misma situación es extensible a la remuneración fijada en el contrato de delegación de facultades, pues en este caso el apartado final del artículo 249 de la LSC reclama su adecuación a la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general²⁹.

Cuestión distinta, sin embargo, dentro de la flexibilidad reconocida a los estatutos sociales, según nuestros esquemas normativos, será que la actividad registral, dentro del marco de la seguridad jurídica, pueda calificar el contenido estatutario relativo a la decisión de los socios para, por esta vía, concretar la remuneración de los administradores sociales³⁰. Esta flexibilidad comprende, igualmente, la decisión en torno a la retribución concreta de cada administrador y del consejero delegado en virtud del contrato que le une a la sociedad, que no tiene, por otro lado, acceso al Registro Mercantil³¹. Sin embargo, ello no debiera impedir que los conflictos entre los socios con motivo de «remuneraciones tóxicas», según se verá, pueda llevar a considerar que su reconocimiento estatutario resulta contrario al interés de la sociedad y a los límites que impone la conjunción del deber de fidelidad del socio mayoritario o de control, particularmente en las sociedades cerradas³². Así puede darse cuando los estatutos confieran al órgano de administración, cualquiera que sea la fórmula habilitada para ello, la facultad para discrecionalmente fijar la retribución de sus miembros³³.

2.2. La doctrina del «exceso de formalidad»

Empero, la exigencia de la formalidad de la constancia estatutaria del sistema de remuneración comporta al mismo tiempo una rigidez innecesaria en la conformación de las rela-

²⁸ En tal sentido, la STS de 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730).

²⁹ Sobre el problema de las remuneraciones aceptadas por la junta y diferidas en el tiempo, como las indemnizaciones por cese o los planes de pensiones, o condicionadas, como las retribuciones variables, Fernández del Pozo (2015, pp. 221-223).

³⁰ Se pronuncian acerca de la necesaria indicación del concreto sistema de retribución de los administradores de las sociedades de capital en los estatutos sociales, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero y 18 de junio de 2013, núm. 8160, y 17 de junio y de 26 de septiembre de 2014, núms. 8091 y 11518 (NCR005939)].

³¹ La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de octubre de 2018, núm. 15.834, comentada por Álvarez Royo-Villanova (2018), acoge la flexibilidad registral para interpretar el contenido de los estatutos sociales. Esta postura tiene continuidad en las resoluciones de 8 de noviembre y de 12 de diciembre de 2018, núms. 16317 y 90, comentadas por Ortiz del Valle (2019).

³² En este punto, la STS de 10 de febrero de 2012, núm. 25, párr. 25 (NCJ057090).

³³ Sobre la necesidad de colocar la flexibilidad estatutaria en la órbita de la epiqueya, esto es, de la relajación de la ley solo para casos especiales, en este caso, cuando la realidad societaria aconseje o incluso reclame su modificación, Embid Irujo (2019, pp. 12 y ss.).

ciones de los administradores sociales con la sociedad. En nuestro derecho de sociedades, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos europeos, esta previsión contractual queda institucionalizada en los pactos organizativos, lo cual no parece plenamente justificado. Como ya reconociera el maestro Girón hace casi 70 años, este sistema resulta excesivamente rígido, al paso que otros medios permiten igualmente garantizar el conocimiento por parte de los socios y de terceros³⁴. Así, nuestra jurisprudencia ha aceptado, verbigracia, que la junta pueda modificar los estatutos y aprobar la retribución para ejercicios anteriores en los que no se previera retribución alguna³⁵.

También se plantea la admisibilidad, al menos en las sociedades no cotizadas de carácter cerrado, de un acuerdo de la junta general que autorice la retribución, aun cuando los estatutos mantengan el carácter gratuito del cargo, si esta es una situación conscientemente tolerada por todos los socios³⁶. Si la cuestión queda circunscrita al ámbito contractual, no cabe duda de que la competencia decisoria de la junta, al igual que en el caso de la prestación de servicio o de obra por los administradores, autoriza el desembolso, por lo cual el administrador, en el otro lado de la relación, conserva una confianza legítima en la validez del acuerdo. Refuerza esta idea la doctrina de los actos propios que vinculan a los socios³⁷. Cuestión distinta sería la exigencia *de lege ferenda* de una mayoría ordinaria o cualificada, en línea con la requerida para la modificación de los estatutos sociales, para la adopción del acuerdo, e incluso si en las sociedades cerradas, el consentimiento, expreso o incluso implícito, por tolerancia de todos los socios, podría dar carta de naturaleza a la remuneración del administrador³⁸.

³⁴ Por todos, Girón Tena (1952, p. 372), destaca que la rigurosidad del sistema parece inspirada en el artículo 2389 del *Codice civile* italiano, si bien este permite, alternativamente a la fijación en el acto constitutivo, que la retribución venga establecida por la junta general; en consecuencia, otros ordenamientos no adoptan esta rigurosa fórmula «constitucional», sino que admiten otros medios que permiten igualmente garantizar el conocimiento de socios y de terceros. Con todo, en la actualidad téngase en cuenta que el apartado primero del artículo 2389 del *Codice civile* italiano, tras su reforma por el D.Lgs. de 17 de enero de 2003, n. 6, en vigor desde el año 2004, señala que esta retribución puede quedar establecida en el acuerdo de designación (*all'atto della nomina*) o por otro acuerdo de la junta (*dall'assemblea*), de modo que, cuando no aparezca en el acto constitutivo, será necesario el acuerdo de la junta que lo reconozca y determine su importe.

³⁵ En la STS de 9 de abril de 2015, núm. 180 (NCJ059982).

³⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2015, núm. 471 (NCJ060406); 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730); 31 de octubre de 2007, núm.1147 (NCJ039337), y 9 de mayo de 2001, núm. 445.

³⁷ La STS de 19 de septiembre de 2007, núm. 505 remite a la aplicación del «principio de confianza y de los actos propios, como manifestación del principio de actuación de buena fe, para legitimar la retribución percibida por el administrador durante varios ejercicios sin oposición del socio luego demandante». Asimismo, en la Sentencia de 11 de septiembre de 2015, núm. 471 (NCJ060406)], en atención a los principios de buena fe y a la doctrina de los actos propios. Igualmente en las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 28 de junio de 2019, núm. 336 y del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 30 de abril de 2019, núm. 185, FD 2.º.

³⁸ Véase, en este aspecto, la STS de 18 de junio de 2013, núm. 365, con referencia a la anterior sentencia de 29 de mayo de 2008, núm. 448 (NSJ025950), cuando considera que «esta solución no contraría la

Es más, en el caso del alto directivo que asuma una posición formal de administrador, tampoco parece que la falta de mención estatutaria sobre el reconocimiento de un sistema de remuneración impida que la junta general de estas sociedades, siempre con las mayorías necesarias para ello, pueda reconocerle una retribución cuando sus funciones absorban las propias del administrador. En todos estos casos, el riesgo de un exceso de formalismo mediante la exigencia de constancia estatutaria podría frustrar los legítimos derechos adquiridos por el administrador. Por ello conviene volver sobre nuestros pasos para reconocer que la aspiración última de la reforma y del movimiento corporativo tan solo busca establecer el control oportuno por parte de los socios.

Pero también sería posible el supuesto contrario en el que los estatutos establecieran el carácter retribuido del cargo del administrador y el sistema de remuneración y que la junta, sin embargo, no acordara una retribución o que la misma resultara manifiestamente exigua. De este modo, la junta general podría *de facto*, a falta de concreción estatutaria sobre la retribución a percibir, excluir la previsión estatutaria, no obstante las expectativas creadas en el administrador respecto de su retribución. Ello implicaría problemas de impugnación de acuerdos inexistentes y obligaría a desviar la cuestión al plano jurisdiccional, con las dificultades que comporta que los tribunales puedan integrar la falta de voluntad social o su adecuación a los estatutos sociales³⁹. Esta dificultad quedaría soslayada si los estatutos fijaran una cuantía determinada para cada ejercicio, que, por lo tanto, en principio debería, dentro de los límites legales, ser respetada por la junta. Pero piénsese también en aquel supuesto en el que los estatutos otorguen a la junta la determinación de la cantidad fija de remuneración para cada ejercicio, en cuyo caso esta dispondría de la discrecionalidad para su otorgamiento según la situación económica de la entidad, por lo cual el cargo podría ser retribuido o gratuito al albur de aquella⁴⁰.

finalidad de transparencia e información de los socios sobre el régimen de retribución del administrador, puesto que esa retribución fue plenamente conocida y consentida por todos los socios, y concretamente por el demandante, durante varios años».

³⁹ Como destaca la SAP de La Rioja, Sección 1.ª, de 14 de junio de 2016, núm. 130, FD 4.º, «en cuanto al segundo punto del orden del día "vehículos" se debe recordar a la parte actora que lo que está permitido impugnar ante los tribunales son los acuerdos adoptados en el CAD o en la Junta de la Sociedad, y en referencia a tal punto no existe acuerdo alguno adoptado, por lo que no puede ser estimada la demanda en tal sentido».

⁴⁰ La STS de 9 de abril de 2015, núm. 180 (NCJ059982), en relación con la OM JUS/3185/2010, de 9 de diciembre de 2010 por la que se aprueban los estatutos tipo de las sociedades de responsabilidad limitada, recoge como opción válida para fijar el sistema de retribución el de la «cuantía fija determinada por la Junta General para cada ejercicio económico» (art. 9.2.º a). Igualmente, entre otras muchas, las sentencias de las audiencias provinciales de Navarra de 17 de enero de 2000, rec. núm. 108/1999; de Madrid, Sección 19.ª, de 27 de abril de 2007, núm. 242; de Sevilla, Sección 5.ª, de 6 de noviembre de 2013, núm. 517, y de Ciudad Real (Sección 2.ª) de 9 octubre de 2000 (núm. 291), que indica que «teniendo en cuenta la presunción de gratuidad del cargo de administrador [...] la retribución del administrador y el pacto de socios propio artículo 66 de la LRSL, y dado que la Junta no ha establecido esa concreta cuantía de la retribución, obviamente la gratuidad ha de imperar porque los estatutos condicionan la retribución a lo que diga la Junta General».

3. El papel protagonista de la junta general y la protección de los socios

3.1. Los intereses en liza y los conflictos de interés

En el núcleo del problema radica la necesidad proteger a los accionistas y a los socios ante la posibilidad de que los administradores puedan decidir su propia retribución⁴¹. La reforma normativa introducida por la Ley 31/2014, sobre todo en las sociedades anónimas, tiene por finalidad primordial facilitar la máxima información a los socios a fin de potenciar el control de la actuación de los administradores⁴². Al otorgar la competencia a la junta en cualquier tipo de sociedad de capital, la reforma promueve, en la línea de las tendencias comunitarias, la implicación y la promoción de los socios como vía para una correcta formación de la voluntad de la sociedad y una mejor expresión del interés social⁴³. Se trata, en todo caso, de una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los administradores en obtener la máxima retribución posible y el de los socios en maximizar los beneficios repartibles. En el centro se ubica el interés de la sociedad en la creación sostenible de valor, en este caso en relación con la reducción de los costes de gestión⁴⁴.

A tal efecto el apartado tercero del artículo 217 encomienda a la junta general la determinación del importe máximo cuantitativo de la retribución; pero no exige, de otra parte, su fijación anual, de modo que, en defecto de otro señalamiento, se prorroga en los ejercicios sucesivos. No obstante, la delimitación del importe máximo, como gasto aceptado por la junta para este concepto, no debe impedir que los administradores, dentro de la confor-

⁴¹ Como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730), y 24 de abril de 2007, núm. 441 (NCJ045954), su finalidad es «proteger a los accionistas de la posibilidad de que los administradores la cambien (la retribución) por propia decisión», mientras que la Sentencia de 29 de mayo de 2008, núm. 448 (NSJ025950) añade que «se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella».

⁴² El apartado VI del preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, destacó la creciente preocupación de los organismos internacionales por que las remuneraciones de los administradores reflejen adecuadamente la evolución real de la empresa y estén correctamente alineadas con el interés de la sociedad y sus accionistas.

⁴³ Todo ello en relación con el punto 4.10 del informe elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo de 14 de octubre de 2013, que también advirtió, entre otros asuntos, que la rigidez del sistema de reserva estatutaria impedía el cumplimiento del primero de los objetivos: la «adecuación de los sistemas de remuneración al mercado en que operan y a la situación económica de cada sociedad en cada momento». Ya se pronunciaron antes, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2008, núm. 448 (NSJ025950), y 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012 (NCJ056730).

⁴⁴ Así, en torno a la constancia estatutaria del sistema de retribución y su finalidad, puede verse la STS de 19 de diciembre de 2011, núm. 893/2012, párr. 28 (NCJ056730).

mación del órgano y según sus reglas, adopten específicos «acuerdos de distribución de remuneraciones» entre ellos. Esta opción, sin embargo, desplaza la cuestión en torno a la justificación de las funciones y responsabilidades que autoricen tal diferenciación⁴⁵. Pero en este punto, el papel de la junta, a diferencia de la doctrina del exceso de formalismo estatutario en las sociedades cerradas, juega un papel protagonista en el reconocimiento de las remuneraciones y en su legítima percepción por los administradores sociales⁴⁶.

En el fondo, la reforma trata de alinear el derecho a la retribución de los administradores con el interés de la sociedad. Sin embargo, ello entraña ciertas dificultades cuando trata de establecer mecanismos de prevención de un eventual conflicto de intereses de alguno de los participantes en la adopción de las correspondientes decisiones y de garantizar la suficiente transparencia. En tal sentido cobra singular relevancia la posición del socio afectado como administrador en la votación que establezca la remuneración y la aplicación de un eventual conflicto de intereses⁴⁷. Si, en virtud del apartado tercero del artículo 190 de la LSC, tal conflicto no le obligaría a abstenerse en la votación, el problema, como se verá más adelante, se traslada al marco de la acreditación de la adecuación de la decisión al interés social.

Con otro perfil puede resultar igualmente contraria al interés social, verbigracia, la mención estatutaria que deje la determinación del importe de las dietas de las reuniones de los administradores en manos del presidente del consejo o de un tercio de sus miembros, cuando puedan convocar tantos consejos como tengan por conveniente. En todo caso, tal percepción se ha de modular de acuerdo con la previsión de la junta general⁴⁸. El límite infranqueable de la intervención de la junta, según estas pautas de adecuación de la remuneración a las exigencias del mercado y de la empresa, respecto de la transparencia en la información y la conformación del interés social, busca, en definitiva, evitar eventuales

⁴⁵ Al respecto, como referente de derecho comparado, el artículo L225-45 del *Code de commerce* francés atribuye a la junta la asignación de la retribución de los administradores, mientras que compete a estos su distribución; si bien, tras el artículo 185 de la Loi n.º 2019-486 de 22 de mayo de 2019, suspende su ejecución ante incumplimientos de las exigencias de proporcionalidad de género en el órgano de administración, hasta la adecuación de su composición.

⁴⁶ Según la STS de 9 de abril de 2015, núm. 180 (NCJ059982), a falta de acuerdo de la junta, no pueden regularizarse ni admitirse las remuneraciones de ejercicios anteriores, y ello aun cuando mediara un pacto de socios, que, por otro lado, no resultaría oponible a la sociedad.

⁴⁷ El artículo 190 de la LSC, en su redacción anterior, recogía como un conflicto que impedía al socio de una sociedad limitada participar en la votación el supuesto en el que, siendo al mismo tiempo administrador, el acuerdo se refiriera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios. Sobre la extensión de su aplicación a las «personas vinculadas» no por la vía de la abstención, sino del fraude de ley o del abuso de derecho, Fernández del Pozo (2015, p. 259).

⁴⁸ Sobre este particular, la STS de 28 de febrero de 2018, núm. 100, y la SAP de La Rioja de 8 de noviembre de 2016, núm. 295.

situaciones colusorias entre los administradores en las que cada uno pueda discrecionalmente fijar la retribución de sus colegas⁴⁹.

3.2. Criterios de legitimidad de la retribución de los administradores

En correspondencia, la fijación de un sistema estatutario concreto de retribución no puede restringir esta facultad de la junta para decidir el importe máximo de la remuneración. Al mismo tiempo, fórmulas estatutarias excesivamente rígidas en su cuantificación o, *a sensu contrario*, excesivamente flexibles, que trasladen la decisión al órgano de administración, pueden dar lugar a las llamadas «remuneraciones tóxicas», contrarias por lo tanto a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de fidelidad societaria que, en particular en las sociedades cerradas, incumbe al socio mayoritario en el ejercicio de su potestad de control.

En el primero de los sentidos, la imposición de cantidades concretas y determinadas puede resultar contradictoria con los principios generales del apartado cuarto del artículo 217 de la LSC, que positiviza los criterios dinámicos de la proporcionalidad con la importancia de la sociedad, de la situación económica que tuviera en cada momento y de los estándares de mercado de empresas comparables⁵⁰. Ahora bien, los sistemas de retribución de los administradores no comportan *per se* un abuso de derecho, en cuanto esta doctrina no afecta a su aspecto ontológico, sino que tiene manifestación en el plano teleológico de su ejercicio⁵¹. De este modo, la referencia al interés social entraña un límite desde el derecho de sociedades que reclama tener presente las circunstancias concurrentes en relación con la situación financiera de la entidad en concreto⁵².

⁴⁹ En torno a las limitaciones para la concesión de remuneraciones excepcionales a los administradores por parte del órgano de administración, con motivo de sus funciones, el artículo L225-46 del *Code de commerce* francés remite a las condiciones exigidas en los artículos L. 225-38 a L. 225-42, en tutela de los socios y de la sociedad. En nuestro fuero interno, Paz-Ares Rodríguez (2008, p. 47) señala que la fijación de retribuciones de otros administradores o ejecutivos son casos típicos de conflicto de interés, que además serían casos mixtos, al confluir decisiones empresariales y conflictos personales, en los que surge un deber de independencia que se ubica entre el deber de diligencia y el deber de lealtad. Añade Fernández del Pozo (2015, p. 235) la dependencia del resto de consejeros «no afectados» respecto del socio mayoritario en las sociedades cerradas. En el ámbito internacional, para una aproximación a las operaciones vinculadas, con inclusión de la *managerial compensation* como técnica de *tunnelling* o de desviación del patrimonio social, Enriques *et al.* (2017) y Enriques (2015).

⁵⁰ *De lege lata*, el apartado segundo del artículo 87 de la LSC, relativo al régimen de prestaciones accesorias retribuidas, impide que la cuantía de la retribución exceda del valor de mercado que corresponda a la prestación.

⁵¹ También diferencia ambos planos Ruiz Muñoz (2016, pp. 93 y ss.).

⁵² Al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2007, núm. 377, y de 24 de octubre de 2006, núm. 1049 (NCJ044773), en relación, entre otros criterios, con «su importe, la situación eco-

Si, de un lado, compete a la junta general determinar el importe máximo de la remuneración anual del conjunto, de otro, la retribución se ha de «adecuar a las circunstancias económicas de la empresa» en cada momento⁵³. Esto puede llevar a la aplicación en el plano contractual de la cláusula *rebus sic stantibus*, por la que la sociedad pueda reclamar al administrador la devolución de la retribución establecida en otro momento en el que existían beneficios y disponibilidad de tesorería⁵⁴. Por otra parte, desde la perspectiva material, resulta necesario ponderar la labor material que entraña el ejercicio del cargo para, desde la apreciación de unos «criterios empresariales objetivos», evaluar la adecuación de la retribución al puesto ocupado⁵⁵.

En consecuencia, el establecimiento de una retribución fija en el tiempo puede que se muestre manifiestamente excesiva en consideración a las funciones del cargo⁵⁶. Por lo tanto, un primer factor a tener en cuenta será el relativo al objeto social, en relación con la empresa y la actividad, que determina, dentro de los fines para los cuales le hayan sido concedidas

nómica de la sociedad, la necesidad o no de la actuación de varios administradores retribuidos y las funciones a desempeñar, así como la finalidad o propósito perseguido».

⁵³ El § 87(2) de la *Aktiengesetz* alemana permite que el órgano de vigilancia o la oportuna intervención judicial puedan reducir la remuneración de los administradores cuando la situación económica de la sociedad así lo aconseje. En el caso español, ante la falta de previsión normativa en tal sentido y de un sistema de cogestión, Fernández del Pozo (2015, p. 253) apunta la necesidad de que el socio minoritario provoque la convocatoria de la junta para que trate la adecuación de la remuneración del administrador.

⁵⁴ La STS de 24 de febrero de 2015, núm. 64 (NCJ059860) expresamente admite que la «recesión económica puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido». De otro lado, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 de septiembre de 2015, núm. 471 (NCJ060406), aun cuando no reconoce el derecho a obtener la remuneración pactada en un mero acuerdo entre socios, apunta el hecho de que «la situación financiera de la compañía es sensiblemente más desfavorable que la existente en el momento de suscribir el acuerdo parasocial (aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*)». En este punto, el artículo 213-21 del Anteproyecto de Código Mercantil declara expresamente la inoponibilidad de los pactos celebrados entre todos o algunos socios, o entre uno o varios socios y uno o varios administradores al margen de la escritura social o de los estatutos, estén o no depositados en el Registro Mercantil. Sobre estos aspectos y la posibilidad de que la sociedad pueda eludir el pago de la remuneración ante la falta de tesorería y pese a mediar acuerdo de la junta, Navarro López (2018, p. 1.140). Por otro lado, sobre la extensión del pacto unilateral de retribución a todos los socios y la sociedad, en atención a que los firmantes del pacto eran al mismo tiempo los administradores de la sociedad, en comentario a la STS de 16 de junio de 2014, núm. 306, Ibarra López, A. (2018, pp. 1.119-1.131, esp. p. 1.130).

⁵⁵ Así lo advierte la STS de 25 de junio de 2012, núm. 391 cuando las retribuciones al administrador no coadyuvan a la mejora y continuidad de la actividad empresarial. Acerca de estos aspectos, desde una visión clásica de la materia, Tusquets Trías de Bes (1998, p. 164 y 169).

⁵⁶ Al respecto resulta clarificadora la SJM de Valencia núm. 1, de 13 de julio de 2005, núm. 75 (AC. 1300), ante «la escasa entidad de las exigencias de trabajo y tiempo que requiere la administración y explotación, sin que ningún elemento de prueba en contrario se haya depuesto en esta sede judicial, sino también del claro propósito de percepción de beneficios sociales por la vía de retribución».

sus facultades, la función que el administrador ha de desempeñar, como en el singular caso de las sociedades gestoras de activos o de patrimonios⁵⁷. No obstante, la remuneración de los administradores tampoco debe quedar ligada a una participación en los beneficios, a no ser que la previsión estatutaria establezca este criterio de remuneración y el acuerdo de la junta reconozca su importe, según los parámetros predispuestos para cada tipo social en el artículo 218 de la LSC⁵⁸.

En este orden de cosas, el establecimiento de los criterios de proporcionalidad, pensados desde el movimiento de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, requiere la oportuna adaptación a las sociedades de carácter cerrado. Y otro tanto cabría decir, desde una perspectiva tipológica, respecto de las orientaciones hacia la promoción de la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad a largo plazo de la sociedad, la evitación de la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables⁵⁹. Tales referencias programáticas en otros sistemas de derecho comparado parten de «criterios empresariales objetivos»⁶⁰. En nuestro derecho de sociedades la determinación del clásico *quantum meruit* queda reflejado sin embargo en criterios empresariales, en referencia a la razonabilidad de la remuneración, según la importancia de la sociedad, y a su situación económica, y a otros de mercado, en relación con los estándares de empresas comparables⁶¹.

⁵⁷ Sobre la aplicabilidad, con la prudencia necesaria, de los honorarios de los administradores de fincas, se pronuncian las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 12 de septiembre de 2017, núm. 357, y 11 de julio de 2019, núm. 1.371 para la cual «lo relevante, a nuestro entender, es confrontar la retribución, no con el valor de los inmuebles, sino que el total de lo facturado por alquileres. Tenemos en cuenta, además, que la explotación de los inmuebles precisa, fundamentalmente, trabajos de carácter administrativo, no especialmente cualificados, para lo cual la sociedad demandada cuenta con un trabajador a media jornada».

⁵⁸ Acerca de la limitación de la revisión judicial de aquellas retribuciones manifiestamente desproporcionadas, por todos, Roncero Sánchez (2016, p. 409).

⁵⁹ En este punto, el artículo § 87(1) de la *Aktiengesetz* alemana solo limita a las sociedades cotizadas el criterio de la promoción de la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad a largo plazo.

⁶⁰ Desde una perspectiva de justicia material, Gower y Davies (2008, p. 697), en referencia a estos *objective commercial criteria*. Por su parte, el § 87(1) de la *Aktiengesetz* alemana respecto de los principios para la remuneración de los miembros del consejo de administración (*Grundsätze für die Bezüge der Vorstandsmitglieder*) y la función asumida por el órgano de vigilancia respecto de la adecuación de la remuneración a la situación económica de la sociedad. En la doctrina alemana, por todos, Fleischer (2005), y tras la promulgación de la *Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung* (VorstAG) de 18 de junio de 2009, en Fleischer (2009, p. 802), admite la consideración de otros criterios, como la valoración de las condiciones profesionales, que no personales, del administrador para el desarrollo del cargo. Al respecto, entre nosotros, Recalde Castells y Schönnenbeck (2010) y Navarro Frías (2017, pp. 9-12), con referencia al criterio de proporcionalidad, al juicio de adecuación y a la posibilidad de comparación.

⁶¹ Criterios incorporados al informe de la Comisión de Expertos de 14 de octubre de 2013. Sobre su función de ponderación de la legalidad de la retribución, Navarro Frías (2017, pp. 170-1); y sobre su función objetivadora, en relación con el juicio de proporcionalidad, Cohen Benchetrit (2019, p. 583).

En particular en las sociedades que amparan, como forma subjetiva del ejercicio de actividades económicas, empresas de más reducida dimensión, la abstracción de la norma y la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados requieren su oportuna concreción en la aplicación del derecho⁶². Su acreditación, por consiguiente, reclama una labor probatoria que permita que el juzgador pueda valorar correctamente su incumplimiento. Desde la perspectiva interna de la empresa puede que esta cuestión sea más evidente, en relación con su situación económica⁶³. Pero en el marco de las retribuciones fijadas por las empresas del sector exige la presentación de un dictamen pericial, sujeto a contradicción, que incorpore estudios de mercado de empresas de similar magnitud y que actúen, además de en el mismo sector, en el mismo marco geográfico, de modo que se pueda corroborar la comparabilidad de las informaciones⁶⁴.

La comparabilidad, en referencia a las cuentas anuales depositadas, comporta por lo tanto una relevante carga probatoria del perjuicio al interés social, en los términos del apartado tercero del artículo 190 de la LSC, para reflejar la desproporción de la remuneración al administrador. Aun y con todo, el relevante juego de la carga de la prueba que establece esta norma lleva a que la conformidad del acuerdo al interés social corresponda a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto. No se trata, pues, del nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros referidos exclusivamente a la posición del socio en la sociedad, que haga que el que alegue su existencia deba pechar con el *onus probandi*. Aun cuando pueda ser una cuestión discutida, el principio de gratuidad del cargo, junto a las relaciones entre la mayoría y la minoría en las sociedades cerradas, parece decantar la balanza en favor de que sea la sociedad la que acredite la regularidad del pago; también por la disponibilidad

⁶² Acerca del proceso de desnormativización legal del concepto de interés social, en este punto, y de la necesaria ponderación de los criterios, atendidas las circunstancias, Navarro Frías (2017, pp. 13-14).

⁶³ Como establece la STS de 29 de marzo de 2007, núm. 471, tal examen unitario debe tomar en consideración también la situación económica de la sociedad. Siguen esta línea las sentencias de las audiencias provinciales de Madrid, Sección 28.ª, de 31 de mayo de 2012, núm. 172, FD 4.º; y de las Islas Baleares, Sección 5.ª, de 23 de mayo de 2011, núm. 171, FD 7.º. Sobre este particular, por todos, Aparicio González y Cuscó Olivella (2010) y León Sanz (2010).

⁶⁴ Parte la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 30 septiembre de 2019, núm. 385, en el caso Uhagon 10, SA, de un informe «exhaustivo y riguroso» en el que figuran «importe neto de la cifra de negocio; importe de los premios concedidos/importe bruto de la cifra de negocios; gasto de personal; gastos fijos de la actividad, resultado de explotación, resultado antes del impuesto de sociedades; y resultado final del ejercicio», que sirven para acreditar que la remuneración «no guarda una proporción razonable con la importancia de la sociedad», «no tiene en cuenta la situación económica en cada momento y no está orientada a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la empresa» y «no incorpora las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables», tratándose, por lo tanto, de «una retribución susceptible de absorber el exiguo beneficio de la sociedad e incluso las reservas si el resultado económico fuera negativo, poniendo en riesgo la viabilidad económica de la empresa».

y facilidad probatoria que recoge el apartado séptimo del artículo 217 de nuestra Ley de enjuiciamiento civil⁶⁵.

Pero además de las dificultades en las sociedades de menor dimensión respecto de la comparabilidad de la información para desvirtuar la legitimidad de las retribuciones, a cuyo efecto se han de tener en cuenta las específicas características de la empresa, el problema adquiere unos rasgos distintivos propios en las sociedades cerradas. La vinculación de los administradores al socio de mayoría, cuando a la sazón actúe como «socio controlador», puede hacer que la remuneración permita el retorno indirecto de la inversión a este socio, o a una persona próxima a él, en detrimento del resto. En consecuencia, la incorporación de este gasto también merma el resultado del ejercicio y, con ello, incluso, puede dejar sin efecto el derecho de separación que reconoce el artículo 348 bis de la LSC en protección de los socios minoritarios⁶⁶. De esta forma, la remuneración de los administradores puede ser utilizada como una vía por la mayoría para ocultar la obtención de las ganancias sociales, con exclusión de un eventual derecho a la distribución entre todos los socios o, *lato sensu*, como mecanismo para perjudicar el valor de su participación en la sociedad⁶⁷.

3.3. El interés social y la impugnación de acuerdos abusivos

En tales términos se plantea la impugnación de un acuerdo concreto que sea contrario al interés social en beneficio del administrador (cfr. art. 204.1 LSC)⁶⁸. Esto incluye las remuneraciones reconocidas en los estatutos sociales, cuando tales previsiones resulten contrarias a los principios y criterios relativos a la importancia de la sociedad, la comparativa

⁶⁵ Lo consideran un conflicto posicional Fernández del Pozo (2015, pp. 36-7), que llevaría a que la sociedad y el socio que sustenta el acuerdo hubieran de acreditar la «razonabilidad» del acuerdo al interés social, y Megías López (2019, p. 229-230), si bien considera que se debe mantener de forma excepcional la carga de la prueba de la contrariedad con el interés social en el socio que alegue el conflicto.

⁶⁶ Con diferentes consideraciones, la STS de 21 de noviembre de 2011, núm. 846, y, entre la jurisprudencia menor, la SAP de Albacete, Sección 1.ª, de 30 de julio de 1998, núm. 190, FD 5.º.

⁶⁷ Al respecto, la SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 12 de septiembre de 2017, núm. 357, párr. 13, en la medida en que «la fijación de una retribución excesiva pueda convertirse en instrumento a través del cual la mayoría imponga a la minoría una distribución de los beneficios distinta a la que determina la respectiva participación en el capital».

⁶⁸ La jurisprudencia lo viene pregonando así desde antiguo: la señera sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1963 (RJ 3509) recuerda que «la jurisprudencia de esta sala viene cortando los excesos que reiteradamente se vienen cometiendo por los socios mayoritarios, que abusando de su fuerza numérica y de capital absorben los puestos directivos y de administración para asignarse pingües emolumentos con cargo a los beneficios sociales en proporción desorbitada a su función»; línea jurisprudencial que es mantenida posteriormente en las sentencias de 29 de enero de 1974 (RJ 334), 17 de mayo de 1979 (EDJ 786), 27 de marzo de 1984 (EDJ 7133), 10 de febrero de 1992 (EDJ 137), 5 de marzo de 2004, núm. 165 (NCJ039912), y 24 de octubre de 2006, núm. 1049 (NCJ044773).

con las retribuciones fijadas por las empresas del sector a sus órganos de administración y su incidencia sobre la rentabilidad y sostenibilidad⁶⁹. En consecuencia, la valoración de las exigencias de la ética social para los socios y los administradores permite reconocer que determinadas remuneraciones pueden ser impugnadas cuando su concesión implique un perjuicio injustificado para la sociedad debido a que el interés social, como interés autónomo de la entidad, impone la exclusión de la búsqueda de un beneficio particular de un socio o del administrador⁷⁰.

El carácter tóxico o abusivo de una retribución, ante el carácter general o abstracto de los criterios del apartado cuarto del artículo 217 de la LSC, exige que no se deba tratar como una infracción de ley, cuestión que puede hacerse extensible a aquellas decisiones adoptadas por la junta en favor del administrador⁷¹. Recuérdese que los poderes públicos solo podrán inmiscuirse con carácter excepcional en la vida social cuando exista una clara violación que perjudique los intereses sociales o de los socios en beneficio de terceros o de algunos miembros de la sociedad y en detrimento de los demás⁷². Por otro lado, también se podría pensar en la falta de legitimación del socio que adquiere tal condición con posterioridad al acuerdo por el que la junta decide retribuir al administrador, por lo que puede no haber tenido conocimiento previo de la existencia de la denominada «retribución tóxica». En tal sentido, el rasgo de las sociedades cerradas permite limitar el impacto que la falta de aprobación anual de la remuneración de los administradores pueda tener en los socios, ante la estabilidad de su posición jurídica en la sociedad.

El «control de abusividad», por lo tanto, debe ser enfocado desde la perspectiva de la incidencia de la remuneración tóxica para el interés social, según los principios de propor-

⁶⁹ Así, la STS de 25 de junio de 2012, núm. 391 apunta que «la previsión estatutaria de retribución al administrador no resulta suficiente para blindar los acuerdos adoptados por la Junta general, puesto que siempre cabe la impugnación de los acuerdos sociales que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros cuando las decisiones de la mayoría no coincidan con los intereses de la sociedad».

⁷⁰ La STS de 24 de octubre de 2006, núm. 1.049 (NCJ044773) lo manifiesta en los siguientes términos: «Los principios éticos que rigen los comportamientos sociales, que trascienden al orden jurídico, no permiten el aprovechamiento de situaciones de prevalencia o influencia personal para obtener beneficios futuros exorbitantes a cargo de otras personas, sin que existan razones que expliquen o justifiquen la desmesura».

⁷¹ Con todo, Ruiz Muñoz (2016, p. 92) considera que no solo son criterios programáticos, sino de obligado cumplimiento.

⁷² Recoge esta postura la SAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 12 de septiembre de 2017, núm. 357, párr. 12, cuando señala que «la mayoría no puede, con fundamento en el principio de libertad de empresa, adoptar los acuerdos que considere más adecuados a sus propios intereses aunque los mismos puedan resultar gravemente perjudiciales o lesivos para la minoría. El derecho societario no tolera la tiranía de la mayoría y por eso confía en un tercero, el juez, el control de los excesos en los que hubiera podido incurrir. El instrumento a través del cual se confía al juez la tutela de los derechos de la minoría consiste en la protección del interés social».

cionalidad y de razonabilidad de la remuneración. En todo caso, el control judicial no debe alcanzar a determinar la retribución razonable, sustituyendo con ello la voluntad de la junta general, sino que, en principio, debe limitarse a examinar si el acuerdo de la junta supone o no un abuso de derecho, esto es, un abuso por parte de la mayoría de su posición en la sociedad⁷³. En definitiva, ha de consistir en un control de mínimos de razonabilidad a efectos de declaración de la nulidad del acuerdo de la junta sobre la retribución del administrador, que permita a la sociedad recuperar el pago indebidamente efectuado⁷⁴.

Con todo, determinados aspectos fundamentales del sistema de retribución sí que pueden contrariar la ley⁷⁵. Tal es el caso de la existencia de una previsión expresa de gratuidad del cargo en los estatutos sociales, que *per se* comporte un acuerdo expreso de los socios y que requiera una modificación estatutaria para autorizar la remuneración⁷⁶. También de aquellos acuerdos que alteren –no en el aspecto registral, como ya se advertido anteriormente, sino en el sustantivo– la competencia de la junta para decidir la cuantificación de la remuneración. Sin perjuicio de la admisibilidad en las sociedades cerradas de acuerdos de junta que reconozcan tal remuneración pese a la falta de previsión estatutaria, igualmente han de ser consideradas infracciones de ley las extralimitaciones de los ámbitos de competencia de los órganos sociales⁷⁷. Así ha de ocurrir necesariamente cuando el sistema de

⁷³ De nuevo al respecto, la SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 12 de septiembre de 2017, núm. 357.

⁷⁴ Acerca del criterio de la razonabilidad puede verse la STS de 5 de marzo de 2004, núm. 165 (NCJ039912) y, entre la jurisprudencia menor, las sentencias de las audiencias provinciales de Barcelona, Sección 15.ª, de 11 de julio de 2019, núm. 1.371, y de Las Palmas, Sección 4.ª, de 25 de junio de 2019 (núm. 980), de modo que «el hecho de que luego surgieran disputas, y que el apelante quiera legítimamente abandonar la sociedad, no debe limitar el poder de la mayoría de capital para fijar una retribución al administrador coincidente con lo que en el pasado se consintió, pues la pretensión de reducirla se ampara no tanto en las circunstancias económicas (la crisis ya estaba presente en el año 2009 y posteriores), sino en la conflictividad entre los socios».

⁷⁵ Tusquets Trías de Bes (1998, p. 168) ya apuntó la diferencia entre la percepción de una remuneración al margen de las previsiones estatutarias como un supuesto contrario a la ley y la fijación de unos emolumentos excesivos, que solamente resultaría contraria al interés social. Sin embargo, ubica la infracción de los criterios del apartado cuarto del artículo 217 de la LSC como acuerdos contrarios a la ley Fernández del Pozo (2015, p. 225). Por otra parte, Navarro Frías (2017, versión digital pp. 21-22), distingue entre un control de máximos por los tribunales cuando se infrinjan las reglas en materia de retribuciones, y de mínimos o de evidencia, cuando se trate de decisiones discrecionales, que solo pueden ser revisadas en los casos claros.

⁷⁶ Sobre este particular se pronuncia la SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 16 de octubre de 2018, núm. 845, FD 3.º.

⁷⁷ Distingue también la SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 12 de septiembre de 2017, núm. 357 las extralimitaciones de los ámbitos de competencia de los órganos societarios, que «serían supuestos incluíbles en tal categoría la existencia de retribuciones sin previsión estatutaria, retribuciones al amparo de una previsión estatutaria que no estableciera el sistema de remuneración, o cuando el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores se fijara por órgano distinto de la junta general. En estos casos, la inobservancia de tales normas debe canalizarse como una infracción de la ley» de

remuneración permita a los administradores escapar del control de la junta y superar con ello la fijación del importe máximo de su remuneración anual⁷⁸.

4. La posición del órgano de administración

4.1. La remuneración y su incorporación en la formulación de las cuentas anuales

La ontología del sistema legal en materia de retribución de los administradores, por lo tanto, queda estructurada en tres niveles o fases: en el primero, los estatutos sociales, en su caso, fijan el carácter retribuido del cargo y el sistema de retribución; en el segundo, la junta general establece el importe máximo de remuneración anual; y en el tercero corresponde al órgano de administración, salvo indicación expresa de la junta, su distribución entre sus miembros, lo cual se extiende al contrato de delegación del artículo 249 de la LSC⁷⁹. No obstante, la teleología del abuso de derecho se ha de entender desde la finalidad de procurar que los socios estén correcta y suficientemente informados sobre la entidad real de las retribuciones y las compensaciones de todo tipo que perciban los administradores sociales.

Esta preocupación también encuentra reflejo en otros ámbitos informativos, como los que regulan las cuentas anuales, a fin de fomentar la transparencia y lo que se ha venido a llamar una «gobernanza empresarial sana». En este punto, la mención undécima del artículo 260 de la LSC exige la constancia del importe de las remuneraciones del personal de alta dirección y de los miembros del órgano de administración, a fin de cumplir con la aspiración de que los socios puedan comprobar que se ajustan al importe máximo de remuneración anual fijado por la junta⁸⁰. Tales percepciones, sin perjuicio de que puedan constar en con-

«otras normas, como son las contenidas en el párrafo 4.º del art. 217 LSC, relativas al principio de proporcionalidad razonable que debe guardar la remuneración de los administradores», de modo que «la positivación del principio de proporcionalidad, en realidad, viene a facilitar el proceso de argumentación de una posible vulneración del interés social en materia de retribuciones».

⁷⁸ Acerca de un supuesto de infracción de ley por desplazar la cuantificación de la remuneración al órgano de administración, la SJM de Santander de 14 de noviembre de 2016 (J.O. 490/2014), FD 8.º.

⁷⁹ La Ley 31/2014 ha modificado sustancialmente el artículo 249 de la LSC, en particular, en sus párrafos 3 y 4, de modo que exige que el contrato sea conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general. Contrástese con la solución prevista en el artículo 2389(3) del *Código civile* italiano, que prevé que la decisión sobre la remuneración de los administradores por la asunción de determinados cargos corresponde al consejo de administración, pero que si los estatutos lo exigen, la junta puede determinar el importe del conjunto de la remuneración para todos los administradores, incluso cuando asuman tales cargos específicos, cuyo incumplimiento supone la nulidad del acuerdo.

⁸⁰ También la recomendación 35 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores recla-

junto por concepto retributivo, han de seguir los criterios admitidos por los estatutos, con inclusión *lato sensu* de las obligaciones en materia de pensiones o del pago de primas de seguros de vida o de responsabilidad civil⁸¹. En el plano subjetivo, además comprenden los pagos efectuados al personal de alta dirección y a los miembros del órgano de administración, también anteriores, durante el ejercicio objeto de análisis, así como al representante persona física del administrador persona jurídica⁸².

No obstante, esta aspiración informativa encuentra una excepción relevante en las sociedades de pequeña y mediana dimensión, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas en este artículo 260. La información relativa a las remuneraciones no es exigible cuando las sociedades puedan presentar una memoria abreviada en los términos del artículo 261 de la ley⁸³. De otro lado, desde una perspectiva tipológica, en las sociedades de responsabilidad limitada, tras la reforma del régimen legal de remuneración de los administradores, la retribución puede no debe ser fijada por la junta general para cada ejercicio social. Ambas omisiones muestran que la aspiración de transparencia de la retribución de los administradores presenta en las sociedades cerradas, donde en principio sin embargo los socios disponen de una mejor posición para la impugnación de acuerdos, relevantes obstáculos desde el punto de vista de la información que los administradores han de dispensar a los socios. Todo ello se ha enmarcar, de nuevo, en los conflictos horizontales entre la mayoría y la minoría que con mayor asiduidad tienen ocasión en estas sociedades⁸⁴.

maba que la política de retribuciones aprobada por el Consejo se pronunciara, como mínimo, sobre las siguientes cuestiones: «d) Condiciones que deberán respetar los contratos de quienes ejerzan funciones de alta dirección como consejeros ejecutivos, entre las que se incluirán: [...] iii) Cualesquiera otras cláusulas relativas a primas de contratación, así como indemnizaciones o blindajes por resolución anticipada o terminación de la relación contractual entre la sociedad y el consejero ejecutivo».

⁸¹ La mención contemplada en el artículo 260, tras la entrada en vigor de la Ley 22/2015, de 22 de julio, de auditoría de cuentas, se completó con la inclusión en la memoria del pago por la sociedad de la prima del seguro de responsabilidad civil en favor de los administradores sociales.

⁸² En respuesta de 3 de diciembre de 1990 a la consulta 1, el ICAC aclara que «la información que se solicita se extiende a todas las percepciones económicas que reciban de la empresa los administradores, cualquiera que sea su motivo, de tal forma que deberían incluirse, además de las dietas, sueldos o remuneraciones que perciban en calidad de administradores, todas aquellas otras que tengan su origen en el desempeño de otros cargos o puestos de trabajo en la empresa o incluso en la prestación de servicios externos a la misma. La Ley señala, además, que dicha información deberá darse de forma global por concepto retributivo. Entendemos que en los supuestos en que los administradores perciban remuneraciones por razones distintas al ejercicio de tal función, deberá proporcionarse información separada, aunque con carácter global, lo cual hará posible interpretar adecuadamente la mencionada información».

⁸³ *Vide* el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas.

⁸⁴ Fernández del Pozo (2015, p. 239) aboga por dar la oportuna publicidad registral al acuerdo de la junta que fije el importe global de la remuneración autorizada a los administradores, al modo de la inscripción de los reglamentos de la junta o del consejo.

Con todo, la remuneración de los administradores, si bien no con el detalle debido, a diferencia de lo que ocurre, verbigracia, con las operaciones vinculadas y en los anticipos y los créditos concedidos al personal de alta dirección y a los miembros del órgano de administración, pueden ser deducidos de la información contenida en las cuentas, merced al ejercicio del derecho de información del socio. Pero llegados a este punto, la correcta plasmación de la retribución en las cuentas anuales no permite su impugnación, aun cuando los pagos efectuados puedan resultar excesivos en atención a los criterios del apartado cuarto del artículo 217 de la LSC. Así las cosas, el socio minoritario tan solo podrá, en principio, impugnar el acuerdo por el que la junta establezca la remuneración máxima aceptada para los administradores que, por otra parte, puede haber sido adoptada en fecha muy anterior y, por lo tanto, haber prescrito. Todavía podría el socio acreditar la existencia de un cambio de circunstancias, en virtud del principio *rebus sic stantibus*, para impugnar una remuneración manifiestamente desproporcionada, pero sin que resulte claro que suponga una afectación del orden público, en relación con sus derechos esenciales, que le autorice instar la impugnación fuera del plazo de prescripción de un año, tal y como impone el apartado primero del artículo 205 de la LSC.

En consecuencia, la existencia de retribuciones excesivas o manifiestamente desproporcionadas, al punto que puedan ser reputadas «tóxicas» para la sociedad, no permite la impugnación de los acuerdos sociales de aprobación de las cuentas, en consideración a que estas tan solo sirven para plasmar importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase efectivamente devengados en el curso del ejercicio⁸⁵. Tampoco cuando resulten ilegales, verbigracia, porque no las autoricen los estatutos sociales, siempre y cuando las cuentas anuales se limiten a reflejar la realidad de la retribución. De esta manera, la controversia puede quedar desplazada a la formulación de las cuentas y, en su caso, al acuerdo del órgano de administración que decida su reparto entre sus miembros, pues a los administradores les compete, dentro de sus funciones de gestión, conocer el estado de la empresa social en cada momento y, según su principio de independencia, no aceptar retribuciones que sean manifiestamente ilícitas⁸⁶.

En estos casos, el socio de la minoría también puede impugnar los acuerdos del consejo de administración que reconozcan la retribución de sus miembros cuando no se ajusten a los criterios contenidos en el apartado cuatro del artículo 217 de la LSC. Cabría acudir

⁸⁵ Acerca de este extremo, la STS de 20 de febrero de 2006, núm. 141 concluyó que «no es este último el mecanismo oportuno para reclamar el abuso cometido, por cuanto las cuentas reflejan fielmente la situación patrimonial de la sociedad», y la Sentencia de 16 de junio de 2006 (RJ 3374) consideró que la impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales procede cuando estas sean inexactas o inveraces, pero no cuando, reflejando la realidad, recojan un exceso en las retribuciones. En este mismo sentido, con diferentes consideraciones al respecto, pueden verse las opiniones de Arribas Hernández *et al.* (2009).

⁸⁶ Tampoco la aprobación de las cuentas sirve para confirmar *ex post* la legalidad de la concreta retribución de los administradores, como ya advirtieron Llebot Majó (1996, pp. 110-1) y Tusquets Trías de Bes (1998, pp. 137-8 y 141-2).

entonces a la legitimación prevista por el artículo 251 de la ley en favor de los socios de la minoría para la impugnación de los acuerdos del consejo de administración. No obstante, de esta apreciación pronto surgen nuevas cuestiones en torno al derecho de los socios a obtener informaciones del consejo y las certificaciones de sus acuerdos a fin de ejercitar este derecho de impugnación. Además, cuando el órgano de administración no adopte la forma de consejo, sus decisiones no resultarán impugnables por esta vía⁸⁷.

Todo ello nos conduce, por otro lado, a la determinación de la responsabilidad del administrador en dos instancias diferentes⁸⁸: de un lado, al momento del pago efectivo de la remuneración; de otro, al momento de la formulación de las cuentas, no obstante su conocimiento, en ese momento posterior, de su manifiesta desproporcionalidad o irracionalidad. En todo caso, a efectos de prescripción de la correspondiente acción, se habrá de estar al momento en que hubiera podido ejercitarse, según los artículos 241 bis y 251 de la LSC, en relación con su conocimiento por el socio disconforme. Desde un punto de vista procesal, el cauce legal oportuno para reclamar la responsabilidad por esta conducta, si es considerada contraria al interés social, será el de la acción social de responsabilidad, la cual permite reintegrar a la sociedad la remuneración ilícitamente obtenida por el administrador designado por la mayoría⁸⁹. La acción individual de responsabilidad, sin embargo, únicamente resulta exigible frente a los administradores sociales en favor de los socios afectados, pero no de la sociedad en protección del interés social. De ahí la necesidad de conceder al socio mecanismos de impugnación de los acuerdos sociales adoptados por la junta general, como sede natural de su participación en la sociedad⁹⁰.

4.2. El deber de diligencia en la determinación de la remuneración

Por todo ello, la acción en estos casos se ha de enfocar no ya desde la impugnación del acuerdo de la junta que fija la retribución o que renuncia a su reclamación, sino que se haya

⁸⁷ Por todos, Alcalá Díaz (1992, pp. 155-160).

⁸⁸ La SAP de Madrid, Sección 14.ª, de 8 marzo de 2004 (JUR\2004\249420), considera, si bien en referencia a un acuerdo subsanado, que «la vía impugnatoria adecuada era, en su caso, la del ejercicio de la acción de responsabilidad».

⁸⁹ La STS de 25 de junio de 2012, núm. 391, párr. 27 admite la acción social de responsabilidad, a falta de otro remedio, para la devolución de la retribución excesiva, por cuanto, como ya ha sido expuesto, no se requiere acuerdo específico de la junta para la fijación de la retribución en cada ejercicio.

⁹⁰ Acerca de este aspecto, la SJM de Bilbao de 30 de septiembre de 2019, núm. 385, FD 5.º. Ahora bien, como reconoce la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, en su Sentencia de 11 de julio de 2019, núm. 1371, párr. 23, «no es descartable la responsabilidad del demandado, si bien limitada a la parte de la retribución que pudiera resultar excesiva. En cualquier caso, los demandantes no tienen legitimación para reclamar para sí, pues lo obtenido en la acción de responsabilidad debe reintegrarse al patrimonio social».

de recurrir a la responsabilidad del administrador por el cobro de una retribución desproporcionada en consideración al interés social. A partir de los aludidos deberes de lealtad y diligencia se ha de atribuir a los administradores la responsabilidad por el daño que causen por los actos que lleven a cabo incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

Como es bien sabido, la acción social de responsabilidad tiene por objeto la reintegración al patrimonio social de los daños causados a la sociedad, por lo que la legitimación activa «en defensa del interés social» excede del ámbito de la junta general y se extiende a los socios minoritarios con una «participación significativa» e, incluso, en su caso, a los acreedores sociales. Pero para la identificación de este perjuicio, la causación del daño, en relación con el sujeto agente, trae motivo en la decisión de los administradores, según los presupuestos que sustentan su responsabilidad. Así pues, el deber de diligencia del administrador de actuar como un ordenado empresario, del cual es manifestación el deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad, en atención a su situación financiera, impone un límite añadido en la determinación de la remuneración.

Es más, el sistema deriva, a falta de indicación por la junta, al órgano de administración la distribución de la retribución entre los distintos administradores en consideración a sus funciones y responsabilidades. También la acción en estos casos se puede enfocar no ya desde la impugnación del acuerdo de la junta, sino desde la responsabilidad del administrador por la concesión o el cobro, en su caso, de una retribución desproporcionada. Desde esta perspectiva, la causación del daño, en relación con el sujeto agente, tiene su razón de ser en la decisión de los administradores que la adoptan, incumpliendo así su deber de diligencia, ante la situación económica de la sociedad y por la falta de la ponderación del resto de los criterios que desautoricen la distribución⁹¹.

En este punto, la protección de la discrecionalidad empresarial de la que podrían gozar los administradores se ve constreñida por el carácter orgánico del cargo. No se trata pues de la contratación de personal a los efectos de un mejor desenvolvimiento de la actividad económica, esto es, de decisiones estratégicas y de negocio, sino que la doctrina del vínculo absorbe las relaciones económicas entre la sociedad y los administradores, considerados como terceros. Esta vinculación además se hace más evidente en las sociedades cerradas merced a la estrecha relación entre socios de control y administradores, respecto de otros modelos de sociedades con «administradores independientes» o desligados del control, que puedan prestar profesionalmente sus servicios a la sociedad⁹².

⁹¹ Como manifestara la STS de 25 de junio de 2012, núm. 391, párr. 30, «la retribución fijada no responde a los parámetros de un ordenado empresario y de un representante legal [...]. Esta situación revela sin otras consideraciones que la percepción de esta retribución devenía absolutamente perjudicial para ella, en beneficio propio más allá de lo permisible y de lo que un ordenado empresario podía recomendar, máxime si con ello solo a él se le beneficiaba».

⁹² En esta línea, Fernández del Pozo (2015, p. 238), ante la existencia de un conflicto de interés subyacente, y Ruiz Muñoz (2016, pp. 99-100).

4.3. Infracciones del deber de lealtad

Junto a la posibilidad de impugnación del acuerdo del consejo por la vía del artículo 251 de la LSC, también cabe la exigencia de responsabilidad por una posible infracción del deber de lealtad⁹³. La aplicación de su régimen de responsabilidad específico, tras la Ley 31/2014, permite un mejor amparo de la posición de los socios minoritarios. En el marco de las acciones, estas incluyen la devolución del enriquecimiento injusto del beneficiario, tal y como recoge el apartado segundo del artículo 227 de la LSC, aunque el administrador no haya participado en la decisión, así como el ejercicio de diversas acciones previstas en el artículo 232, de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, de anulación de los actos realizados⁹⁴. El artículo 239 de la ley concede además legitimación directa al socio para el ejercicio de la acción social de responsabilidad⁹⁵.

⁹³ También la STS de 9 de septiembre de 2016, núm. 700, FD 6.º (NCJ061801) ha hecho referencia a «la utilización de las retribuciones como instrumento formal para la ejecución de actos de deslealtad que se traducen en decisiones lucrativas de carácter expropiatorio»; mientras que la Sentencia de 13 de junio de 2012, núm. 372, admite que en esos supuestos el administrador social infringe el deber de lealtad y, por tanto, estima la acción de responsabilidad en la que se le exigía el reintegro de tales retribuciones. Entre las sentencias de las audiencias provinciales, para la de Barcelona, Sección 15.ª, de 12 de septiembre de 2017, núm. 357, «cualquier contravención del sistema legal de remuneración acontecido en los dos primeros niveles deberá encauzarse a través del cauce del art. 204 TRLSC. Una vulneración cometida por los administradores además (art. 251 TRLSC) podrá ser objeto de responsabilidad por una posible infracción del deber de lealtad», y para la de Pontevedra, Sección 1.ª, de 7 de junio de 2019, núm. 329, FD 4.º, «en caso de conflicto de intereses, está claro que el administrador demandado ha vulnerado dicho deber cuando ha subordinado los intereses de la sociedad a los suyos propios, y no al revés, como sería lo correcto».

⁹⁴ Según la SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, de 7 de junio de 2019, núm. 329, FD 4.º, «tal actuación del administrador haciendo prevalecer su interés sobre el de la sociedad, estableciendo su nombramiento como gerente por los motivos expuestos, implica una actuación contraria al art. 220 LSC, y al deber de lealtad regulado en los arts. 227 y ss. LSC por lo que sin necesidad siquiera de entrar a examinar cada uno de los requisitos de la acción de responsabilidad social, es evidente que procede su cesación, remoción de efectos y devolución de lo indebidamente obtenido por el administrador conforme a los arts. 232 y 227.2 LSC. En todo caso, resulta claro en este supuesto que una acción contraria a la ley llevada a cabo por el administrador está en directa relación causal con un perjuicio como es la percepción indebida de una retribución derivada de una relación jurídica nueva entre la sociedad y el administrador que no podía ser establecida por este, concurriendo así los presupuestos o requisitos de la acción social de responsabilidad». En este punto, para la SAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 25 junio de 2019, núm. 980, FD 4.º, «evidente ha sido el impacto de la crisis de la construcción en este tipo de sociedades. Aunque objetivamente ha disminuido el patrimonio de OCA, lo cierto es que sigue activa y generando beneficios de explotación. No hay elementos objetivos que justifiquen la subida de la retribución del administrador a 165.666,74 €, pero consideramos que es una postura coherente con la actuación de la entidad el mantenimiento de la cifra de 133.937,72 €, por cuanto fue la cantidad que (pese a no estar prevista en los estatutos) estaban los socios conformes en pagar cuando las relaciones entre ellos eran amistosas, durante un tiempo dilatado».

⁹⁵ Todo ello sin perjuicio de su tipificación penal como administración desleal o apropiación indebida, y de su consideración, desde una perspectiva fiscal, como dividendos encubiertos y no deducibles como gasto.

Tampoco resulta óbice para la imputación de esta responsabilidad que la previsión estatutaria del sistema retributivo ampare este acuerdo, ni el sometimiento a las reglas abstractas de buen gobierno de las sociedades, lo cual, en definitiva, no impide reconocer la deslealtad del administrador en la concreta sociedad afectada⁹⁶. Por consiguiente, si el acuerdo resulta lesivo para la sociedad, aun cuando fuera adoptado por la junta, no debe el administrador proceder a su ejecución. A ello cabría añadir el provecho personal que le reporta, y por ello la asunción de la correspondiente responsabilidad, pese a que el acuerdo de la junta o del consejo no haya sido impugnado. Con todo, no parece que los criterios previstos en el apartado cuarto del artículo 217 de la ley, por su carácter indeterminado, puedan sustentar que se trate de una infracción legal, por lo que tampoco cabría aplicar la presunción de concurrencia de dolo o culpa prevista en el apartado primero del artículo 236 de la LSC⁹⁷.

Incluso cabría cuestionarse la existencia de un conflicto de intereses en este punto entre el administrador y la sociedad que exigiera a aquel un deber de abstención, como expresión de su deber de lealtad, en estos acuerdos o decisiones del órgano de administración que fijen su remuneración, en cuanto puedan contradecir el interés social. En este aspecto, el artículo 232 de la LSC ya prevé que en las sociedades de responsabilidad limitada deba pronunciarse la junta general acerca de la autorización para que el administrador pueda mantener con la sociedad una relación de servicios u obra. En otros supuestos, la autorización debe concederse por los administradores no afectados por el conflicto y respetar la inocuidad de la operación para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado, así como la transparencia del proceso. Con todo, la remuneración del administrador, que no ha de pasar estos filtros, y ante el riesgo de las sanciones por deslealtad, puede encontrar en estas medidas un mecanismo tuitivo de su posición que la protección de la discrecionalidad empresarial no le puede proporcionar.

⁹⁶ En torno a la obtención de un beneficio propio, la STS de 25 de junio de 2012, núm. 391 reconoce que «resulta irrelevante que la retribución hubiese sido acordada por una mayoría consciente o inconscientemente desleal para con la sociedad. Además, que el sistema fijado se ajuste a las reglas abstractas de buen gobierno de las sociedades no significa que su aplicación práctica y en el modo de hacerlo se ajuste a las exigencias de la lealtad debida a la concreta sociedad afectada».

⁹⁷ Para la STS de 28 de febrero de 2018, núm. 100, FD 13.º, «el acuerdo de fijación de la cuantía de la dieta es acorde con la previsión estatutaria y no puede considerarse que no sea suficientemente determinado. El concepto retributivo (dietas de asistencia) se corresponde lógicamente con la fijación de un importe determinado por la asistencia a cada una de las reuniones del Consejo, y eso es lo que hace el acuerdo impugnado», pero «si se hace un uso abusivo de las convocatorias de reuniones del Consejo de administración, sin otra justificación que el devengo de la dieta, o si los consejeros acuden sin cumplir el deber de diligencia que regula el art. 225 TRLSC y causan un daño a la sociedad, se les podrá exigir la responsabilidad por el daño causado», aun así «no puede tacharse de indeterminado un acuerdo social que fija una concreta cuantía para la dieta por asistencia a la reunión del consejo». Sobre la determinación de las dietas por la junta general puede verse la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 9 de agosto de 2019, núm. 15.546 (NCR009754).

5. Consideraciones finales

Al igual que Hevia Bolaño en 1617 titulara su magna obra mercantil *Laberinto de comercio terrestre y naval*, la estructura legal de la remuneración de los administradores sociales se ha convertido hoy en día en un sistema laberíntico, con muy diferentes proyecciones, en su aplicación al caso concreto. En primer lugar, la exigencia de constancia del sistema de retribución en los estatutos sociales incorpora una rigidez al sistema que se compadece mal con las necesidades de flexibilidad, que, por otra parte, ha tendido a aceptar nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina registral en los tiempos más recientes. En consecuencia, una previsión estatutaria del sistema retributivo que ampare, verbigracia a través de un sistema fijo de remuneración, un criterio contrario al interés social, así como basado solo en las reglas abstractas de buen gobierno de las sociedades, podría padecer un exceso de formalismo. Tales previsiones, en definitiva, no impiden reconocer el carácter abusivo de la remuneración en la concreta sociedad afectada, ante la necesidad de ponderar la situación financiera de la sociedad y la labor desempeñada por el administrador con el cumplimiento de sus deberes de diligencia y lealtad, de modo que su percepción no devenga manifiestamente perjudicial para ella.

Por otra parte, esta formulación no resuelve la problemática de la protección de las minorías ante «remuneraciones tóxicas» para el interés social, con particular significación en las sociedades cerradas. Pero tampoco la autorización de «remuneraciones tóxicas» por la junta que contradigan el interés social, en cuanto concepto que ha de orientar las decisiones adoptadas por mayoría y que constituye la piedra angular del sistema de sociedades. A ello se han de unir, además, el deber de fidelidad del socio y los principios generales de la ética social, que imponen unos límites de comportamiento en el ejercicio de la influencia del socio mayoritario sobre los órganos sociales. Desde esta perspectiva orgánica, la remuneración de los administradores, como medida que sirva para incentivar su función de gestión en relación con la actividad y eficiencia empresarial, se ha de justificar, por lo tanto, en su adecuación al interés social.

En todo caso, cabría también diferenciar entre aquellos pagos devengados en consideración a los gastos ocasionados directamente por la función de gestión y representación de los administradores de aquellos otros que, en exceso, quepan ser catalogados como remuneración; como también los que se afectan al desarrollo de sus funciones de aquellos otros que excedan de la actividad característica de su función orgánica, para tener cabida en relaciones laborales o de prestación de servicios o de arrendamientos de obra. Se trata, en consecuencia, de un triple vínculo –orgánico, laboral y contractual–, dable no obstante la *vis atractiva* del primero en caso de confusión, por la independencia del administrador y la especial responsabilidad cualificada inherente a su condición.

Pero a su vez la relación que une al administrador con la sociedad impone considerar su posición respecto de los socios. De este modo, la tolerancia de la retribución puede ge-

nerar una confianza por parte del administrador acerca de la legitimidad de la retribución recibida, aun cuando no cuente con el reconocimiento estatutario formalmente exigido. Desde este perfil, la teleología del sistema, con aplicación de la doctrina de los actos propios, pone el acento en la relevancia de la junta para autorizar la remuneración y en los mecanismos de control de la minoría para, desde su posición jurídica, alinear la remuneración con el interés social.

No obstante, las modificaciones legislativas, tendentes a colocar a la junta en el centro el tablero de las autorizaciones de las retribuciones, no han facilitado que los socios minoritarios de las sociedades cerradas dispongan de mejores herramientas de control *ex ante*. De un lado, la falta de mención obligatoria de la remuneración en la memoria abreviada supone una limitación a las informaciones a disposición de los socios para la ejecución de esta función de vigilancia. De otro, la junta general no debe pronunciarse anualmente de forma expresa sobre el límite de la remuneración, lo cual puede impedir, por la vía de la prescripción de la acción, la impugnación del acuerdo. Además, el mero acuerdo de la junta general que determine el límite de retribución a los administradores sociales puede no resultar en el momento de su adopción *per se* contrario al interés social; pero luego, sin embargo, puede devenir contrario a los criterios dinámicos que establece el apartado cuatro del artículo 217 de la LSC. Tampoco la plasmación de la retribución en las cuentas anuales permite la impugnación del acuerdo de la junta general que las apruebe cuando se ajusten a la representación de los hechos económicos acaecidos durante el ejercicio.

Otras opciones de política jurídica pasarían por reclamar una mayoría reforzada, a imagen de la requerida para la modificación de estatutos, una vez fuera removida la necesaria mención estatutaria, para la aprobación de la remuneración de los administradores. *De lege ferenda* podría también ser útil imponer, de forma separada al resto de asuntos a tratar, el cumplimiento de las exigencias formales requeridas para la convocatoria de las juntas en las que se proponga una modificación estatutaria, aun cuando esta decisión no supusiera modificación alguna de los estatutos sociales. A estos efectos la emisión obligatoria del informe, que al menos para las sociedades anónimas es requerido en el artículo 286 de la LSC, podría servir de justificación de la propuesta, en este caso de fijación del importe máximo de remuneración. Ello contribuiría, en definitiva, a un mejor entendimiento de este supuesto con las reglas del conflicto de interés que prevé el apartado tercero del artículo 190 de la ley, respecto de la adecuación de la remuneración al interés social⁹⁸.

⁹⁸ Entre los objetivos de publicidad, rendición de cuentas, información y transparencia en materia de retribuciones de los administradores, la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, de aplicación exclusivamente a las sociedades cotizadas, también contempla, como alternativa a la votación del informe sobre remuneraciones en el caso de las pequeñas y medianas empresas, que los Estados miembros puedan disponer que el informe sobre remuneraciones del ejercicio anterior haya de presentarse a los accionistas únicamente para su debate



Por otra parte, si esta retribución es concretada por el propio órgano de administración, cabría acudir a la impugnación de los acuerdos del consejo de administración, solución que, sin embargo, no encuentra encaje en otros modos de organizar la administración social. A falta de amparo en las soluciones anteriores, la única vía a la que puede acudir el socio será la de la acción social de responsabilidad, a fin de reintegrar al patrimonio social los daños causados a la sociedad por los incumplimientos del administrador de sus deberes de diligencia y lealtad. Con todo, cuando el acuerdo provenga de la junta y sea lesivo para interés social, a efectos de su reclamación, todavía se ha de mantener la responsabilidad del administrador que lo ejecute, a mayor abundamiento cuando sea en su propio y exclusivo provecho. A tal fin, el administrador no queda protegido por la regla de la discrecionalidad empresarial, por mor del carácter orgánico de la relación, si bien los mecanismos a su disposición para la dispensa del deber de lealtad, con las prevenciones que allí se contienen, podrían otorgar cierta tutela a la percepción de su remuneración.

en la junta general anual como punto independiente del orden del día, y si un Estado miembro utiliza esa posibilidad, que la sociedad deba explicar, en el siguiente informe sobre remuneraciones, cómo se ha tenido en cuenta dicho debate en la junta general.

Referencias bibliográficas

- Alcalá Díaz, M. A. (1992). *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*. Civitas.
- Álvarez Royo-Villanova, S. (2018). Retribución de administradores y estatutos: Comentario a la Resolución DGRN de 31 de octubre de 2018. *Diario La Ley*, 9.309.
- Aparicio González, M. L. y Cuscó Olivella, M. A. (2010). La retribución de los consejeros en período de crisis financiera. En J. C. Sáez García de Albizu, F. Oleo Banet y A. Martínez Flórez (Coords.), *Estudios de derecho mercantil: en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés* (pp. 765-784). Civitas-Thomson Reuters.
- Arribas Hernández, A, Veleiro, B., Soler Pascual, L. A., García-Villarubia Bernabé, M., Roncero Sánchez, A. y Valencia García, F. (2009). ¿Es nulo o anulable el acuerdo que aprueba las cuentas anuales reflejando el pago a los administradores de la retribución efectivamente satisfecha pero no amparada en los estatutos? *El Derecho. Boletín de Mercantil*, 13.
- Barba Fau, S. (2015). El say on pay como instrumento de gobierno corporativo. *Revista de Derecho de Sociedades*, 45, 387-429.
- Boeri, T., Lucifora, C. y Murphy, K. J. (Eds.). (2013). *Executive remuneration and employee performance-related pay: a transatlantic perspective*. Oxford University Press.
- Cohen Benchetrit, A. (2019). Responsabilidad social corporativa y retribuciones tóxicas de los administradores sociales: luces y sombras al hilo del artículo 217.4 LSC. En M.^a B. González Fernández y A. Cohen Benchetrit (Dirs.), *Derecho de Sociedades: Cuestiones sobre órganos sociales*. Tirant lo Blanch.
- Duque Domínguez, J. F. (2011). Situación actual del problema de la remuneración de los administradores de sociedad. En J. C. Sáez García de Albizu, F. Oleo Banet y A. Martínez Flórez (Coord.), *Estudios de derecho mercantil: en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*. Civitas-Thomson Reuters.
- Embid Irujo, J. M. (2019). El problema de la retribución de los administradores: la flexibilidad como panacea. *La Ley Mercantil*, 8, 1-16.
- Enriques, L. (2015). Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal). *European Business Organization Law Review*, 16, 1-37.
- Enriques, L., Hertig, G., Kanda, H. y Pargendler, M. (2017). Related-Party Transactions. En Reinier Kraakman y otros (Dirs.), *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. (3.^a ed., pp. 145-170). Oxford University Press.
- Farrando Miguel, I. (2008). La determinación estatutaria y la función de la Junta General en la remuneración de los administradores de las sociedades anónimas. En M. Bacigalupo, C. Gómez-Jara Díez y M. Bajo Fernández (Dirs.), *Gobierno corporativo y Derecho penal* (pp. 255-272). Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Fernández del Pozo, L. (2015). El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma. *Revista de Derecho Mercantil*, 297, 199-248.
- Fleischer, H. (2005). Zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung im Aktienrecht. *Deutsches Steuerrecht/Beihefter*, 30, 1.279-1.280.

- Fleischer, H. (2009). Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 21, 801-806.
- Girón Tena, J. (1952). *Derecho de sociedades anónimas*. Universidad de Valladolid.
- Gower, L. C. y Davies P. L. (2008). *Principles of Modern Company Law*. Thompson.
- Ibarra López, A. (2018). Retribución del órgano de administración fijada en sede de pactos parasociales: validez; exigibilidad, impugnación de acuerdos sociales contrarios a los pactos por retribuciones tóxicas y responsabilidad. *Ibidem*.
- León Sanz, F. (2010). La previsión en los estatutos de la retribución de los administradores de las sociedades anónimas. El estado de la cuestión en la doctrina española. En J. M. Salelles Climent, M.^a J. Guerrero Lebrón y R. Fuentes Devesa (Coords.), *I Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil* (pp. 13-32). Tirant lo Blanch.
- Llebot Majó, J. O. (1996). Los deberes de los administradores de la sociedad anónima. En *Estudios de Derecho Mercantil*. Civitas.
- Lozano Reina, G., Sánchez Marín, G. y Baixauli Soler, J. S. (2019). Influencia del say-on-pay como mecanismo de gobierno corporativo en las empresas cotizadas españolas. *UCJC Business & Society Review*, 64, 68-131.
- Martín Muñoz, A. J. (2005). Algunas consideraciones en torno a la remuneración de los administradores de sociedades cotizadas tras la Recomendación europea de 14 de diciembre de 2004. *Revista de Derecho Mercantil*, 257, 1.147-1.168.
- Megías López, J. (2019). El conflicto de interés en las decisiones sobre retribución de administradores. M.^a T. Martínez Martínez y J. Sánchez-Calero Guilarte (Dirs.), *Nuevas tendencias de Derecho europeo y del Derecho español de sociedades* (pp. 227-234). Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense.
- Navarro Frías, I. (2017). Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas de los administradores sociales: control judicial. *Revista de Derecho de Sociedades*, 49, 151-193.
- Navarro López, D. E. (2018). La retribución del administrador y el pacto de socios. En M.^a B. González Fernández y A. Cohen Benchetrit (Dirs.), *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital* (pp. 1.135-1.159). Tirant lo Blanch.
- Ortiz del Valle, M.^a C. (2019). Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre retribución de administradores después de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018: ¿flexibilidad o fragilidad? *Revista Lex Mercatoria*, 11, 89-96.
- Paz-Ares Rodríguez, J. C. (2008). Deber de lealtad y gobierno corporativo. En M. Bacigalupo, C. Gómez-Jara Díez y M. Bajo Fernández (Dirs.), *Gobierno corporativo y Derecho penal* (pp. 13-73). Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Paz-Ares Rodríguez, J. C. (2009). Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores). *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 1-21.
- Recalde Castells, A. y Schönnenbeck, P. (2010). La Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas. *Revista de Derecho Mercantil*, 277, 1.065-1.081.
- Roncero Sánchez, A. (2016). Principales deficiencias de técnica y política jurídica del nuevo régimen sobre retribución de los administradores de sociedades de capi-



tal. En F. Rodríguez Artigas, G. Esteban Velasco, G. y M. Sánchez Álvarez (Coords.), *Estudios sobre derecho de sociedades. Liber amicorum Profesor Luis Fernández de la Gándara* (pp. 399-431). Aranzadi.

Ruiz Muñoz, M. (2016). Nuevo régimen jurídico de la retribución de los administra-

dores de las sociedades de capital. *Revista de Derecho de Sociedades*, 46, 53-130.

Sánchez Calero, F. (2005). *Los administradores en las sociedades de capital*. Civitas.

Tusquets Trías de Bes, F. (1998). *La remuneración de los administradores*. Civitas.



La controvertida injerencia del Ejecutivo en la labor legislativa durante el insólito ciclo político 2015-2019

David Parra Gómez

Profesor de Derecho Constitucional.
Universidad de Murcia

Este trabajo ha obtenido un accésit del Premio «Estudios Financieros» 2020 en la modalidad de Constitucional y Administrativo.

El jurado ha estado compuesto 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.

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

Extracto

La fraccionada composición que, con carácter general, presentan los parlamentos españoles (Cortes Generales y asambleas de las comunidades autónomas) como consecuencia de las distintas elecciones celebradas desde el 2015, marcada por el descenso de los dos grandes partidos mayoritarios y la irrupción de nuevas formaciones políticas, determinantes en muchos casos de la gobernabilidad, ha afectado profundamente a todas las funciones parlamentarias y, muy particularmente, a la potestad legislativa, hasta el punto de poder afirmar que el desencuentro –cuando no el directo enfrentamiento– entre el Gobierno y el Parlamento se ha convertido, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, en la regla general del quehacer legislativo. De las tendencias provocadas por el insólito contexto multipartidista en la práctica legislativa española destacan, por su indudable impacto en el sistema de fuentes del derecho español, en el principio de división de poderes que sustenta el Estado de derecho e, incluso, en algunas garantías constitucionales básicas (como la tutela judicial efectiva o el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes), el uso absolutamente desproporcionado –y, en ocasiones, para supuestos singulares– del decreto-ley por parte del Ejecutivo y el ejercicio por este, en contra de lo que venía siendo *praxis* parlamentaria, de su prerrogativa de veto presupuestario a proposiciones de ley de la oposición. Al análisis de estas dos significativas tendencias dedicamos la presente investigación.

Palabras clave: separación de poderes; relaciones Gobierno-Parlamento.

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

Cómo citar: Parra Gómez, D. (2020). La controvertida injerencia del Ejecutivo en la labor legislativa durante el insólito ciclo político 2015-2019. *Revista CEFLegal*, 238, 77-110.



The controversial interference of the Government in the legislative work during the unusual political cycle 2015-2019

David Parra Gómez

Abstract

The generally fragmented composition of the Spanish parliaments (Cortes Generales and assemblies of the autonomous communities) as a result of the various elections held since 2015, marked by the decline of the two major majority parties and the emergence of new political formations, which in many cases are decisive for governance, has profoundly affected all parliamentary functions, and very particularly, legislative power, to the extent that it can be said that the disagreement –if not direct confrontation– between the government and parliament has become, both at state and regional level, the general rule of legislative work. Of the practical trends caused by the unusual multi-party context in legislative work, we can highlight, due to its unquestionable impact on the Spanish system of sources, the principle of division of powers that underpins the rule of law and even some basic constitutional guarantees (such as the right to an effective remedy or the of citizens' right to participate in public affairs through representatives), the absolutely disproportionate use –and, on occasion, for special cases– of the decree-law by the government and the exercise by the latter, contrary to parliamentary practice, of its prerogative to veto budgetary proposals from the opposition. This research is devoted to the analysis of these two significant trends.

Keywords: separation of powers; government-parliament relations.

Citation: Parra Gómez, D. (2020). La controvertida injerencia del Ejecutivo en la labor legislativa durante el insólito ciclo político 2015-2019. *Revista CEFLegal*, 238, 77-110.





Sumario

1. Introducción: principales consecuencias del nuevo contexto multipartidista en la actividad legislativa
 2. La agudización del abuso del decreto-ley
 - 2.1. La utilización del decreto-ley hasta 2015
 - 2.2. El empleo del decreto-ley en un contexto de gobiernos en minoría
 - 2.3. Otra práctica censurable: la persistencia del decreto-ley singular
 3. El veto presupuestario del Ejecutivo a proposiciones de ley en unas legislaturas fragmentadas
 - 3.1. El abrumador uso del veto presupuestario en la XII legislatura de las Cortes Generales
 - 3.2. La práctica del veto presupuestario en las comunidades autónomas
 - 3.3. Algunas consideraciones sobre la prerrogativa de veto presupuestario
 - 3.3.1. ¿Qué margen de apreciación tiene la Cámara a la hora de calificar el veto presupuestario? Análisis de la última doctrina del Tribunal Constitucional al respecto
 - 3.3.2. ¿De qué vías dispone el Gobierno para activar el control del acuerdo parlamentario que rechaza su veto?
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción: principales consecuencias del nuevo contexto multipartidista en la actividad legislativa

Tras las elecciones generales de 20 de diciembre de 2015, Podemos y Ciudadanos irrumpieron en el Congreso de los Diputados como tercera y cuarta fuerzas parlamentarias, respectivamente, poniendo así fin al anterior bipartidismo imperfecto en el que PP y PSOE se repartían alrededor de 20 millones de votos¹.

La incapacidad de aquella cámara para investir a un presidente del Gobierno dio paso a un periodo de interinidad de 315 días en el que el Ejecutivo no pudo hacer uso de su facultad de iniciativa legislativa, de modo que durante ese largo periodo de tiempo el procedimiento de elaboración de las leyes estatales solo pudo ser iniciado por el resto de titulares de dicha facultad previstos en el artículo 87 de la CE: los diputados y senadores (individualmente o como grupo), las asambleas autonómicas y los ciudadanos (iniciativa legislativa popular).

Asimismo, en el Congreso asistimos a situaciones inéditas durante aquel periodo de interinidad, como plantones de ministros a convocatoria de comisiones o la ausencia del Gobierno en una sesión plenaria de control. Estas situaciones provocaron que, por primera vez, la Cámara Baja y el Gobierno se enfrentaran ante el Tribunal Constitucional a cuenta del control parlamentario que el primero puede ejercer sobre el segundo cuando este se encuentra en funciones, conflicto de atribuciones que fue resuelto a favor del Congreso por la STC 124/2018, de 14 de noviembre.

En las elecciones generales del 26 de junio de 2016 el PP mejoró sus resultados en la Cámara Baja, aunque quedó lejos de la mayoría absoluta, mientras que Podemos y Ciudadanos sufrieron un leve descenso². Mientras que los resultados de las elecciones del 28 de abril de 2019 vinieron a agudizar la crisis del bipartidismo: si en 2008 PP y PSOE sumaban juntos el 83,81 % de los votos, ambos partidos se quedan anclados en el 45 %³.

¹ Composición (por G. P.) de las Cortes Generales en la legislatura XI: Congreso de los Diputados: G. P. Popular 119, G. P. Socialista 89, G. P. Podemos-En Comú Podem-En Marea 65, G. P. Ciudadanos 40, G. P. ERC 9, G. P. Catalán-DL 8, G. P. Vasco-EAJ-PNV 6, G. P. Mixto 14. Senado: G. P. Popular 142, G. P. Socialista 67, G. P. Podemos-En Comú-Compromís-En Marea 23, G. P. ERC 8, G. P. Catalán-DL 8, G. P. Vasco (EAJ-PNV) 7, G. P. Mixto 10.

² Composición (por G. P.) de las Cortes Generales en la legislatura XII: Congreso de los Diputados: G. P. Popular 134, G. P. Socialista 84, G. P. Podemos-En Comú Podem-En Marea 67, G. P. Ciudadanos 32, G. P. ERC 9, G. P. Vasco (EAJ-PNV) 5, G. P. Mixto 19. Senado: G. P. Popular 148, G. P. Socialista 62, G. P. Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea 21, G. P. ERC 12, G. P. Vasco (EAJ-PNV) 6, G. P. Mixto 16.

³ Composición (por G. P.) de las Cortes Generales en la legislatura XIII: Congreso de los Diputados: G. P. Socialista 123, G. P. Popular 66, G. P. Ciudadanos 57, G. P. Confederal de Unidas Podemos-En Comú

La falta de acuerdo para la investidura provocó, como es sabido, la convocatoria de nuevas elecciones –los cuartos comicios generales en apenas 4 años–, celebradas el pasado 10 de noviembre de 2019, convocatoria que abrió un nuevo periodo de interinidad gubernamental y cuyos resultados han dado paso al Parlamento más fragmentado de la historia de España⁴. A pesar del raudo y sorpresivo preacuerdo firmado el 12 de noviembre entre los líderes del PSOE y de Unidas Podemos para la conformación de un gobierno de coalición, resulta difícil atisbar el fin de la actual etapa de incertidumbre política y, menos aún, albergar la esperanza de tener un nuevo Ejecutivo antes de principios de 2020⁵.

Por lo que se refiere a las comunidades autónomas, a lo largo de 2015 tuvieron lugar elecciones al Parlamento de Andalucía (22 de marzo), a las asambleas de Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Madrid, Navarra, Murcia, La Rioja y Valencia (24 de mayo) y al Parlamento de Cataluña (27 de septiembre); en 2016 se celebraron comicios en el País Vasco y Galicia (25 de septiembre); el 2 de diciembre de 2018 los andaluces volvieron a las urnas; el 28 de abril de 2019 se efectuaron elecciones autonómicas anticipadas en Valencia; y el 26 de mayo año asistimos a nuevas elecciones en Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Madrid, Murcia, Navarra y La Rioja, así como a las asambleas de Ceuta y Melilla⁶.

Podem-Galicia en Común 42, G. P. Vox 24, G. P. Catalán-Republicano 14, G. P. Vasco (EAJ-PNV) 6, G. P. Mixto 18. Senado: G. P. Socialista 139, G. P. Popular 69, G. P. ERC-EH Bildu 14, G. P. Ciudadanos 13, G. P. Vasco (EAJ-PNV) 9; G. P. Izquierda Confederal 6, G.P. JxCat-CC-PNC 6, G. P. Mixto 6.

⁴ Los resultados (en escaños) han sido los siguientes: Congreso de los Diputados: PSOE 120, PP 89, Vox 52, Unidas Podemos 35, ERC 13, Cs 10, JxCat 8, PNV 6, Bildu 5, Más País 3, CUP 2, CC 2, NA+ 2, BNG 1, PRC 1, Teruel Existe 1. Senado: PSOE 92, PP 84, ERC 11, PNV 9, JxCat 3, NA+ 3, Vox 2, Teruel Existe 2, ASG 1, EH Bildu 1. Sumados estos resultados a los senadores ya designados por las asambleas de las comunidades autónomas (los llamados senadores autonómicos), la composición del Senado en la Legislatura XIV es: PSOE 110 (92 electos, 18 autonómicos), PP 98 (84 electos, 14 autonómicos), Ciudadanos 8 (todos ellos autonómicos), Unidas Podemos 3 (todos ellos autonómicos), ERC 13 (11 electos, 2 autonómicos), PNV 10 (9 electos, 1 autonómico), JxCat 5 (3 electos, 2 autonómicos), NA+ 3 (electos), Teruel Existe 2 (electos), ASG 1 (electo), EH Bildu 1 (electo). Asimismo, la Cámara Alta se encuentra a la espera de la renovación de otros ocho senadores autonómicos, que deben designar los parlamentos de Andalucía (2), Cataluña (2), Asturias (1) y Galicia (3).

⁵ La fecha de finalización del presente trabajo es el 30 de diciembre de 2019.

⁶ El actual reparto de escaños en las asambleas de comunidades y ciudades autónomas es el siguiente: Andalucía: PSOE 33, PP 26, Cs 21, Adelante Andalucía 17, Vox 12. Aragón: PSOE 24, PP 16, Cs 12, Podemos-Equo 5, CHA 3, Vox 3, PAR 3, IU 1. Asturias: PSOE 20, PP 10, Cs 5, Podemos 4, IU-IAS 2, FAC 2, Vox 2. Cantabria: PRC 15, PP 9, PSOE 6, Cs 3, Vox 2. Castilla-La Mancha: PSOE 19, PP 10, Cs 4. Castilla y León: PSOE 35, PP 29, Cs 13, Vox 1, Podemos-Equo 1, UPL 1, XAV 1. Cataluña: Cs 37, JxCat 34, ERC 32, PSOE 17, Cataluña en Comú-Podem 8, Candidatura UP 4, PP 3. Ceuta: PP 8, PSOE 7, Vox 6, Movimiento DyC, 2, Coalición Caballas 1. Extremadura: PSOE 34, PP 20, Cs 7, Podemos-IU-Equo 4. Galicia: PP 41, En Marea 14, PSdeG 14 y BNG-NÓS 6. Islas Baleares: PSOE 19, PP 16, Podemos-EUIB 6, Cs 5, Más 4, Vox-Actúa, El Pi 3, MxMe 2, GxF-PSIB-PSOE-EUIB 1. Islas Canarias: PSOE 22, CCa-PNC 17, PP 10, NCa 4, Podemos-Sí Se Puede-Equo 3, ASG 3, Cs 2. La Rioja: PSOE 15, PP 12, Cs 4. Madrid: PSOE 37, PP 30, Cs 26, Más Madrid 20, Vox 12, Podemos-IU 7. Melilla: PP 10, CPM 8, PSOE 4, Vox 2, Cs 1. Murcia: PSOE

Como dato suficientemente ilustrativo del fraccionamiento de la representación parlamentaria en el ámbito autonómico destacar que en siete comunidades autónomas (Andalucía, Castilla y León, Cataluña, Madrid, Murcia, Navarra), así como en la Ciudad Autónoma de Melilla, y como consecuencia de los pactos poselectorales para la formación de los ejecutivos, no gobierna en estos momentos la lista más votada. Las únicas excepciones a la regla general de la fragmentación las encontramos en Galicia, Extremadura y Castilla-La Mancha, donde un solo partido (el PP en la primera y PSOE en las otras dos) sí logró la mayoría absoluta.

Pues bien, en el contexto de disgregación política descrito podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el desencuentro entre el Gobierno y el Parlamento, o más exactamente, entre la oposición parlamentaria al Ejecutivo y este y su mayoría, se ha convertido, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, en el denominador común de la actividad legislativa. Y así lo ponen de manifiesto las siguientes tendencias observadas en la práctica:

1. Los Ejecutivos, ahora en minoría, encuentran serias dificultades para sacar adelante sus proyectos de ley, lo que explica, a su vez, que estos se hayan visto muy reducidos. Verbigracia, el número de proyectos de ley remitidos por el Gobierno central durante la X legislatura (2011-2016) ascendió a 163, mientras que en la legislatura XI (2016-2016) no se remitió ninguno, en la XII legislatura (2016-2019) se presentaron 49 y durante la breve legislatura XIII solo se remitió 1 proyecto de ley. Estas dificultades se hacen especialmente patentes a la hora de aprobar las leyes presupuestarias, que los gobiernos se ven obligados a pactar con la oposición. En unos casos con éxito, como ocurrió con los PGE para 2018 –todavía vigentes–, aprobados con el apoyo de Ciudadanos, PNV, UPN, Foro, Coalición Canaria y Nueva Canarias⁷; y en otros con peor fortuna, como así sucedió con las cuentas estatales para 2019 impulsadas por el Gobierno de Pedro Sánchez, las cuales resultaron rechazadas al aprobarse las enmiendas a la totalidad con los votos de PP, Ciudadanos e independentistas catalanes⁸.
2. Se ha producido un gran incremento numérico de las iniciativas legislativas presentadas por grupos parlamentarios de la oposición. Así, los grupos parlamentarios de la oposición en el Congreso de los Diputados presentaron en 2015 (último

17, PP 16, Cs 6, Vox 4, Podemos-Equo 2. Navarra: NA+ 19, PSOE 11, GBAI 9, EH Bildu 8, Podemos 2, I-E (n) 1. País Vasco: PNV 28, EH Bildu 18, Podemos 11, PSOE 9, PP 9. Valencia: PSOE 27, PP 19, Cs 18, Compromís 17, Vox 10, Unidas Podemos 8.

⁷ Como ejemplo en el ámbito autonómico podemos citar el de la Región de Murcia, donde el Gobierno popular ha podido sacar adelante los sucesivos presupuestos regionales de 2016, 2017, 2018 y 2019 gracias al apoyo de Ciudadanos.

⁸ Como caso ilustrativo en el nivel autonómico podemos citar el de Extremadura, cuyos presupuestos para 2016 fueron rechazados al aprobar el Pleno de la asamblea la enmienda a la totalidad presentada por el G. P. Podemos.

año de la X legislatura) 36 proposiciones de ley, número que ha ido *in crescendo* durante 2016⁹ (92 proposiciones), 2017 (103 proposiciones) y 2018 (212 proposiciones), bajando a 75 proposiciones de ley en 2019, año este que ilustra meridianamente el actual clima de inestabilidad política al ser testigo del fin de la legislatura XII, el transcurso de la XIII y el inicio, el 3 de diciembre, de la XIV.

3. A ese incremento del número de iniciativas legislativas de la oposición hay que añadir el gran aumento de su porcentaje de éxito. Tanto es así que, en contra de la práctica habitual propia de todos los sistemas parlamentarios, según la cual el número de proposiciones de ley que se convierte en ley es muy poco relevante si se compara con el de los proyectos de ley, la iniciativa legislativa del Gobierno ha visto reducido considerablemente su tasa de aprobación. En efecto, si en la X legislatura de las Cortes el porcentaje de éxito de los proyectos de ley fue de un 98,15 % (160 de los 163 proyectos de ley remitidos), en la legislatura XII solo 18 de los 49 proyectos de ley fueron aprobados (un escaso 36,73 %), y en la XIII el único proyecto presentado caducó¹⁰.
4. Igualmente, aunque el número y tasa de éxito de las proposiciones de ley remitidas directamente por los parlamentos autonómicos a la Cámara Baja –en el ejercicio de la segunda de las vías que el artículo 87.2 de la CE atribuye a aquellos para iniciar leyes estatales– siguen siendo muy escasos, se han visto ligeramente incrementados en la nueva etapa de disgregación política, como demuestra el dato de que solo en los últimos 4 años (2016–2019, legislaturas XII y XIII) se han presentado 43 proposiciones de ley de iniciativa autonómica (de las cuales solo 3 han sido aprobadas, un escueto 6,97 %), casi el mismo número que todas las proposiciones de este tipo –48– remitidas en los 8 años anteriores (de 2008 a 2016, periodo que incluye las legislaturas IX, X y XI, y en el que únicamente se aprobó 1 proposición de iniciativa autonómica).
5. Gran parte de esas iniciativas de la oposición –sobre todo en las comunidades autónomas, como consecuencia de la conformación de un gran número de gobiernos en minoría o coalición y la firma de diversos acuerdos de legislatura– han girado en torno a la regeneración democrática, destacando, entre ellas, las reformas electorales¹¹, las propuestas de reforma estatutaria sobre supresión de afo-

⁹ Año en el que finalizó la XI legislatura y en el que transcurrieron casi seis meses de la XII legislatura.

¹⁰ La variación del porcentaje de aprobación de las proposiciones de ley, sin embargo, es mínimo, pues del 2,18 % en la X legislatura (6 de las 275 proposiciones de ley presentadas en el Congreso) se ha pasado al 2,99 % en la XII (11 de las 367 proposiciones de ley presentadas). En la XIII legislatura se han presentado 66 proposiciones de ley: las 8 de iniciativa popular se han trasladado al próximo Congreso, y el resto (2 de diputados y 56 de grupos parlamentarios) han caducado.

¹¹ Sin embargo, de todas las posibles reformas electorales que, pasados los comicios autonómicos de mayo de 2015, se veían como muy probables (en La Rioja, Asturias, Andalucía, Comunidad Valenciana, Canarias, Madrid, Cataluña, Castilla-La Mancha, Castilla y León o Murcia), solo dos se han materializa-

ramientos, limitación de mandatos y transparencia¹², así como las reformas de los reglamentos parlamentarios¹³.

6. En contraposición con todo lo anterior, los gobiernos han promovido, a través de sus grupos políticos, la paralización de muchas de esas iniciativas de la oposición mediante prórroga de los plazos para la presentación de enmiendas. Así lo hizo, por ejemplo, el Gobierno de Rajoy con el apoyo de Ciudadanos, lo que no impidió que en alguna ocasión Ciudadanos optara por desbloquear algunas de esas iniciativas para marcar distancias con el PP, como ocurrió con la llamada «ley mordaza»¹⁴.
7. Aunque era de esperar que los resultados de las sucesivas elecciones celebradas desde 2015 corrigieran el abuso que de los decretos-leyes vienen haciendo los distintos gobiernos prácticamente desde la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, el abuso de este tipo normativo alcanza en el nuevo contexto multipartidista proporciones verdaderamente alarmantes, persistiendo, además, su utilización para regular situaciones singulares y concretas, lo que, además de pervertir los postulados clásicos del sistema de fuentes del derecho en un ordenamiento jurídico occidental y debilitar el principio de separación de poderes que sustenta el Estado de derecho, vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al verse los destinatarios privados de la posibilidad de solicitar amparo al Tribunal Constitucional.

do: la Ley 14/2015, de 28 de julio, electoral de la Región de Murcia, y el nuevo Estatuto de Canarias (LO 5/2018, de 5 de noviembre), que sienta las bases para una reforma electoral de fondo en esa Comunidad. *Vid.* por todos, García Mahamut (2018) y Sánchez Muñoz (2017).

- ¹² En ese sentido, en la efímera XIII legislatura se han presentado en el Congreso las siguientes propuestas de reformas estatutarias, que serán trasladadas a la legislatura XIV: la Propuesta de reforma de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, que elimina el aforamiento especial para los diputados de la Asamblea Regional de Murcia y para los miembros del Consejo de Gobierno; la Propuesta de reforma de la Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria, para la eliminación del aforamiento de los Diputados y Diputadas del Parlamento y del Presidente y Consejeros del Gobierno; la Propuesta de reforma de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, para la supresión del aforamiento de los Diputados del Parlamento de las Islas Baleares y de los miembros del Gobierno de las Islas Baleares; y la Propuesta de reforma de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja, que incluye como derechos de la ciudadanía riojana los de «participar en la elaboración y evaluación de las políticas públicas del Gobierno de La Rioja», «promover la convocatoria de consultas populares sobre cuestiones de interés general en materias autonómicas o locales», el «derecho a la transparencia y al gobierno abierto» y el «derecho de acceso a la información pública».
- ¹³ De entre las mismas destacan dos reformas en profundidad en el ámbito de la transparencia y la participación ciudadana: la del Reglamento del Parlamento de Cataluña de 2015 y la del Reglamento de las Cortes de Aragón en 2017.
- ¹⁴ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. El PP contraatacó desbloqueando el trámite de otras medidas, como la derogación de la prisión permanente revisable o la reforma de la ley de secretos oficiales.

8. En fin, esos mismos ejecutivos, abandonando la que hasta ahora era *praxis* común, no han dudado en llevar a cabo un prolijo uso de su prerrogativa de veto presupuestario a proposiciones de ley de la oposición. Vetos que, a su vez, han sido rechazados cada vez con más frecuencia por las cámaras, elevando en más de una ocasión el desencuentro legislativo Gobierno-Parlamento a la categoría de verdadero conflicto, lo que ha dado oportunidad al Tribunal Constitucional a fijar recientemente claros límites a esta prerrogativa gubernamental, cuyo uso arbitrario limita la propia potestad legislativa del Parlamento y vulnera el derecho de los parlamentarios impulsores de la iniciativa vetada al ejercicio de su cargo y, por ende, el de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes.

Al análisis de estas dos últimas y significativas tendencias, que encarnan la controvertida reacción del poder Ejecutivo a un panorama de fragmentación parlamentaria e incertidumbre política inédito en España desde la promulgación de la Constitución de 1978, dedicamos este trabajo de investigación.

2. La agudización del abuso del decreto-ley

2.1. La utilización del decreto-ley hasta 2015

El decreto-ley es una fuente del derecho de naturaleza y utilización excepcional, pues, por exigencia constitucional (art. 86 CE), la facultad del Gobierno para dictar este tipo de normas con rango de ley solo debería ejercerse en casos de auténtica «extraordinaria y urgente necesidad». A pesar de ello, desde un principio se concibió por el poder Ejecutivo como un modo ordinario de legislar, si bien fue la situación de crisis económica que atravesamos a partir de 2008 la que amparó un uso absolutamente desproporcionado y, por tanto, contrario al principio de separación de poderes que sustenta el Estado de derecho y el sistema parlamentario occidental.

En el periodo comprendido entre 1979 y 2015 fueron 518 los decretos-leyes aprobados frente a un total de 1.793 leyes de Cortes (1.452 leyes ordinarias y 341 leyes orgánicas), de modo que el volumen de aprobación de decretos-leyes estatales durante ese largo periodo de 36 años alcanza el 29 % de toda la legislación, y el 35,7 % si solo lo comparamos con el de las leyes ordinarias¹⁵. Porcentaje que fue aumentando desde 2008¹⁶ y se disparó entre 2010 y

¹⁵ *Vid.* datos completos y actualizados relativos a los decretos-leyes estatales dictados entre 1979 y principios de agosto de 2015 en Martín Rebollo (2015); y tanto de los decretos-leyes estatales como de los autonómicos dictados desde 1979 hasta el 30 de noviembre de 2015 en Aragón Reyes (2016). *Vid.* también García de Blas (21 de agosto de 2015).

¹⁶ De 2008 a 2015 se dictaron 133 decretos-leyes frente a 310 leyes (243 ordinarias y 67 orgánicas), así que los decretos-leyes aprobados en ese periodo suponen el 42 % de toda la legislación parlamentaria, y el 55,7 % de la legislación ordinaria.

2015, periodo de cinco años en el que los decretos-leyes aprobados supusieron el 45,2 % de toda la producción legislativa estatal (99 decretos-leyes frente a 219 leyes, 166 de ellas ordinarias y 53 orgánicas). Desde otro punto de vista, el porcentaje de decretos-leyes sobre el total de proyectos de ley aprobados¹⁷ creció de manera exponencial durante la X legislatura (2011-2015), alcanzando la cifra récord del 58,75 % (94 decretos-leyes frente a 160 proyectos de ley)¹⁸.

El abuso estatal se trasladó, asimismo, a las nueve comunidades autónomas que incorporaron a sus estatutos este tipo normativo¹⁹, pues durante los pocos años transcurridos entre tal reconocimiento estatutario y el fin de las legislaturas autonómicas durante 2015, fueron 205 las normas de esta naturaleza aprobadas sobre un total de 1.031 normas autonómicas con rango de ley (el 19,88 %, pues, de toda la legislación), lo que lleva a concluir, con Aragón Reyes, que, salvo algunas excepciones²⁰, «la ocupación normal por el decreto-ley del espacio de la ley ordinaria es una realidad incuestionable» (Aragón Reyes, 2016, p. 38).

A ello hay que añadir que el control político ejercido por las cámaras sobre esos decretos-leyes ha sido prácticamente inoperante. Efectivamente, hasta el año 2015 la Cámara Baja solo rechazó la convalidación de 2 decretos-leyes –uno de ellos, además, por error– y únicamente el 21,81 % (113 de los 518) de los decretos-leyes estatales fue sometido a alguna modificación parlamentaria tras su ratificación. De igual modo, el control parlamentario sobre los decretos-leyes autonómicos hasta el año 2015 se ha mostrado escasamente eficaz: tan solo 6 decretos-leyes (1 en Andalucía, 4 en Cataluña y 1 en Navarra) no han sido convalidados, y el porcentaje de decretos-leyes tramitados como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia es aún menor que en el ámbito estatal (24 decretos-leyes, es decir, un paupérrimo 2,90 %). Lo cual tampoco debe extrañarnos cuando, en palabras de González García, «la regulación de la preceptiva intervención de los parlamentos sobre el decreto-ley dictado por el Gobierno regional recogida en los estatutos de autonomía y en los correspondientes reglamentos parlamentarios no ha introducido prácticamente ninguna mejora o intensificación del control parlamentario que la legislación estatal prevé para los decretos-leyes aprobados por el Ejecutivo central, sino que se han reproducido –cuando no, agravado– cada una de las carencias de ese modelo estatal» (González García, 2017, p. 124).

¹⁷ Que fue del 17 % en la I legislatura, del 16 % en la II, del 14 % en la III, del 19 % en la IV, del 25 % en la V, del 32,95 % en la VI, del 20 % en la VII, del 26 % en la VIII y del 29 % en la IX.

¹⁸ En Arana García (2013) se ofrecen datos sobre el extraordinario aumento del número de decretos-leyes de 1990 a 2008, además de un interesante análisis de las razones formales esgrimidas por los gobiernos central y autonómicos para justificar la aprobación de decretos-leyes y sobre la utilización del decreto-ley singular.

¹⁹ Valencia, Cataluña, Islas Baleares, Andalucía, Aragón, Castilla y León, Navarra, Extremadura y Región de Murcia.

²⁰ No todas las comunidades autónomas registran el mismo nivel de abuso durante el periodo analizado. Así, mientras que, por ejemplo, en Andalucía el porcentaje de decretos-leyes aprobados hasta 2015 alcanza el 65 % de la producción legislativa, en Navarra apenas llega al 4 %.

2.2. El empleo del decreto-ley en un contexto de gobiernos en minoría

Aunque era de esperar que un mayor vigor de nuestro parlamentarismo asociado a la pluralidad de formaciones políticas que obtuvieron representación en las diferentes elecciones celebradas en los últimos cinco años corrigiera –al menos en parte– el abuso de este tipo normativo, su utilización ha alcanzado, paradójicamente, proporciones verdaderamente preocupantes.

Durante la legislatura XII de las Cortes Generales (de julio 2016 a marzo 2019) se han aprobado 39 leyes (11 leyes orgánicas, 28 leyes ordinarias) y 1 decreto-legislativo frente a nada más y nada menos que 64 decretos-leyes (30 directamente convalidados y 26 convalidados y tramitados como proyectos de ley), de modo que estos representan más del 60 % (en concreto, el 61,53%) de toda la producción legislativa estatal en dicha legislatura²¹. Especialmente significativo resulta que 34 de esos decretos-leyes fueran impulsados por el Gobierno presidido por Pedro Sánchez²² en tan solo 10 meses (junio 2018-marzo 2019), superando, así, el récord que ostentaba Rajoy²³, lo que cabe atribuir a una mezcla inédita de diferentes factores: un Gobierno con el apoyo de solo 84 diputados, una mayoría en la Mesa del Congreso controlada por la oposición, la premura en aplicar su política social, una cantidad de directivas europeas pendientes de trasponer y, por qué no decirlo, cierto afán electoralista (El Confidencial, 2 de marzo de 2019).

La XIII legislatura, la más fugaz de la democracia (4 meses, de mayo a septiembre de 2019), ostenta otro dudoso récord: durante la misma no se ha llegado a aprobar ninguna ley ni decreto-legislativo y, sin embargo, se han convalidado 7 decretos-leyes, de manera que, por primera vez desde la entrada en vigor de la Constitución Española, los decretos-leyes han supuesto el 100 % de la legislación estatal en una legislatura de Cortes.

A todo ello hay que añadir otro dato también preocupante: buena parte de esos decretos-leyes (en concreto, los 6 últimos decretos-leyes aprobados durante la XII legislatura²⁴ y

²¹ La distribución por legislaturas de los decretos-leyes estatales aprobados hasta el momento es la siguiente: legislatura constituyente (1977-1979): 63; I legislatura (1979-1982): 71; II legislatura (1982-1986): 39; III legislatura (1986-1989): 21; IV legislatura (1989-1993): 30; V legislatura (1993-1996): 39; VI legislatura (1996-2000): 85; VII legislatura (2000-2004): 42; VIII legislatura (2004-2008): 52; IX legislatura (2008-2011): 55; X legislatura (2011-2015): 76; XI legislatura (2015-2016): 1; XII legislatura (2016-2019): 64; XIII legislatura (2019-2019): 7.

²² También remitió otro, el Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que no fue convalidado y, en consecuencia, resultó derogado.

²³ Durante los 9 primeros meses de su mandato, el Gobierno de Mariano Rajoy logró la aprobación de 27 decretos-leyes, Rodríguez Zapatero de 11 y Aznar de 12.

²⁴ Una vez disueltas las Cortes el 5 de marzo de 2019 (fecha de publicación del Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones 28A).

los 7 decretos-leyes convalidados en la XIII legislatura)²⁵ han sido aprobados por la Diputación Permanente de la Cámara Baja, lo que ha generado una agria polémica jurídica y política²⁶, principalmente, por dos motivos:

Son los siguientes: Real Decreto-Ley 5/2019, de 1 de marzo, por el que se adoptan medidas de contingencia ante la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea sin que se haya alcanzado el acuerdo previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea; Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler; Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo; Real Decreto-Ley 9/2019, de 29 de marzo, por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías; Real Decreto-Ley 10/2019, de 29 de marzo, por el que se prorroga para 2019 el destino del superávit de Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales para inversiones financieramente sostenibles y se adoptan otras medidas en relación con las funciones del personal de las Entidades Locales con habilitación de carácter nacional. La Diputación Permanente de la Cámara Baja en la legislatura XII estuvo formada por 60 parlamentarios, más los cinco de la Mesa, incluida la entonces presidenta del Congreso, por lo que la mayoría absoluta se situó en los 33 diputados: PP sumaba 24 diputados, 15 el Grupo Socialista, 12 Unidos Podemos, 6 Ciudadanos, 2 ERC, 1 PNV y 4 el Grupo Mixto (PdeCAT, Compromís, UPN y Bildu).

²⁵ En efecto, todos los decretos-leyes convalidados en la XIII legislatura lo han sido durante el periodo en el que la Diputación Permanente ha sustituido al Pleno: del 24 de septiembre (fecha de publicación del Real Decreto 551/2019, de 24 de septiembre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones 10N) al 2 de diciembre (el 3 de diciembre se celebró la sesión constitutiva de las Cortes Generales en su XIV legislatura). Son los siguientes: Real Decreto-Ley 11/2019, de 20 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los daños causados por temporales y otras situaciones catastróficas; Real Decreto-Ley 12/2019, de 11 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos de la apertura de procedimientos de insolvencia del grupo empresarial Thomas Cook; Real Decreto-Ley 13/2019, de 11 de octubre, por el que se regula la actualización extraordinaria de las entregas a cuenta para el año 2019 de las comunidades autónomas de régimen común y de las entidades locales, en situación de prórroga presupuestaria, y se establecen determinadas reglas relativas a la liquidación definitiva de la participación de las entidades locales en los tributos del Estado, correspondiente al año 2017; Real Decreto-Ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones; Real Decreto-Ley 15/2019, de 8 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la organización en España de la XXV Conferencia de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; Real Decreto-Ley 16/2019, de 18 de noviembre, por el que se adoptan medidas relativas a la ejecución del presupuesto de la Seguridad Social; y Real Decreto-Ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación (convalidado en sesión de la Diputación Permanente de 27 de noviembre). La Diputación Permanente de la XIII legislatura estuvo formada por 68 diputados más el puesto nato de la presidenta de la Cámara, por lo que la mayoría absoluta se situó en los 35 diputados: al PSOE le correspondieron 24 diputados y al PP, 13, mientras que Ciudadanos ocupó 11 asientos, Unidos Podemos 8, Vox 5, ER, 3, PNV 1 y el Grupo Mixto 3.

²⁶ La oposición no ha ahorrado críticas a Sánchez por ello. *Vid.* Rodríguez Fernández *et al.* (1 de marzo de 2009) y Casqueiro (5 de marzo de 2019).

En primer lugar, porque, salvo 4 de esos decretos-leyes (el relativo al Brexit, que debía hacerse efectivo, en un principio, el 30 de marzo de 2019; el de organización de la COP25, cuya celebración en Santiago de Chile se anuló debido a la grave situación interna de Chile; el de actualización de las entregas a cuenta para el año 2019 de las comunidades autónomas de régimen común y de las entidades locales; y el dirigido a paliar los daños causados por diversos incendios, temporales y otras catástrofes naturales acaecidos de junio a septiembre de 2019 en varias provincias), los 9 restantes –calificados por el propio Gobierno de Sánchez como «sociales»– (Díez, 3 de abril de 2019). no parecen responder a una necesidad extraordinaria.

Aunque es cierto que no es la primera vez que la Diputación Permanente convalida decretos-leyes, no lo es menos que la gran mayoría de los convalidados con anterioridad tuvieron por objeto la adopción de medidas urgentes paliar los daños provocados por catástrofes. Efectivamente, hasta la presidencia de Sánchez han sido 31 los decretos-leyes convalidados por la Diputación Permanente del Congreso: Felipe González es el presidente que con más asiduidad acudió a este órgano, que en 1982 convalidó 9 decretos-leyes, 8 en 1993 y 7 en 1996, en su mayor parte con el fin de conceder créditos extraordinarios o atender situaciones producidas por sequías, roturas de presas o por daños de temporales; José María Aznar únicamente lo hizo en una ocasión, en el año 2000, para subsanar un error de un decreto-ley anterior relacionado con la protección familiar de la seguridad social; Zapatero la utilizó en cinco ocasiones, la más significativa en 2011, cuando elevó el fondo de garantía de depósitos; y en 2015 Rajoy logró la convalidación por la Diputación Permanente de un decreto-ley para reparar daños causados por un temporal en Canarias.

Y, en segundo término, porque a la Diputación Permanente de la Cámara Baja solo le es posible convalidarlos o derogarlos, sin que pueda tramitarlos como proyectos de ley, de modo que se incorporan al ordenamiento sin posibilidad de subsanar, a través de un verdadero procedimiento legislativo con intervención de las dos cámaras que conforman las Cortes Generales, los defectos de constitucionalidad de que, eventualmente, pudieran adolecer (Albertí y Sanz Pérez, 8 de abril de 2019).

Por lo que se refiere al conjunto de las comunidades autónomas que cuentan con este tipo normativo, el porcentaje de decretos-leyes aprobados durante las 9 legislaturas autonómicas fragmentadas iniciadas en 2015 respecto de la obra legislativa total en dichas autonomías baja al 20,82 % (121 decretos-leyes frente a 581 normas con rango de ley), aunque sigue siendo superior al registrado en el periodo 1979-2015 antes analizado:

- En Valencia, los decretos-leyes aprobados en la IX legislatura han supuesto el 27,18 % de toda la legislación.
- En Cataluña, los decretos-leyes aprobados durante la XI legislatura representaron el 26 % del total legislado, mientras que en la legislatura en curso los decretos-leyes hasta el momento aprobados suponen el 75 % de las normas legales.

- En las Islas Baleares, los decretos-leyes aprobados durante la IX legislatura comportan el 14,81 % de la legislación.
- En Andalucía, durante la X legislatura los decretos-leyes aprobados supusieron el 28,88 % de toda la legislación, y en la legislatura en curso la única norma con rango de ley aprobada por el momento ha sido, precisamente, un 1 decreto-ley.
- En Aragón, los decretos-leyes convalidados en la IX legislatura representan el 26 % de toda la legislación.
- En Castilla y León, los 6 decretos-leyes aprobados durante la IX legislatura suponen el 14,63 % de la legislación.
- En la Región de Murcia, los decretos-leyes aprobados a lo largo de la IX legislatura representan el 16,32 % de toda la legislación.
- Por último, Navarra y Extremadura constituyen excepciones a la tendencia aquí denunciada, pues durante la anterior legislatura (la IX en ambas regiones) los decretos-leyes aprobados han supuesto solo el 1,81 % y el 8,16 %, respectivamente, del total legislado.

El actual marco parlamentario ha provocado, eso sí, un tímido crecimiento de la labor de control parlamentario de los decretos-leyes. A nivel estatal, hemos asistido a la no convalidación –y consiguiente derogación– de 1 decreto-ley de Rajoy presentado en 2017²⁷ y de otro sobre vivienda y alquiler presentado en 2018 por Sánchez²⁸, derogaciones inusitadas que pusieron de manifiesto la debilidad política de ambos ejecutivos. Pero es en algunas de las comunidades autónomas –allá donde los gobiernos han pasado de disfrutar de mayorías absolutas a situaciones de mayoría relativa– donde se advierte más claramente aquel leve incremento del control por parte de las correspondientes asambleas legislativas.

Sirvan para ilustrar esta tendencia los casos de Andalucía y Murcia: desde la entrada en vigor de las reformas estatutarias que permiten a los gobiernos de estas dos autonomías el uso del decreto-ley (2007 y 2013, respectivamente) hasta el final de las legislaturas en que tales ejecutivos dispusieron de una amplísima mayoría parlamentaria sobre la que apoyarse (enero y marzo de 2015, respectivamente), todos los decretos-leyes obtuvieron convalidación parlamentaria. Sin embargo, en la X legislatura andaluza (marzo de 2015-diciembre de 2018), en la que el Partido Socialista gobernó sin mayoría absoluta, 2 de los 15 decretos-leyes tramitados fueron derogados; y durante la IX legislatura murciana (junio de 2015-abril de 2019), con un Ejecutivo popular que se quedó a un solo escaño de la mayoría absoluta, de los 9 decretos-leyes remitidos a la Cámara 1 no ha sido con-

²⁷ Sobre la liberalización de la estiba, el cual, tras haber sido modificado en algún punto por el Gobierno, fue finalmente convalidado por el Pleno en sesión de 18 de mayo de 2017.

²⁸ Si bien fue convalidado por la Diputación Permanente del Congreso en sesión de 3 de abril de 2019.

validado, y 5 han sido aprobados tras su tramitación como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

2.3. Otra práctica censurable: la persistencia del decreto-ley singular

Es bien sabido que las normas con rango de ley han de tener, por definición, el carácter de generales y abstractas, amén de vocación de permanencia, por cuanto regulan situaciones indeterminadas. De hecho, si aceptamos que se afecten nuestros derechos y obligaciones es porque lo hacen nuestros representantes en el Parlamento a través de las leyes y porque, en definitiva, las mismas contemplan situaciones que afectan a todos los ciudadanos por igual, es decir, se trata de normas que no están pensadas para casos concretos o singulares. Ello justifica, además, el especial «blindaje» de que gozan las normas legales frente a posibles impugnaciones, admitiéndose que solo el Tribunal Constitucional pueda anularlas.

Pues bien, en muchas ocasiones, a través de la figura del decreto-ley se han dictado –sobre todo por las comunidades autónomas– normas con rango de ley que, sin embargo, no cuentan con la generalidad que les sería exigible por su naturaleza. Práctica que, además de pervertir los postulados clásicos del sistema de fuentes del derecho en un ordenamiento jurídico occidental, vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que tiene una dimensión esencialmente individual y, por lo tanto, no es una garantía extensible a las normas con rango de ley debido, precisamente, al carácter general de las mismas. Razón por la cual, si esa norma con rango de ley se dirige a una persona concreta o a un grupo de personas muy determinado, la violación de tal derecho fundamental, nuclear en un Estado de derecho, resulta flagrante²⁹.

Así pues, con la figura del decreto-ley singular no solo el poder ejecutivo ocupa el espacio propio del legislativo, dictando normas que afectan a derechos y obligaciones con carácter gen-

²⁹ El Tribunal Constitucional no ha eliminado de manera absoluta la posible existencia de leyes singulares, pero sí ha reducido en gran medida las circunstancias en las que es posible su aprobación. La conocida STC 166/1986, de 19 de diciembre (caso Rumasa [NCJ063768]), establece que el poder legislativo puede aprobar leyes singulares en los supuestos en que por su «extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada a una situación singular». Solo en estos casos sería posible dictar leyes singulares, en este caso de carácter expropiatorio. La STC 48/2005, de 3 de marzo (NCJ040769), sobre la expropiación por ley de determinados edificios para ampliar la sede del Parlamento de las Islas Canarias, se pronunció en términos muy claros sobre los límites de una expropiación legislativa, rectificando en gran medida la doctrina sobre el caso Rumasa. A partir de esta sentencia, la principal objeción que se puede realizar a las leyes singulares pone el acento en la clara limitación que para la tutela judicial efectiva tiene lugar.

eral fuera de los estrechos parámetros constitucionales en los que se consideró justificada esta situación, sino que, lo que es aún más grave, puede afectar derechos individuales sin la garantía o el contrapeso del control del poder judicial, acrecentando, pues, las detestables situaciones generadas por el fenómeno de las «leyes singulares», tan criticado por la doctrina científica³⁰.

En el panorama de fraccionamiento parlamentario y división política sobrevenido a partir de 2015 se ha mantenido –cuando no acentuado– esta criticable práctica. Para ilustrarlo citaremos dos ejemplos estatales recientes que, a nuestro juicio, podrían, bien entrar de lleno en materias típicamente reglamentarias, bien afectar a situaciones jurídicas y derechos individuales, con la advertencia de que un análisis riguroso tanto de los decretos-leyes citados, como de la propia figura del decreto-ley singular, excede el objeto de esta investigación:

- a) El primer caso no es un supuesto de claro decreto-ley singular, sino más bien de ejercicio de la potestad de dictar este tipo de norma con rango de ley en vez de un reglamento, que podría haber resultado suficiente y más conveniente por cuanto que la vulneración de la tutela judicial efectiva para el sector destinatario de sus medidas hubiese sido menor. Se trata del Real Decreto-Ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación.

A nuestro entender, constituye un claro ejemplo de utilización innecesaria de la figura del decreto-ley por cuanto sus efectos se podrían haber conseguido igualmente con una norma de rango reglamentario. La cuestión podría quedarse en una simple ruptura de los principios y postulados clásicos de la división de poderes; sin embargo, sus efectos son mucho más perniciosos para los destinatarios de la norma, que verán claramente limitadas sus posibilidades de recurso ante una norma que limita sus legítimas expectativas económicas (dicho decreto-ley implica una rebaja de la tasa de rentabilidad de las renovables, que cae del 7,39 % actual al 7,09 % para los próximos seis años), al haber actuado en el mercado eléctrico con la confianza que les proporcionaba unas determinadas remuneraciones durante un período de tiempo establecido.

- b) El 24 de agosto de 2018 el Consejo de Ministros aprobó el real decreto-ley que inició el proceso para la exhumación de los restos de Francisco Franco del Valle de los Caídos³¹. Este decreto-ley modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre,

³⁰ Sobre el fenómeno de las leyes singulares, *vid.*, entre otros (por orden cronológico), Ariño Ortiz (1989), Parada Vázquez (1991), Montilla Martos (1994), Galán Vioque (1997), Ortega Bernardo (2007), Bouazza Ariño (2008), López Ramón (2011), Santamaría Arinas (2014), Montilla Martos (2015) y Molina León (2017).

³¹ Real Decreto-Ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.

por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura, más conocida como Ley de Memoria Histórica (en adelante, LMH), añadiendo a su artículo 16 un apartado 3.º a fin de dotar de cobertura legal a la exhumación de los restos de Franco: «En el Valle de los Caídos solo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española, como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda». Para dar cumplimiento a este nuevo apartado del artículo 16, el decreto-ley incorpora a la LMH la disposición adicional 6.ª bis, en la que, tras declarar «de urgente y excepcional interés público, así como de utilidad pública e interés social, la inmediata exhumación y el traslado de los restos mortales distintos de los mencionados en dicho artículo», regula un procedimiento para ello³². Dejando al margen la discusión sobre la cuestión de si concurre o no la «extraordinaria y urgente necesidad» apreciada por el Gobierno para dictar tal decreto-ley, creemos que hay serias razones para sostener su carácter singular. Destaremos dos.

La primera, que aunque el artículo 16.3 de la LMH se cuida, en un intento de enmascarar su naturaleza singular, de incluir a «todas las personas que no fallecieron a consecuencia de la Guerra Civil española» en su prohibición —a *sensu contrario*— de yacer en el Valle de los Caídos, parece claro, a la vista de las diferentes declaraciones del Gobierno y del propio desenlace fáctico del asunto, que la finalidad no era otra que desenterrar el cadáver de Franco, obviando el futuro de otras tantas decenas de cadáveres que también cumplían con los requisitos del artículo citado.

La segunda, que la propia Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1.279/2019, de 30 de septiembre, que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la familia de Franco³³, lejos de negar tal singularidad, trata de justificarla con estas palabras: «No nos parece que sea necesaria una especial explicación para poner

³² Este procedimiento no ha estado exento de polémica y su desarrollo ha sido objeto de amplia atención mediática. Para conocer sus claves *vid.* Gabilondo (30 de septiembre de 2019).

³³ Contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de febrero de 2019, por el que se resuelve el procedimiento para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 16.3 de la LMH, ampliado, posteriormente, al Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de marzo de 2019, por el que se adoptan medidas complementarias en el marco de lo previsto por el apartado segundo del anterior Acuerdo de 15 de febrero de 2019. La STS (Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) avaló, además, la inhumación de los restos de Franco, contra la voluntad de la familia, en el cementerio de Mingorrubio, y rechazó la petición por aquella de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el Real Decreto-Ley 10/2018, de 24 de agosto. Por otra parte, la Sección Primera del Tribunal Constitucional, por Auto 119/2019, de 17 de octubre de 2019, inadmitió por unanimidad el recurso de amparo presentado por la familia de Francisco Franco contra sendos acuerdos del Consejo de Ministros de 15 de febrero y 15 de marzo de 2019, respectivamente, y la sentencia del Tribunal Supremo referida, por incurrir el recurso «en un supuesto de inadmisión previsto en el artículo 50.1 a LOTC por manifiesta inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales alegados».

de relieve el carácter único del caso. Las circunstancias que se reúnen en torno a la persona de cuyos restos mortales se está debatiendo lo manifiestan con absoluta claridad. Fue el Jefe del Estado surgido de la Guerra Civil y ocupó una posición central en el ordenamiento presidido por las Leyes Fundamentales del Reino que dieron forma al régimen político por él encabezado y se caracterizó por negar la separación de poderes y el pluralismo político y social fuera del Movimiento Nacional. La extraordinaria singularidad de su figura la convierte, efectivamente, en un caso único en el sentido de que no hay otra en la que desde el punto de vista público se reúnan las mismas circunstancias: la forma de acceder al poder, su permanencia en él durante décadas y la manera en que lo ejerció no tienen parangón».

3. El veto presupuestario del Ejecutivo a proposiciones de ley en unas legislaturas fragmentadas

3.1. El abrumador uso del veto presupuestario en la XII legislatura de las Cortes Generales

En el ámbito estatal, la aritmética parlamentaria resultado de las elecciones generales celebradas el 26 de junio de 2016 provocó todo un giro de 180 grados en la práctica de la facultad del Gobierno de la nación, reconocida en el artículo 134.6 de la CE, para oponerse a la tramitación parlamentaria de aquellas proposiciones de ley que suponen un aumento de los créditos o una disminución de los ingresos presupuestarios, conocida como veto presupuestario, pues de su casi total desaparición se ha pasado a un uso frecuente de la misma. Ciertamente, una vez pasados los primeros tiempos posconstitucionales, los sucesivos ejecutivos habían evitado, por lo general, hacer uso de esa capacidad de veto fundamentalmente por su coste político, prefiriendo actuar a través de su mayoría parlamentaria para rechazar en la correspondiente sesión plenaria la toma en consideración de este tipo de proposiciones³⁴.

Además, en estos pocos casos en los que el Gobierno de turno ejercía su facultad de veto, como la mayoría de miembros de la Mesa pertenecían al grupo parlamentario de su signo político, las proposiciones de ley que no contaban con el visto bueno de aquel se daban habitualmente por decaídas.

³⁴ Así, durante 8 de las 12 legislaturas nacionales la prerrogativa gubernamental de veto no fue ejercida en ninguna ocasión, y sí hizo acto de presencia en la I legislatura, en la que el Gobierno de UCD vetó 22 proposiciones de ley; en la II, en la que el PSOE hizo lo propio en 23 ocasiones; y en la IX, en la que el Gobierno de Rodríguez Zapatero se opuso a 23 proposiciones de ley en el Congreso y a 4 en el Senado. Fuentes: Portal de Transparencia de la Administración General del Estado: www.transparencia.gob.es. *Vid.*, también, García Majado (19 de abril de 2018).

Sin embargo, el Gobierno de Mariano Rajoy, que en la X legislatura, con mayoría absoluta del PP, no hizo uso de esta potestad, batió todos los récords en la XII al vetar (hasta su dimisión el 1 de junio de 2018, motivada por la aprobación de la moción de censura presentada por el PSOE)³⁵ un total 45 proposiciones de ley presentadas en el Congreso de Diputados, cifra que casi duplica los vetos que llevó a cabo el expresidente José Luis Rodríguez Zapatero en su último mandato³⁶. En concreto, el Ejecutivo de Rajoy se opuso por motivos presupuestarios a la tramitación de 37 proposiciones de ley de grupos parlamentarios del Congreso³⁷ y de 8 proposiciones remitidas por asambleas de comunidades autónomas³⁸.

La Mesa del Congreso, dominada en la legislatura analizada por la oposición, rechazó mediante sendos acuerdos de 18 de octubre de 2016 los vetos planteados por el Gobierno a dos de las proposiciones de ley presentadas por el G. P. Socialista³⁹ (la Proposición de

³⁵ La primera moción de censura que sale adelante desde la restauración democrática en 1978 (con 180 votos a favor, 169 votos en contra y 1 abstención) provocó la dimisión del Gobierno de Mariano Rajoy y la investidura del candidato propuesto en la moción, el líder socialista Pedro Sánchez.

³⁶ Por lo que se refiere a las proposiciones de ley presentadas en el Senado en la XII legislatura, ni Rajoy ni Sánchez hicieron uso de la prerrogativa de veto.

³⁷ 10 proposiciones del G. P. Socialista sobre universalización de la asistencia sanitaria, paralización de la LOMCE, «pobreza energética», supresión de tasas judiciales, trabajadores subcontratados, IVA cultural, modificación de la unidad de convivencia a efectos de pensiones no contributivas, pensión de viudedad, «memoria histórica» y accesibilidad universal; 3 del G. P. Ciudadanos sobre autoconsumo eléctrico, tasas judiciales y autonomía universitaria; 12 del G. P. Unidos Podemos sobre tasas judiciales, permisos de paternidad, cierre de centrales nucleares, negociación colectiva, asistencia jurídica gratuita, prestación por hijo menor a cargo, reforma de pensiones, edad de jubilación de los guardacostas, fondo estatal para la accesibilidad universal, cartera de servicios sanitarios comunes, impuesto a la banca, e integración de centros educativos privados en la red pública; 2 del G.P. ERC sobre «memoria histórica» y protección de lenguas españolas; 5 del G. P. Mixto sobre paralización de la LOMCE, tasas judiciales, prestación económica para crianza de hijos, fomento del coche eléctrico y fuentes renovables; 2 presentadas conjuntamente por los grupos Socialista, ERC, EAJ-PNV, UP y Mixto sobre subida de pensiones y fomento del autoconsumo eléctrico; y 1 proposición presentada conjuntamente por los Grupos ERC, UP y Mixto sobre «emergencia habitacional» y «pobreza energética». Fuentes: Elaboración propia a través del análisis de los expedientes de iniciativas legislativas publicados en la página web del Congreso de los Diputados: www.congreso.es.

³⁸ 1 de la Asamblea Regional de Murcia sobre autoconsumo energético; 1 del Parlamento vasco sobre compensación a víctimas del amianto; 2 del Parlamento de Galicia sobre titularidad de la autopista de peaje AP-9 y devolución de las participaciones preferentes; 3 del Parlamento balear sobre emprendedores, régimen especial de las islas y protección del mar Mediterráneo; 1 de la Junta General del Principado de Asturias sobre universalización de la asistencia sanitaria; 1 del Parlamento de Navarra sobre reforma del Régimen General de la Seguridad Social; y 1 del Parlamento de Cataluña sobre víctimas de la Guerra Civil. Fuentes: Elaboración propia a través del análisis de los expedientes de iniciativas legislativas publicados en la página web del Congreso de los Diputados: www.congreso.es.

³⁹ A pesar de que la tendencia parlamentaria de estos 40 años ha consistido en aceptar los vetos gubernamentales, el levantamiento de los mismos no es una novedad de la XII legislatura. Por ejemplo, en la II la Mesa acordó tramitar, entre otras, las proposiciones de ley sobre cámaras agrarias, sobre igualdad de la mujer trabajadora en las prestaciones de la Seguridad Social, sobre pensiones vitalicias del régimen

Ley Orgánica para la paralización del calendario de implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa, y la Proposición de reforma del Estatuto de los Trabajadores para mejorar las condiciones de los subcontratados), por considerar que el Ejecutivo no justificaba de forma objetiva y suficiente el aumento de créditos o la disminución de ingresos alegados en sus escritos de disconformidad⁴⁰. En consecuencia, aquel órgano sometió ambas proposiciones al trámite de la toma en consideración⁴¹.

Ante esta decisión, el Consejo de Ministros, en su reunión de 18 de noviembre de 2016, acordó requerir de la Cámara Baja la revocación de los mencionados acuerdos, alegando que estos «violentan su competencia exclusiva de iniciativa legislativa presupuestaria y de defensa de la ejecución de los presupuestos en vigor y suponen una asunción contraria a derecho de la competencia que al Ejecutivo corresponde de conformidad con la Constitución y el Reglamento de la Cámara», requerimientos que la Mesa rechazó (con el voto a favor de PSOE y Podemos, la abstención de Ciudadanos y el voto en contra del PP) mediante sendos escritos fechados el 20 de diciembre. Ello motivó que el Consejo de Ministros, en su reunión de 13 de enero de 2017, acordara el planteamiento de sendos conflictos de atribuciones ante el Tribunal Constitucional, resueltos recientemente por el Alto Tribunal a favor del Congreso, como tendremos ocasión de analizar más adelante.

En los demás casos, la Mesa decidió aceptar la disconformidad manifestada por el Ejecutivo y poner fin a la tramitación parlamentaria de las proposiciones vetadas, aunque con carácter previo dejó en suspenso la tramitación de algunas de esas proposiciones a la espera, bien de un informe encargado a los letrados de la Cámara sobre los vetos formulados hasta ese momento, bien de la respuesta del Gobierno a una solicitud de mayor aclaración y justificación del impacto presupuestario que tendrían tales iniciativas si llegaran a aprobarse⁴².

especial agrario de la Seguridad Social anterior al 20 de febrero de 1974 o sobre la gratuidad de la enseñanza constitucionalmente obligatoria a las que, justamente, el Gobierno se había opuesto por razones presupuestarias.

⁴⁰ El oficio de disconformidad con la primera de esas proposiciones, remitido el 14 de octubre, se acompañó de un informe en el que el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte cuantificaba en unos 600 millones de euros la pérdida de ingresos procedentes de fondos comunitarios derivada de su aprobación. En el segundo caso, el informe del Ministerio de Hacienda que acompañaba a la disconformidad –remitida también por oficio de 14 de octubre– cuantificaba en unos 60 millones de euros el aumento de gastos en las empresas del sector público estatal en el presupuesto en vigor como consecuencia del incremento del gasto total en sueldos y salarios.

⁴¹ Trámite que superaron, respectivamente, en las sesiones plenarios de 15 de noviembre y 20 de diciembre de 2016.

⁴² El Gobierno de Pedro Sánchez, por su parte, no solo no hizo uso de la facultad de veto gubernamental en los meses transcurridos desde el triunfo de la moción de censura que lo aupó a la presidencia, sino que reconsideró la disconformidad del Gobierno anterior a 18 proposiciones de ley de la oposición, aceptando su tramitación. *Vid.* EcoDiario (15 de junio de 2018).

3.2. La práctica del veto presupuestario en las comunidades autónomas

Por lo que se refiere al ámbito autonómico, el panorama en las legislaturas iniciadas en 2015 es, sin embargo, algo más dispar⁴³:

- a) En la mayoría de las comunidades autónomas no ha surgido el conflicto Gobierno-Parlamento a propósito del veto:
 - En algunos casos, como Galicia y País Vasco, porque los grupos de la oposición no han presentado, por el momento, proposiciones de ley «financieras».
 - En otros, porque el Ejecutivo autonómico, continuando con la práctica habitual a la que antes hacíamos referencia, no ha vetado ninguna de las proposiciones presentadas por la oposición, sino que ha preferido apoyar con su grupo en la cámara el rechazo a su toma en consideración. Así ha ocurrido en Aragón, Baleares, Canarias, La Rioja, Navarra y Comunidad Valenciana.
 - Y no faltan tampoco comunidades autónomas cuyas asambleas han aceptado sin discusión los vetos formulados por los respectivos gobiernos. Es el caso de Cataluña, Castilla La-Mancha y Extremadura.

- b) Por el contrario, seis parlamentos autonómicos sí desoyeron en las legislaturas recientemente finalizadas el veto gubernamental a iniciativas de la oposición, por entender, fundamentalmente, que las mismas no implicaban el aumento de créditos presupuestarios alegado por el Gobierno o que no tenían incidencia en el ejercicio económico entonces en curso:
 - El Parlamento de Andalucía rechazó 2 vetos de la Junta a 2 proposiciones de ley sobre cuentas abiertas y «pobreza energética» presentadas por el G.

⁴³ Fuentes: Elaboración propia, con fecha final de consulta de datos, 30 de diciembre de 2019, a partir del análisis de los expedientes de iniciativas legislativas publicados en las diferentes páginas web de los parlamentos autonómicos: Parlamento de Andalucía: www.parlamentodeandalucia.es. Cortes de Aragón: www.cortesaragon.es. Junta General de Principado de Asturias: www.jgpa.es. Parlamento de las Islas Baleares: www.parlamentib.es. Parlamento de Canarias: www.parcn.es. Parlamento de Cantabria: www.parlamento-cantabria.es. Parlamento de Cataluña: www.parlament.cat. Cortes de Castilla-La Mancha: www.cortesclm.es. Cortes de Castilla y León: www.ccyll.es. Asamblea de Extremadura: www.asambleaeex.es. Parlamento de Galicia: www.parlamentodegalicia.com. Parlamento de La Rioja: www.parlamento-larioja.org. Asamblea de Madrid: www.asambleamadrid.es. Asamblea Regional de Murcia: www.asambleamurcia.es. Parlamento de Navarra: www.parlamento-navarra.es. Parlamento del País Vasco: www.legebiltzarra.eus. Cortes Valencianas: www.cortsvalecnianes.es.

P. Podemos. En la actual legislatura, iniciada en 2018, ha desoído el veto a 1 proposición del G.P. Socialista sobre atención temprana.

- La Junta General del Principado de Asturias ignoró el veto a 1 proposición de ley del G. P. Podemos sobre liquidación de deuda, acuerdo que, además, fue confirmado por el Pleno.
- La Asamblea Regional de Murcia rechazó 8 de los 10 vetos formulados por el Consejo de Gobierno. En concreto, los vetos a 4 proposiciones del G. P. Socialista sobre medidas fiscales, igualdad del colectivo LGTB, parejas de hecho y gratuidad de libros; 1 proposición del G. P. Podemos sobre atención temprana; 2 proposiciones presentadas conjuntamente por los grupos Socialista y Podemos sobre televisión regional y cambio climático; y 1 del G. P. Ciudadanos sobre patrimonio cultural.
- El Parlamento de Cantabria ignoró el veto a 1 proposición de ley del G. P. Popular sobre urbanismo y vivienda protegida.
- La Asamblea de Madrid rechazó tanto los vetos formulados a proposiciones de ley (3 proposiciones del G. P. Socialista sobre transparencia, cambio climático y salud bucodental; 1 del G. P. Ciudadanos sobre policía local; 1 presentada conjuntamente por los G. P. Socialista, Ciudadanos y Podemos relativa al Consejo de la Juventud; y 1 del G. P. Podemos sobre modificación presupuestaria), como las solicitudes de reconsideración de tales acuerdos de la Cámara promovidas por el Ejecutivo.
- Y la Mesa de las Cortes de Castilla y León, en fin, levantó el veto formulado por la Junta contra 1 proposición de ley presentada por el G. P. Podemos sobre cuentas abiertas para la Administración pública regional.

3.3. Algunas consideraciones sobre la prerrogativa de veto presupuestario

El protagonismo del Gobierno en la cuestión presupuestaria es una realidad innegable: a él le corresponde, en exclusiva, la presentación de los presupuestos generales del Estado (art. 134.1 CE) y, tras la aprobación de estos por las Cortes Generales, el Ejecutivo retiene importantes facultades en relación con los mismos, ya que puede presentar proyectos de ley o vetar proposiciones de ley y enmiendas que impliquen, en ambos casos, un aumento de los gastos o disminución de los ingresos presupuestarios. Con el reconocimiento de esta última prerrogativa –la de vetar proposiciones de ley o enmiendas que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios (art. 134.6 CE)– se pretende evitar que la actividad legislativa de las Cámaras deje sin virtualidad la política económica del Ejecutivo, a la que ya habrían dado su beneplácito aprobando los presupuestos, salvaguardando, así, una función de gobierno que se canaliza

sobre todo en la política presupuestaria, auténtico vehículo de dirección y orientación de la política económica⁴⁴.

La abrumadora cifra de vetos que, tal y como hemos expuesto, el Gobierno ha formulado en la XII legislatura ha elevado a esta prerrogativa –que constituye en sí misma un límite a la función legislativa de las Cortes, a la iniciativa legislativa no gubernamental, al derecho fundamental de participación ciudadana y al *ius in officium* de los parlamentarios– al primer plano de la actualidad jurídica. Pero como la misma ha sido objeto de amplio tratamiento doctrinal⁴⁵, nos limitaremos aquí a tratar dos de las cuestiones que, sin duda, despiertan mayor interés en relación con este instituto: 1) si puede la Cámara controlar los vetos gubernamentales manifiestamente infundados, o lo que es lo mismo, cuál es el verdadero alcance del veto presupuestario del Gobierno; 2) y de qué vías dispone el Gobierno para activar el control del acuerdo por el que Cámara, en su caso, rechaza su veto.

3.3.1. ¿Qué margen de apreciación tiene la Cámara a la hora de calificar el veto presupuestario? Análisis de la última doctrina del Tribunal Constitucional al respecto

Como señala Aranda Álvarez (1998, p. 164), en los escritos que se someten a la calificación y admisión de la Mesa de la Cámara se deduce una pretensión de sus autores para que se ponga en marcha un procedimiento parlamentario o para que se incorpore alguna pretensión en alguna de sus fases. Pretensiones ambas que, precisamente, concurren en el caso que aquí nos ocupa: con la presentación de una proposición de ley sus autores pretenden que se inicie el procedimiento reglamentariamente previsto para su discusión y aprobación; mientras que con el escrito de disconformidad con la tramitación de la proposición por motivos presupuestarios lo que pretende el Gobierno es que se ponga fin a su existencia parlamentaria antes, incluso, de que dicha iniciativa sea debatida en el trámite de toma en consideración.

⁴⁴ Algo parecido a lo que ocurre en Derecho comparado, por ejemplo, en Francia, donde el artículo 40 de la Constitución establece la inadmisibilidad (mediante la llamada excepción de *irrecevabilité*, es decir, sin necesidad siquiera de que el Gobierno lo invoque) de aquellas proposiciones de ley que den lugar a mayores gastos o menores ingresos. Sin embargo, el modelo más similar al nuestro es el alemán, ya que su norma fundamental también requiere el consentimiento gubernamental respecto de aquellas leyes que generen nuevos gastos, los eleven, o los comprometan para el futuro, así como para aquellas que supongan una reducción de los ingresos o los comprometan para el futuro. En esos casos el Gobierno Federal podrá exigir que el Parlamento aplaze la aprobación de estas leyes, para lo que cuenta con un plazo de seis semanas para hacer llegar un informe a las cámaras. *Vid.* Giménez Sánchez (26 de octubre de 2018).

⁴⁵ *Vid.* entre otros (por orden cronológico), Pérez Jiménez (1981), Aja Fernández (1983). Punset Blanco (1985), Arce Janáriz (1990), Martínez Lago (1990), Pulido Quecedo (2006), Marrero García-Rojo (2007), Giménez Sánchez (2008), García-Escudero Márquez (2016) y Giménez Sánchez (2017).

Por lo que se respecta a la calificación de ese último escrito, cabe preguntarse hasta qué punto puede la Mesa de la Cámara⁴⁶ ir más allá de la verificación estricta de los requisitos formales del mismo y valorar también su contenido material y justificación. O, dicho de otra manera, cuál es el alcance de la potestad de veto presupuestario, cuestión esta sobre la que el Tribunal Constitucional, tras una primera doctrina algo contradictoria⁴⁷, ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente en la STC 34/2018 (NCJ063228), de 12 de abril, que desestima el conflicto planteado por el Gobierno contra el Congreso de los Diputados en relación con el veto presupuestario opuesto por aquel a la tramitación de una proposición de ley del PSOE de suspensión del calendario de implantación de la llamada Ley Wert⁴⁸. Esta sentencia precisa cuáles son los límites de la prerrogativa gubernamental: 1) solo puede afectar a iniciativas legislativas que «incidan directamente sobre el Presupuesto aprobado», esto es, sobre «los gastos e ingresos del sector público estatal» (art. 134.2 CE), porque «suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios» (art. 134.6 CE); 2) esa incidencia presupuestaria debe ser «real y efectiva» (no meramente estimativa o hipotética) y, además, debe referirse al presupuesto en vigor, no a presupuestos futuros; 3) y el Gobierno, que dispone de un amplio margen de apreciación en su estimación de si la iniciativa legislativa en cuestión afecta, y en qué medida, a los ingresos y gastos del presupuesto, cuando decida oponer su veto debe hacerlo de manera motivada (art. 126.2 y 3 RC), «precisando adecuadamente los concretos créditos que se verían directamente afectados, de entre los contenidos en el presupuesto en vigor» (FJ 7.º) (Duque Villanueva *et al.*, 2018).

En consecuencia, la Mesa del Congreso no está vinculada automáticamente por el veto del Gobierno, ya que la Mesa está facultada para pronunciarse «sobre el carácter manifies-

⁴⁶ La calificación del escrito de disconformidad del Gobierno corresponde a la Mesa en todas las cámaras, salvo en los parlamentos de Navarra y Aragón, cuyos reglamentos atribuyen tal función, respectivamente, a la Junta de Portavoces (148.3 RPN) y a la Comisión de Economía y Presupuestos (139.3 RCA).

⁴⁷ El Tribunal Constitucional se pronunció por primera vez sobre el alcance de la potestad de veto presupuestario del Gobierno en la STC 223/2006 (NCJ041180), de 6 de julio, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Junta de Extremadura y 81 diputados del G. P. Socialista contra el Reglamento de la Asamblea de Extremadura, en la redacción dada por la reforma de 29 de mayo de 1997. La sentencia vino a defender el carácter «políticamente libre» del Gobierno en el ejercicio de su facultad de veto por motivos presupuestarios, proscribiendo la posibilidad de que Mesa y Pleno se erigieran en «jueces de si concurren o no las circunstancias que permiten al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura oponerse a la tramitación de iniciativas normativas que alteren el equilibrio presupuestario». Poco después, la STC242/2006 (NCJ041224) de 24 de julio, denegó el amparo solicitado por diputados del G. P. Popular en el Parlamento vasco contra la decisión de la Mesa de esa cámara de inadmitir a trámite una proposición de ley por dicho grupo presentada, aceptando de esta forma la disconformidad manifestada por el Gobierno vasco con la tramitación de dicha proposición por implicar una disminución de los ingresos presupuestarios. En esta ocasión, el Tribunal Constitucional se separó en alguna medida del razonamiento expuesto en la sentencia anterior, señalando que dicha potestad del Gobierno no es una decisión exenta de control, sino que estaría sometida a unos parámetros –tanto temporales como materiales– controlables por la Mesa del Parlamento.

⁴⁸ Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa.

tamente infundado del criterio del Gobierno, siempre y cuando resulte evidente, a la luz de la propia motivación aportada por este, que no se ha justificado la afectación de la iniciativa a los ingresos y gastos contenidos en el propio presupuesto que, en cada ejercicio, cumple la función instrumental a la propia acción de Gobierno». Esta función de la Mesa «tiene en todo caso carácter jurídico-técnico, no respondiendo en ningún caso a criterios de oportunidad política» (FJ 7.º). En suma, la Mesa, sin sustituir la apreciación del Gobierno, puede rechazar el veto cuando compruebe que el Gobierno no ha justificado que la iniciativa legislativa que pretende vetar afecta de forma real y efectiva a los presupuestos en vigor, en forma de disminución de los ingresos o de aumento de los créditos presupuestarios⁴⁹.

Partiendo del acierto general de la nueva doctrina, que sirve de advertencia al Ejecutivo acerca de lo que puede y no puede hacerse en ejercicio de la facultad de veto, concebido por el Tribunal Constitucional como una prerrogativa al servicio del presupuesto y no como un privilegio al servicio del Gobierno y de su mayoría parlamentaria al que recurrir cuando no existan demasiadas garantías de que la proposición de ley sea rechazada por la Cámara o cuando siquiera resulte conveniente o cómodo discutir acerca de su rechazo, nos parece discutible, empero, el primero de los límites que el tribunal impone a la potestad de veto presupuestario: que solo pueda afectar a iniciativas legislativas que incidan directamente sobre el presupuesto aprobado, pues parte de una interpretación del artículo 134.6 de la CE no del todo congruente, a nuestro juicio, con los antecedentes históricos del precepto y su tenor literal.

En nuestra opinión, el artículo 134.6 de la CE no solo permite vetar aquellas iniciativas parlamentarias que aumenten el déficit presupuestario, sino también las que lo disminuyan, de modo que habilitaría al Gobierno para vetar, por ejemplo, una propuesta de reducción de las pensiones, de supresión o reducción de ciertos créditos (p. ej., gastos militares) o de elevación de impuestos. Y es que el precepto constitucional no busca –o, al menos, no exclusivamente– que el Congreso, una vez aprobado el presupuesto, no pueda interferir con su ejecución por el Gobierno e «ir contra sus propios actos», sino que responde a otra finalidad distinta, como es la de otorgar al Gobierno, como garante de la disciplina presupuestaria, un instrumento para frenar las inevitables propuestas de aumento de gasto o disminución de

⁴⁹ Proyectada esta doctrina al concreto supuesto enjuiciado, el tribunal concluye que el rechazo por la Mesa del Congreso al veto presupuestario del Gobierno a la tramitación de la proposición de ley referida a la suspensión del calendario de implantación de la LOMCE no ha menoscabado la competencia que al Gobierno le atribuye el artículo 134.6 de la CE. Es así porque este no explicitó de qué manera habrían resultado afectados los presupuestos en vigor, sino que se limitó a plantear un escenario hipotético, que dependía de las decisiones que las instituciones europeas pudieran adoptar en el futuro, todo ello en referencia a la posible pérdida de aportaciones del Fondo Social Europeo relacionadas con programas ligados a la implantación de la Ley orgánica para la mejora de la calidad educativa. Por consiguiente, la apreciación de la Mesa de la Cámara, al considerar que la motivación del Gobierno resulta insuficiente para verificar la «efectiva conexión» de la iniciativa legislativa con los ingresos y los gastos públicos del presupuesto en vigor no supuso en este caso el menoscabo de la competencia del poder ejecutivo (FJ 9.º).

impuestos que suelen formular los distintos grupos parlamentarios por intereses electoralistas. Los antecedentes históricos confirman, creemos, esa interpretación.

El veto presupuestario lo introdujo en España por primera vez el Reglamento del Congreso de 1918, a tenor del cual no podría «ser leída ni tomada en consideración ninguna enmienda o adición a proyectos de Ley, cualquiera que fuera su clase, que implicara aumento de sueldos o indemnización o creación de servicios»⁵⁰. Y si bien es cierto que su texto final (especialmente, el uso del sustantivo «créditos») y su ubicación sistemática dentro del artículo 134 de la CE, dedicado al presupuesto, suscitan dudas sobre el alcance del derecho de veto del Gobierno, al interpretarlo debemos tener presente su genuina finalidad, que no es otra que la de permitir al Gobierno frenar la tendencia al gasto y a las rebajas de impuestos que provoca la competencia electoral; interpretación teleológica que, además, viene a secundar el hecho de que en 2011 se reformara el artículo 135 de la CE para consagrar la «estabilidad presupuestaria» como objetivo de todas las Administraciones públicas y fijar límites al déficit estructural. Por ese motivo, la facultad de veto del artículo 134.6 de la CE debería entenderse aplicable, a nuestro entender, a cualesquiera iniciativas parlamentarias que, por entrañar un aumento de gastos o una disminución de ingresos públicos, puedan poner en peligro, de forma efectiva, el objetivo constitucional de estabilidad presupuestaria, con independencia de que las iniciativas se produzcan durante la tramitación del proyecto de ley o más tarde, y de que afecten al presupuesto del año en curso o a otros ejercicios futuros.

La doctrina sentada en la STC 34/2018 (NCJ063228) se reitera tanto en la STC 44/2018 (NCJ063248), de 26 de abril, que resuelve el segundo de los conflictos de atribuciones entre el Gobierno y el Congreso⁵¹, la cual concluye que el Gobierno no justificó de manera objetiva y suficiente que la proposición vetada implicara aumento de créditos o disminución de ingresos de los presupuestos en vigor⁵², como en las sentencias que resuelven tres recursos de amparo interpuestos por diferentes grupos del Congreso contra los acuerdos de la Mesa que, con aceptación del criterio del Gobierno, resolvieron la no procedencia de someter sus proposiciones al trámite de la toma en consideración⁵³, donde el Tribunal Consti-

⁵⁰ Royo Villanova justificó así esa limitación: «Los diputados y senadores se creían obligados a llevar a sus distritos y a su provincia la mayor parte que pudieran del Presupuesto nacional». *Vid.* Conthe (23 de abril de 2018).

⁵¹ Planteado por el Ejecutivo ante el rechazo por la Mesa de la Cámara Baja de su veto presupuestario en relación con una proposición de ley, también presentada por el PSOE, sobre modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores en materia de subcontratación.

⁵² El Tribunal Constitucional desestima también en este caso el conflicto planteado por el Gobierno contra la Mesa del Congreso, señalando que el rechazo por la Mesa al veto tampoco ha menoscabado la competencia que al Gobierno le atribuye el artículo 134.6 de la CE, pues la motivación del Gobierno para justificar su criterio no cumple la exigencia de precisar adecuadamente las concretas partidas presupuestarias del presupuesto en vigor, que se verían directamente afectadas por esa iniciativa legislativa, al haberse limitado a aportar una estimación de impacto económico, insuficiente a estos efectos.

⁵³ STC 94/2018 (NCJ063523), de 17 de septiembre: Recurso de amparo promovido por el G. P. Unidos Podemos del Congreso de los Diputados contra el acuerdo de la Mesa de 28 de abril de 2017, que, con

tucional reafirma la necesidad de interpretar restrictivamente esta potestad en manos del Ejecutivo y declara inconstitucionales los acuerdos de la Mesa que admitieron dichos vetos por entender que el Ejecutivo se ha extralimitado en el uso de dicha potestad, vulnerando el derecho al ejercicio del cargo público parlamentario de los proponentes de la iniciativa (art. 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes (art. 23.1 CE)⁵⁴.

3.3.2. ¿De qué vías dispone el Gobierno para activar el control del acuerdo parlamentario que rechaza su veto?

Por lo que se refiere a las posibilidades de que dispone el Gobierno para reaccionar contra el acuerdo parlamentario que rechaza su veto, cabe distinguir dos clases de control:

1. El control interno o interparlamentario. Esta clase de control está vedado, en principio, al Gobierno –tanto al estatal como a los autonómicos–, pues este no puede hacer uso del medio impugnatorio previsto en los reglamentos parlamentarios para articular la fiscalización parlamentaria de los acuerdos de calificación y admisión a trámite, al que suele denominarse «solicitud de reconsideración», ya que

aceptación del criterio del Gobierno de la nación, había resuelto la no procedencia de someter la proposición de ley para el cierre de las centrales nucleares instaladas en España que dicho grupo parlamentario había presentado para su toma en consideración por el Pleno del Congreso de los Diputados; así como contra el acuerdo de la misma Mesa de 6 de junio de 2017, que desestimó la solicitud de reconsideración formulada contra el mismo.

STC 139/2018 (NCJ063741), de 17 de diciembre: Recurso de amparo promovido por el G. P. Socialista del Congreso contra el acuerdo de la Mesa de 24 de octubre de 2017 que, con aceptación del criterio del Gobierno de la nación, resolvió la no procedencia de someter la proposición de ley sobre modificación de la regulación de la unidad de convivencia en determinadas situaciones, a efectos del acceso y mantenimiento en el percibo de las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva, que dicho grupo parlamentario había presentado, para su toma en consideración por el Pleno del Congreso de los Diputados; así como contra el acuerdo de la misma Mesa de 21 de noviembre de 2017, que desestimó la solicitud de reconsideración formulada contra el anterior.

STC 17/2019 (NCJ063870), de 11 de febrero: Recurso de amparo promovido por el G. P. Unidos Podemos de la Cámara Baja contra el acuerdo de la Mesa de 10 de octubre de 2017 que, con aceptación del criterio del Gobierno de la Nación, resolvió que no procedía someter a la toma de consideración la proposición de ley, de modificación 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, al objeto de fortalecer la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales, que el referido grupo parlamentario había presentado para su toma en consideración por el pleno del Congreso de los Diputados; así como contra el acuerdo de la misma mesa, de fecha 21 de noviembre de 2017, que desestimó la solicitud de reconsideración formulada contra el mismo.

⁵⁴ La consecuencia de ello es la retroacción de actuaciones para que la Mesa dicte unos acuerdos que cumplan con las exigencias constitucionales del veto y que, por consiguiente, admita a trámite las proposiciones de ley para que puedan ser tomadas en consideración.

esta vía interna se encuentra reservada al parlamentario o grupo parlamentario autor de la iniciativa. Por el contrario, si la Mesa⁵⁵ acepta la disconformidad presupuestaria del Gobierno y pone fin a la tramitación de una proposición de ley, los parlamentarios o grupos autores de la misma pueden pedir la reconsideración del acuerdo y, si su solicitud no es atendida, pueden recurrir el mismo en amparo si, conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la LOTC, viola los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de la Cámara, aquel acuerdo sea firme, es decir, desde que se adopta el acuerdo de reconsideración.

El resto de sujetos titulares de la iniciativa legislativa a través de proposiciones de ley carecen, sin embargo, de legitimación para utilizar esta vía parlamentaria interna, ausencia de legitimación que, en el caso concreto de las proposiciones de ley remitidas a la Mesa del Congreso por una asamblea autonómica ex artículo 87.2 de la CE, no casa con la lógica de un sistema que permite que la defensa de este tipo de proposiciones en el trámite de toma en consideración ante el Pleno del Congreso se lleve a cabo por delegados nombrados por las asambleas proponentes, de modo que lo coherente habría sido que el Reglamento del Congreso de los Diputados permitiera a esos mismos delegados la utilización de la vía prevista en el artículo 31.2 del RC.

Ahora bien, cinco reglamentos parlamentarios sí incluyen previsiones para los casos en que exista una discrepancia entre el Gobierno y la Cámara acerca de la incidencia o no de una proposición en los cálculos presupuestarios:

- En la Cámara Alta tal discrepancia será resuelta por el presidente de la Cámara (art. 151.5 RS). Nada prevé, no obstante, el Reglamento del Congreso para estos casos, por lo que García Martínez (1987, pp. 243-244) defiende que podría aplicarse el mismo criterio que en el Senado, por analogía o en aplicación de las facultades que el artículo 32.2 de la RC confiere al presidente del Congreso, mientras que Viver Pi-Sunyer (2001, pp. 173-174) opina que, a pesar de que no se prevea ninguna instancia arbitral, no parece descabellado pensar que la última palabra la tendrá el Pleno de la Cámara.
- En el Parlamento de Andalucía decidirá el Pleno, tras un debate en el que intervendrán los distintos grupos parlamentarios en un único turno de 10 minutos (art. 124.4 RPA).
- En la Junta General del Principado de Asturias decidirá también el Pleno en la primera sesión que celebre, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces (art. 153.5 RJGPA).

⁵⁵ O la Junta de Portavoces en Navarra o la Comisión de Economía y Presupuestos en Aragón. *Vid.* Díez, (3 de abril de 2019).

- En el Parlamento de Navarra será la Junta de Portavoces la que decida sobre la tramitación de la proposición de ley (art. 148.3 RPN).
 - Y en la Asamblea de Madrid resolverá en última instancia la Mesa, pero a diferencia de los supuestos anteriores, solo si el Gobierno plantea su discrepancia (art. 151.4 RAM).
2. Por lo que se refiere a la viabilidad de un segundo tipo de control al que podemos llamar, por contraste del órgano que lo ejerce, externo o jurisdiccional, varía según se trate de una proposición de ley estatal o autonómica.

Así, contra el acuerdo adoptado por la Mesa del Congreso o por el Pleno del Senado (al resolver, acabamos de verlo, la discrepancia Gobierno-Mesa a favor de esta), el Gobierno de la nación puede plantear un conflicto de atribuciones ante el Tribunal Constitucional. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la LOTC, con carácter previo al planteamiento del conflicto el Gobierno deberá solicitar de la Cámara la revocación de su decisión (dentro del mes siguiente a la fecha en que esta llegue a su conocimiento). Si el rechazo de su veto se produce en el Congreso, tal requerimiento de revocación se dirigirá, pues, a la Mesa de esta cámara; pero si tiene lugar en el Senado, el requerimiento irá dirigido al presidente de la Cámara Alta, pues a él corresponde, en todo caso, la resolución de las controversias sobre la calificación de las proposiciones de ley y enmiendas, y la de los incidentes que puedan surgir en relación con esta cuestión (art. 151.5 RS). Además, si la proposición fuera finalmente aprobada por las Cortes, también podría interponer contra esta ley (a través del presidente del Gobierno) un recurso de inconstitucionalidad por inobservancia en el procedimiento legislativo del artículo 134.6 de la CE⁵⁶.

Pero cuando el acuerdo es adoptado por un parlamento regional, el Gobierno autonómico respectivo carece de legitimación tanto para plantear un conflicto de atribuciones⁵⁷, como para interponer, en el caso de que la proposición vetada se convierta en ley autonómica, un recurso de inconstitucionalidad contra esta⁵⁸, lo

⁵⁶ De hecho, el Gobierno barajó esa posibilidad en relación con la proposición del G. P. Socialista para la defensa de la LOMCE, citada en el texto, si esta acababa siendo aprobada. La posibilidad de declarar inconstitucional una ley por vicios en el procedimiento legislativo aparece claramente admitida por el Tribunal Constitucional: *vid.* STC 76/1983, donde declara que «el sistema constitucional de distribución de competencias entre los distintos órganos constitucionales limita también las posibilidades de las Cortes Generales en el ejercicio de la función legislativa», y STC 124/1995, entre otras.

⁵⁷ En virtud del artículo 73.1 c) de la LOTC, el Tribunal Constitucional entenderá solo de los conflictos que opangan al Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial; o a cualquiera de estos órganos constitucionales entre sí.

⁵⁸ De acuerdo con el artículo 32.2 de la LOTC, los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas carecen de legitimación para recurrir en vía directa contra las leyes, las disposiciones o los actos con fuerza de ley de su propia comunidad autónoma. Y así lo vino a confirmar el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 223/2006 (NCJ041180), citada en Albertí y Sanz Pérez (8 de abril de 2019),

que, sin duda, coloca a los ejecutivos autonómicos en una poco entendible posición de indefensión frente a la decisión de la Cámara.

4. Conclusiones

La fraccionada composición que, con carácter general, presentan los parlamentos españoles como resultado de las diferentes elecciones autonómicas y generales celebradas a partir del año 2015 ha afectado profundamente a las pautas prácticas de la potestad legislativa, hasta el punto de poder afirmar, sin temor a equivocarnos, que el desencuentro Gobierno-Parlamento se ha convertido en la regla general del quehacer legislativo. De las diferentes tendencias provocadas por ese contexto de disgregación política en la práctica legislativa española –tanto estatal como autonómica– destacan, por su indudable impacto en el principio de división de poderes que sustenta el Estado de derecho e, incluso, en algunas garantías constitucionales básicas (como la tutela judicial efectiva o el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes), la utilización absolutamente desproporcionada –y, en ocasiones, para supuestos singulares– del decreto-ley por parte del Ejecutivo y el ejercicio por este, en contra de lo que venía siendo *praxis* parlamentaria, de su prerrogativa de veto presupuestario a proposiciones de ley de la oposición.

Lo normal hasta el escenario de fragmentación parlamentaria devenido a partir de 2015 había sido que el Gobierno evitara utilizar su prerrogativa de veto presupuestario contra proposiciones de ley de la oposición, principalmente por su mala imagen política y porque resultaba más cómodo actuar a través de su mayoría parlamentaria, que se limitaba a rechazar tales proposiciones «financieras» en el trámite de la toma en consideración. Sin embargo, en la XII legislatura de las Cortes Generales el Gobierno de Mariano Rajoy vetó 45 proposiciones de ley (37 de grupos parlamentarios del Congreso y 8 remidas por las asambleas autonómicas). Prerrogativa de veto presupuestario de la que, aunque en menor medida que en el ámbito estatal, también comenzaron a hacer un prolijo uso los ejecutivos autonómicos a partir de 2015.

Lo que quiso el constituyente al atribuir al Gobierno la prerrogativa de veto presupuestario es evitar que el Parlamento, a través de la aprobación de diferentes leyes o de enmiendas a las mismas, desvirtúe los presupuestos previamente aprobados por las propias cámaras. Así se salvaguarda, en último término, la función de gobierno, que podría verse obstaculizada si los presupuestos, que son la base para desarrollar el programa político de cualquier Ejecutivo, se ven alterados por la actividad parlamentaria. Ahora bien, dado que el veto pre-

que inadmite por esta causa –falta de legitimación del recurrente– el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura contra los artículos 111.1 (párrafo segundo) y 121.4 (párrafo segundo) del Reglamento de la Asamblea de Extremadura.

supuestario limita de forma muy notable la actividad legislativa de las cámaras y el derecho fundamental de participación política, su uso debe estar rodeado de garantías. Así pues, cuando su fin no es salvaguardar la acción política del Gobierno en materia presupuestaria, sino paralizar de manera indiscriminada las proposiciones de ley de la oposición ante la falta de una mayoría sólida que le permita hacerlo en un estadio más avanzado del procedimiento legislativo, deja de ser presupuestario para convertirse, simplemente, en un auténtico veto gubernamental no conciliable con nuestro sistema constitucional de atribuciones.

Así se lo ha advertido recientemente el Tribunal Constitucional al Ejecutivo nacional, tras una primera doctrina sobre el veto un tanto equívoca, al señalar, en primer lugar, que el veto presupuestario solo puede oponerse a aquellas proposiciones de ley que supongan un aumento de los gastos o una disminución de los ingresos del ejercicio presupuestario en curso, de manera que no cabe interponerlo sobre la base de consecuencias económicas futuras; en segundo lugar, que la incidencia de la proposición de ley en el presupuesto debe ser directa e inmediata, de forma que el Gobierno tiene que explicar qué partidas presupuestarias y de qué forma resultan comprometidas por la iniciativa en cuestión; y, en tercer lugar, que el acuerdo de la Mesa por el que decide aceptar el veto presupuestario interpuesto por el Gobierno ha de estar motivado, de manera que no puede limitarse a señalar que el Gobierno ha ofrecido una fundamentación suficiente y razonable sobre el uso del veto, sin responder a los distintos argumentos esgrimidos por los grupos parlamentarios proponentes acerca de que la falta de afectación presupuestaria, pues ello supone ofrecer una justificación abstracta y formalista que no cumple con la función de control que aquella tiene atribuida.

Se trata, al fin y al cabo, de que el veto presupuestario funcione como una prerrogativa al servicio del presupuesto, y no como un privilegio al servicio del Gobierno y de su mayoría parlamentaria, al que recurrir cuando no existan demasiadas garantías de que la proposición de ley sea rechazada por la Cámara o cuando ni siquiera resulte conveniente o cómodo discutir acerca de su rechazo. Sin embargo, entendemos que el primero de aquellos límites que el Tribunal Constitucional impone al veto presupuestario –que solo pueda oponerse a proposiciones que afecten al ejercicio presupuestario en curso– no es del todo consecuente, ni con los antecedentes históricos del artículo 134.6 de la CE, ni con el principio de estabilidad presupuestaria incluido en la reforma del artículo 135 CE de 2011, que demandan que el Gobierno pueda vetar iniciativas parlamentarias que, por entrañar un aumento de gastos o una disminución de ingresos públicos, pongan en peligro –de forma efectiva y motivada, eso sí– el objetivo constitucional de estabilidad presupuestaria, con independencia de que las iniciativas se produzcan durante la tramitación del proyecto de Ley de presupuestos o más tarde, y de que afecten al presupuesto del año en curso o a otros ejercicios futuros.

En otro orden de cosas, a pesar de que cabía de esperar que el nuevo contexto de gobiernos en minoría enmendara el abuso del decreto-ley, que ha convertido a esta excepcional fuente del derecho en un modo prácticamente ordinario de legislar, en evidente menoscabo del principio de separación de poderes, el abuso de este tipo normativo ha alcanzado, lamentablemente, niveles que rozan el paroxismo, especialmente a nivel estatal. En efecto, en

la XII legislatura de las Cortes los decretos-leyes aprobados han supuesto más del 60 % de toda la legislación estatal, y en la XIII, por primera vez en nuestra democracia, el 100 %. En el conjunto de las nueve comunidades autónomas que cuentan con este tipo normativo el porcentaje baja a casi el 21 %, superior, en todo caso, al registrado en el período 1979-2015.

Particular reproche nos merece que 13 de esos decretos-leyes (en concreto, los 6 últimos decretos-leyes aprobados durante la XII legislatura y los 7 decretos-leyes convalidados en la XIII legislatura) hayan sido convalidados por la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados, una vez disuelto este por las convocatorias de las elecciones del 28-A y del 10-N, y ello por dos razones principales: (a) porque al menos 9 de estos decretos-leyes –algunos de ellos calificados por el propio Gobierno como «sociales»– no responden a una necesidad extraordinaria, al no resolver situaciones superiores a las ordinarias y habituales, rompiendo, así, lo que hasta ahora había sido un consolidado y, a nuestro juicio, saludable uso parlamentario; (b) y porque a aquel órgano parlamentario, a pesar de estar llamado por la Constitución a asumir las facultades que correspondan a la Cámara y velar por sus poderes cuando hubiere sido disuelta o no esté reunida (art. 78.2 CE), no le es posible, a diferencia del Pleno, acordar la tramitación de los decretos-leyes como proyectos de ley, de modo que se ve privado de la posibilidad de subsanar los defectos de constitucionalidad de que, eventualmente, aquellas normas pudieren adolecer. Sí se advierte, empero, un ligero aumento del control de los decretos-leyes por parte de las cámaras legislativas, particularmente de las autonómicas, pues los grupos de la oposición al Gobierno de turno –ahora mayoritarios– han acordado la tramitación de algunas de esas normas como proyectos de ley con el fin de poder introducir modificaciones en sus textos, sin que hayan faltado ocasiones en las que, incluso, han optado por no convalidarlas.

En el actual panorama de fraccionamiento parlamentario e incertidumbre política, en fin, se ha mantenido –cuando no acentuado– otra censurable práctica en relación con este tipo normativo: su uso para regular situaciones singulares, lo cual no solo desvirtúa el sistema de fuentes del derecho español, sino que, lo que es aún más grave, vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, nuclear en un Estado de derecho, pues conduce a la persona o grupos de personas destinatarios de la norma a una situación de absoluta indefensión al tener vedada la impugnación directa de la misma, en defensa de sus derechos individuales supuestamente vulnerados, a través del recurso de amparo. A la vista, pues, de la cada vez más agravada degradación práctica del decreto-ley, no podemos más que concluir que resulta perentorio proceder a una revisión de su regulación constitucional –o, al menos, del condescendiente papel del Tribunal Constitucional en el control de los presupuestos constitucionales habilitantes de esta figura normativa– que garantice su carácter «excepcional» y, en consecuencia, su uso restrictivo y solo para situaciones generales.

Referencias bibliográficas

- Aja Fernández, E. (1983). Caracteres y principios generales del procedimiento legislativo. *ADP*.
- Albertí, E. y Sanz Pérez, A. L. (8 de abril de 2019). El uso del Real Decreto-ley una vez convocadas las elecciones. *Legaltoday*. <http://www.legaltoday.com>
- Aragón Reyes, M. (2016). *Uso y abuso del Decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*. Iustel.
- Arana García, E. (2013). Uso y abuso del decreto-ley. *RAP*, 191.
- Aranda Álvarez, E. (1998). *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*. CEPC.
- Arce Janáriz, A. (1990). Calificación y admisión a trámite en los procedimientos parlamentarios. *REDC*, 29.
- Ariño Ortiz, G. (1989). Leyes singulares, leyes de caso único. *RAP*, 118.
- Bouazza Ariño, O. (2008). Desclasificación por Ley singular de espacios naturales protegidos y derechos procesales (El caso de la Ciudad del Medio Ambiente). *REDA*, 138.
- Casqueiro, J. (5 de marzo de 2019). Pastor acusa a Sánchez de un uso partidista de los decretos leyes para ir dopado a las elecciones. *El País*. <https://elpais.com/>
- Conthe, M. (23 de abril de 2018). Veto presupuestario: la equivocada doctrina del Tribunal Constitucional. *Expansión*. <https://www.expansion.com>
- Díez, A. (3 de abril de 2019). El Gobierno defiende los decretos para paliar el bloqueo de 50 leyes. *El País*. <https://elpais.com/>
- Duque Villanueva, J. C., Ortega Carballo, C., Losada González, H. y De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2018). Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2018. *REDC*, 113.
- EcoDiario (15 de junio de 2018). El Gobierno de Sánchez acepta tramitar en el Congreso 18 proposiciones de ley de la oposición que vetó Rajoy. www.ecodiario.economista.es
- El Confidencial (2 de marzo de 2019). 32 decretos en nueve meses: Sánchez bate el récord de Rajoy y triplica a Zapatero y Aznar. www.elconfidencial.com
- Gabilondo, P. (30 de septiembre de 2019). Al fin y al cabo, se trata de levantar una losa: claves de la sentencia sobre la exhumación. *El Confidencial*. <https://www.elconfidencial.com>
- Galán Vioque, R. R. (1997). Rumasa: expropiaciones legislativas y leyes singulares (Comentario en torno a las sentencias constitucionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaídas en este asunto). *RAAP*, 29.
- García de Blas, E. (21 de agosto de 2015). El Gobierno de Rajoy bate el récord de legislar por decreto. *El País*. <https://elpais.com/>
- García Mahamut, M. R. (2018). Las reformas de los sistemas electorales autonómicos tras las elecciones de 24 de mayo de 2015: vectores políticos y jurídicos. *TRC*, 41.
- García Majado, P. (19 de abril de 2018). Del uso al abuso del veto presupuestario. *El País*. www.agendapublica.elpais.com
- García Martínez, M. A. (1987). *El procedimiento legislativo*. Congreso de los Diputados.
- García-Escudero Márquez, P. (2016). Gobierno en funciones y función legislativa. *CMGA*, 11.
- Giménez Sánchez, I. M. (2008). *Las competencias presupuestarias del Parlamento*. CEPC.

- Giménez Sánchez, I. M. (2017). El control parlamentario sobre el llamado «veto presupuestario» del Gobierno. *RJCL*, 42.
- Giménez Sánchez, I. M. (26 de octubre de 2018). El veto presupuestario del gobierno: ¿mecanismo de bloqueo parlamentario? *El País*. www.agendapublica.elpais.com
- González García, I. (2017). La trascendencia constitucional del deficiente control del Decreto-ley autonómico. *REDC*, 37.
- López Ramón, F. (2011). La problemática de las leyes singulares y las reservas de ley para la declaración de parques nacionales y otros espacios naturales protegidos. En *Garantías del ciudadano: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*. Iustel.
- Marrero García-Rojo, A. (2007). El control del ejercicio por el Gobierno de la facultad de veto presupuestario (Comentario a la STC 223/2006, con consideración de la STC 242/2006). *REDC*, 80.
- Martín Rebollo, L. (2015). Uso y abuso del Decreto-ley. Un análisis empírico. *REDA*, 174.
- Martínez Lago, M. A. (1990). *Los límites a la iniciativa de las Cortes Generales en materia presupuestaria*. Ministerio de Economía y Hacienda.
- Molina León, A. (2017). Los límites a las leyes singulares en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional. *Revista CEFLegal*, 201.
- Montilla Martos, J. A. (1994). *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*. Civitas.
- Montilla Martos, J. A. (2015). Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional. *REDC*, 104.
- Ortega Bernardo, J. (2007). Límites constitucionales en la adopción por Ley de medidas concretas de carácter administrativo. Comentario a la STC 48/2005 [NCJ040769], sobre la Ley de expropiación para la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias. *RAP*, 172.
- Parada Vázquez, R. (1991). El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria. En S. Martín-Retortillo Baquer (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. (vol. 2: De los derechos y deberes fundamentales). Civitas.
- Pérez Jiménez, P. J. (1981). Las limitaciones a la iniciativa legislativa financiera en la Constitución española. *RDP*, 9.
- Pulido Quecedo, M. (2006). Sobre cuestiones presupuestarias de índole parlamentaria. *RA-TC*, 13.
- Punset Blanco, R. (1985). La fase central del procedimiento legislativo. *REDC*, 14.
- Rodríguez Fernández, F., Sastre, J. L. y Patiño, J. M. (1 de marzo de 2009). La batería de decretos sociales de Pedro Sánchez calienta la precampaña. *Hora 25*. <https://cadenaser.com/>
- Sánchez Muñoz, O. (2017). El fin (momentáneo) del bipartidismo en España: análisis de los resultados electorales de 2015 y 2016. *REDC*, 109.
- Santamaría Arinas, R. J. (2014). Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina Boxus por el Tribunal Constitucional español. *RAP*, 193.
- Viver Pi-Sunyer, C. (2001). Proposición de ley. En M. Aragón Leyes (Coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, t. II. Civitas.



Medidas en materia de acuerdos adoptadas por las autoridades de competencia globales como resultado de la covid-19 (de marzo a julio de 2020)

Jesús Alfonso Soto Pineda

*Doctor en Derecho y Ciencia Política
por la Universidad Autónoma de Madrid*

Extracto

Como resultado de las diversas estrategias y medidas implementadas alrededor del globo por las autoridades nacionales, supranacionales e internacionales de defensa de la libre competencia, como respuesta a la crisis suscitada por la covid-19, el artículo presenta, a través de un enfoque material, no territorial, las características, similitudes y diferencias de aquellas, así como los criterios jurídico-sustantivos y jurídico-procesales que sustentan o desaconsejan su puesta en marcha o extensión, más allá de las fases primarias de mayor impacto, suscitadas por la pandemia.

Palabras clave: covid-19; competencia; autoridades de competencia; medidas adoptadas; acuerdos; flexibilización; fortalecimiento.

Fecha de entrada: 22-09-2020 / Fecha de aceptación: 09-10-2020

Cómo citar: Soto Pineda, J. A. (2020). Medidas en materia de acuerdos adoptadas por las autoridades de competencia globales como resultado de la covid-19 (de marzo a julio de 2020). *Revista CEFLegal*, 238, 111-132.



Measures about agreements adopted by the competition authorities worldwide by reason of the covid-19 (from March to July 2020)

Jesús Alfonso Soto Pineda

Abstract

Because of the different strategies and measures implemented and developed around the globe by national, supranational and international authorities of competition, in response to the crisis created by the covid-19, this paper presents, through a material –non-territorial– approach, the characteristics, similarities and differences of those approaches and the substantive and procedural criteria of the antitrust, that support or discourage their implementation and their extension beyond initial phases, of higher impact, provoked by the pandemic.

Keywords: covid-19; antitrust; authorities of competition; adopted measures; agreements; flexibility; strengthening.

Citation: Soto Pineda, J. A. (2020). Medidas en materia de acuerdos adoptadas por las autoridades de competencia globales como resultado de la covid-19 (de marzo a julio de 2020). *Revista CEFLegal*, 238, 111-132.



Sumario

- 1. Introducción
 - 2. La clara relevancia concurrencial de la covid-19
 - 3. Especificidad o generalidad
 - 4. Flexibilidad vs. fortalecimiento de la política de competencia
 - 4.1. Medidas en materia de acuerdos
 - 4.1.1. Flexibilización
 - 4.1.2. Fortalecimiento
 - 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

La política de competencia es una de las piezas fundamentales de la política económica. Con el objetivo de garantizar que la actividad económica se desarrolla en espacios de libertad y lealtad, favorece el acompasamiento de la oferta y la demanda, así como la provisión de alternativas de satisfacción de las necesidades de los consumidores en lo que a bienes y servicios se refiere, disciplinando las conductas empresariales con capacidad para distorsionar la competencia en el mercado en detrimento de la libertad del consumidor (Jones y Sufrin, 2019, pp. 1 y 2).

A pesar de que otros bienes jurídicos protegidos por el derecho y sus instituciones se han visto menoscabados en mayor medida como resultado de la crisis suscitada por la covid-19, las economías nacionales y globales han soportado de forma importante los efectos de la desaceleración causada por la pandemia, situación que ha provocado respuestas económicas variopintas y heterogéneas aplicadas tras la eclosión de la coyuntura, que han tenido como piezas fundamentales a la política y el derecho de la competencia.

Como resultado de aquello, las autoridades nacionales, supranacionales e internacionales de competencia, se han encargado de articular paquetes informativos o de medidas, a través de los cuales han desarrollado las bases y las condiciones de las estrategias y enfoques de defensa de la competencia, que han decidido aplicar como respuesta a la excepcional situación.

Pese a que las aproximaciones han sido, en algunos casos, análogas, y muy a pesar de que la vocación final de todas las medidas ha sido proteger los mercados y mantener e incrementar el bienestar de los consumidores cuando acuden al mercado para adquirir

rir productos y servicios, la realidad es que los enfoques también pueden ser divididos en facciones contrapuestas procesal y sustantivamente hablando, que vale la pena identificar unificadamente en atención a sus condiciones y características materiales.

En ese sentido, el presente documento aborda las estrategias que se han aplicado entre marzo y julio de 2020 en variados sistemas de defensa de la competencia erigidos alrededor del globo. En la primera parte expone los argumentos y razonamientos que pueden haber llevado a los diversos responsables de la política económica a concederle relevancia concurrencial a la situación suscitada por la covid-19, como resultado de las inmoderaciones y desequilibrios que usualmente emergen de las épocas de dificultad social, generando concentraciones de poder de mercado, menoscabos en el bienestar de los consumidores y desequilibrios en la oferta y la demanda.

A renglón seguido, en la segunda parte, el documento se centra en la presentación y reflexión que surge de la dualidad de enfoques técnico-jurídicos, de corte procesal, que se aplicaron en el marco de la mencionada crisis, por parte de las autoridades de competencia, toda vez que algunas de ellas se inclinaron por un mensaje de generalidad en la aplicación de las medidas articuladas para responder a los efectos de la pandemia, mientras que otros prefirieron un lenguaje de mayor especificidad, basado en la disposición taxativa de los mercados, sobre los cuales se ponía el foco de la aplicación de las medidas excepcionales estructuradas para garantizar el acompasamiento, previamente enunciado, de la oferta y la demanda.

En la tercera parte, el artículo realiza una presentación concreta de la mayor parte de las medidas sustantivas, de corte concurrencial, que se aplicaron entre el mes de marzo de 2020 y el mes de julio del mismo año, en materia de acuerdos entre empresas. Como se detalla en el documento, las medidas adoptadas para disciplinar los pactos y colaboraciones entre competidores se basaron principalmente en la flexibilización o en el fortalecimiento de la aplicación de las normas de libre competencia, dado que el fundamento de la política de competencia, de las instituciones garantes de la concurrencia alrededor del globo y de las culturas empresariales y sociales, no es idéntico. Razón por la cual el artículo se permite encuadrar materialmente las medidas adoptadas por las autoridades de defensa de la competencia globales, en la flexibilización, fortalecimiento o en la combinación de aquellas estrategias, realizando reflexiones concurrenciales acerca de las mismas, con antelación a la presentación de las conclusiones, resultado de la investigación elaborada.

2. La clara relevancia concurrencial de la covid-19

La competencia en los mercados se puede ver claramente distorsionada por la emergencia internacional causada por la Covid-19. La función de la aplicación pública de las normas *antitrust* ejercida por las autoridades de competencia es pieza fundamental de la

batalla contra la pandemia, tanto en las fases críticas de confinamiento como en las posteriores –no menos demandantes– de reconstrucción y regeneración social y económica¹.

Solo mediante la promoción y abogacía de la competencia, así como a través del ejercicio de controles *ex ante* y *ex post* eficaces y dinámicos –sustentados en una capacidad sancionadora–, se pueden prevenir y remediar las conductas anticompetitivas con mayor capacidad distorsiva, erigidas en torno a la oportunidad empresarial que brota de la excepcionalidad ocasionada por la pandemia.

Es indudable que el contexto que se ha asentado en los mercados, en virtud de la enfermedad en cuestión, configura, en términos concurrenciales, un riesgo, dado que es precisamente en tiempos de dificultad, como los generados por la covid-19, cuando se producen en los mercados dinámicas de desestabilización de la oferta y la demanda, distorsiones concertadas de las condiciones aleatorias, en las cuales se deben desenvolver las actividades económicas, o conductas restrictivas de la competencia, entre otras.

No es poco habitual, como demuestran los precedentes, que en épocas excepcionales se produzcan especulaciones en materia de precios, acuerdos entre competidores dirigidos a erigir barreras de entrada al mercado, consolidaciones significativas de poder, conductas unilaterales de carácter abusivo o asimetrías de largo recorrido, entre otros.

La libre competencia es y continuará siendo una prioridad, tanto en tiempos de habitualidad como de excepcionalidad, con covid-19 o sin ella. Y es así, pues solo a través de la rivalidad entre operadores se logran, independientemente de las circunstancias, mejores calidades, condiciones y precios de acceso a productos y servicios. Sin embargo, ejercer la política de competencia en tiempos como los de la covid-19 merece ciertas cautelas ineludibles, propias del conjunto de materias adheridas a la política económica, cautelas que deben estar dirigidas a prevenir que la crisis ocasione daños irreparables en la economía y que se produzcan decrecimientos insuperables de gran impacto social.

Así, en virtud de todo lo anterior, la función de las supervisoras y protectoras naturales de la competencia en los mercados –las autoridades públicas de competencia– debe estar enfocada, tal y como demuestran las políticas implementadas por muchas de ellas tras el estallido de la pandemia, en contener adecuadamente en el corto plazo las deformaciones naturales causadas por el miedo, la incertidumbre y la especulación, imponiendo ciertas

¹ Al respecto, el comunicado del 8 de abril de 2020, de la United Nations Conference on Trade and Development, <<https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2325>>. Del mismo modo, de 20 de abril de 2020, de la International Competition Network, <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>>, y de 26 de mayo de 2020 de la Organización para la cooperación y el desarrollo económico, <<https://www.oecd.org/competition/Co-operation-between-competitors-in-the-time-of-COVID-19.pdf>>.

reglas especiales y temporales de carácter sustantivo y procesal, que, con las dificultades propias de la excepcionalidad de la situación, permitan que los fundamentos concurrenciales de la materia, de defensa directa de los mercados y transversal de los consumidores, se vean satisfechos.

Si bien esta relevancia de la covid-19 y sus efectos es clara para la mayor parte de las autoridades del *antitrust* alrededor del globo, la excepcionalidad de la cuestión pone de manifiesto que no existe un manual natural de instrucciones que permita eludir completamente el error y garantizar el éxito. Las autoridades de competencia de las economías de mayor relevancia mundial, a pesar de su membresía a la red internacional de defensa de la competencia, no han garantizado homogeneidad en las medidas y, por tanto, difícilmente garantizarán equivalencia en los resultados de las medidas adoptadas.

El derrotero en todos los casos ha sido el mismo, pero las políticas empleadas han sido distintas –como también lo serán sus efectos–. Veámoslo.

3. Especificidad o generalidad

A pesar de la sintonía que las autoridades de competencia globales han mostrado tener en lo relativo a la imperiosa articulación de medidas concurrenciales de respuesta a los efectos de la pandemia, el alcance de las medidas implementadas por ellas, a pesar de tener similitudes, es dispar. En algunos sistemas las medidas han estado delimitadas con claridad y taxatividad al circunscribir a ciertos mercados directamente relacionados con la gestión de los efectos causados por la enfermedad dichos mandatos. Por el contrario, en otros regímenes se ha determinado que las condiciones excepcionales de aplicación de las normas *antitrust* que demanda la pandemia deben destinarse a todos aquellos sectores y operadores especialmente afectados por la interrupción de la actividad económica o, incluso, en algunos se ha decidido extender, sin límites, las medidas excepcionales a todos los mercados de producto y geográficos vigentes, como si de una patente de corso de tratase.

Las vías a través de las cuales se han articulado las excepciones también han sido diferentes. La mayor parte de países informaron de las medidas a sus ciudadanos a través de comunicados de prensa o publicaciones en las páginas web de las autoridades. Otros sistemas, por el contrario, optaron por proferir decretos y normativas de urgencia. En todos los casos, sin lugar a dudas, la gestión de esta circunstancia excepcional ha permitido evidenciar la eficacia institucional y operativa de los diversos sistemas de protección de la libre competencia, así como el nivel de independencia o sujeción a su gobierno.

En Estados Unidos, por ejemplo, claramente con el objetivo de controlar *ex ante* la futura litigiosidad que tiene capacidad de generar la implementación de medidas concurrenciales de carácter excepcional –en virtud de su tradición– las reglas implementadas se apli-

caron, taxativamente, solo en los mercados farmacéutico y de los suministros sanitarios. En el país norteamericano las normas de protección de libre competencia no fueron modificadas en su espíritu, en su alcance o en su aplicación. La Federal Trade Commission y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos se limitaron a ponerse a disposición de las empresas y operadores económicos para asistirles cuando así lo requiriesen, sin determinar con detalle a qué hacía referencia dicha asistencia². Atendiendo a su cultura jurídica, en los Estados Unidos las autoridades prefirieron analizar caso a caso y mercado a mercado las implicaciones de implementar medidas (de flexibilización del régimen o de fortalecimiento de los controles demandados por cada mercado involucrado –tal y como se verá en el siguiente epígrafe–).

Aquella realidad permite apreciar que en dicho país las medidas excepcionales han sido, y son, en mayúsculas, especiales y coyunturales, así como que tienen una vocación concreta y definida en el tiempo que permite interpretar, en principio, que hay una circunscripción y delimitación más clara del alcance que deben atesorar aquellos mandatos.

Ese ejemplo estadounidense ha sido poco replicado en los sistemas de protección de la libre competencia globales, pues en todo caso en el país norteamericano el importante músculo institucional y funcional del sistema *antitrust* permite aquello que en otros sistemas se encuentra vetado. No solo el poderío del Departamento de Justicia y de la Federal Trade Commission crea ese idóneo ecosistema concurrencial, sino también la propia litigiosidad del sistema, que tiene erigidos a los operadores económicos como elementos disuasivos imprescindibles³.

Mientras en los Estados Unidos se aplicó aquella estrategia de «eterización» y abstracción, en la Unión Europea se emplearon ríos de tinta y cuantiosas iniciativas normativas para establecer las reglas excepcionales, sin que aquellas atendieran necesariamente a una técnica legislativa eficaz. Y es que además de «enterrar» a sus ciudadanos en un mar de reglamentos, comunicaciones, recomendaciones y fuentes normativas análogas tras la declaración de sendos estados de alarma –o equivalentes– en sus países miembros⁴, exten-

² Estados Unidos. Departamento de Justicia y Federal Trade Commission, Joint Antitrust Statement regarding Covid-19. 24 de marzo de 2020. <<https://www.justice.gov/atr/joint-antitrust-statement-regarding-covid-19>>. En el mencionado comunicado, las autoridades estadounidenses de competencia se refirieron a diversos ejemplos, listados, de acuerdos de cooperación entre competidores, *joint ventures*, modificaciones estructurales y pactos análogos, con capacidad para garantizar el abastecimiento de productos y servicios básicos, gracias a la colaboración entre operadores en materia de innovación, desarrollo, logística y procedimientos.

³ Resultan de importancia en este punto los estudios al respecto realizados por Lande (2004), Buccirosi, *et al.* (2009) y Ortiz Laverde y Soto Pineda (2017).

⁴ Así, por ejemplo, el comunicado de 30 de abril de 2020 a través del cual trasladó a la ciudadanía la Guía práctica de garantía de la libertad de movimiento de trabajadores críticos y la implementación de restricciones temporales de traslados no esenciales en la UE, <<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/>

dió a todos sus mercados el gran catálogo de reglas especiales que articuló en respuesta a los efectos de la emergencia, a pesar de que en algunos de ellos la desaceleración e impacto provocado por los efectos de la covid-19 no generaba, ni parecía –o parece– tener capacidad para generar, menoscabos⁵.

Algo similar sucedió en el Reino Unido, país en el cual además de emitir medidas extraordinarias para garantizar el abastecimiento y el acceso a medicamentos y suministros sanitarios, se sirvieron de mecanismos de urgencia para favorecer a sectores como el financiero, el bursátil y el de seguros⁶. Circunstancia que desde el *antitrust* puede ser analizada y valorada, en la misma medida, como positiva y negativa, pues si bien no es posible identificar un solo mercado que no se vea impactado por la pandemia y sus efectos, también es cierto que la intensidad de la conmoción no es idéntica en todos los sectores. Por lo que es sin duda menester es que las medidas articuladas e implementadas respondan a un estándar de calibración y cálculo, que tome en consideración las mencionadas divergencias y también los distintos formatos que se deben poner en marcha para supervisar su cumplimiento.

Indudablemente todos y cada uno de los formatos empleados para aplicar las medidas especiales para amortiguar los efectos de la covid-19 tienen luces y sombras. No solo porque, *per se*, y sobre la base de su naturaleza, la técnica del *antitrust* no es matemática, sino también porque la implementación de las disposiciones excepcionales se encuentra influenciada por la cultura social y jurídica del territorio sobre el cual tiene jurisdicción cada autoridad, lo que genera que los resultados de una misma medida sean algunas veces divergentes, a pesar de que las medidas sean idénticas.

De la comparativa entre sistemas se extrae un claro acierto: la atención especial que en virtud de la pandemia se ha prestado a los mercados. Asimismo se extrae que los sectores económicos «en primera línea de batalla», como los de alimentación y canasta familiar, suministros médicos y sanitarios, vivienda, servicios públicos y todas y cada una de las logísticas involucradas con aquellos, se pueden apreciar como prioritarios en todos y cada uno de los sistemas *antitrust* que han optado por articular mandatos concurrenciales especiales de respuesta a la pandemia.

Saldados aquellos aspectos imperativos, cada autoridad ha realizado una interpretación autónoma de las necesidades de sus «administrados» y ha articulado con nulo, menor o

[detail/es/mex_20_560](#)>; así como las reglas especiales que la Comisión Europea unificó en su sitio web como respuesta a la pandemia, <<https://ec.europa.eu/competition/antitrust/coronavirus.html>>.

⁵ Acerca de dicha cuestión, resultan de relevancia los comentarios realizados por Stefano (5 de mayo de 2020).

⁶ Una adecuada unificación de la colección de las respuestas de la autoridad de competencia británica a la covid-19 y sus efectos puede encontrarse en <<https://www.gov.uk/government/collections/cma-covid-19-response>>.

mayor detalle, el paquete de medidas a aplicar. A los ejemplos previamente esgrimidos se unen ejemplos latinoamericanos que han estado inclinados en alguna de aquellas direcciones.

En la República Dominicana la autoridad de competencia, ProCompetencia, aun dando sus primeros pasos, ha tenido que encargarse de liderar en gran parte la respuesta concurrencial a la pandemia. Haciéndolo ha optado por una vía más similar a la implementada por las autoridades estadounidenses, apelando a la generalidad⁷. En las comunicaciones que trasladó a la ciudadanía apeló incluso a la «sensatez y el respeto a la ley», pero no erigió estrategias concretas de respuesta⁸. Realidad que es similar a lo acaecido en Centroamérica, o incluso en Colombia⁹, Perú, Chile y Ecuador, países en los cuales las autoridades de competencia –salvo en lo alusivo a los sectores económicos de «primera línea de batalla»– prefirieron no establecer condiciones prolijas y concretas vinculadas con las consecuentes especializaciones del mercado, prefiriendo así esperar a que el natural desarrollo de las actividades¹⁰ de los operadores se encargase de evidenciar las necesidades de remediar y sancionar, *ex post*, aquellas que menoscabasen claramente la competencia.

La apertura mostrada por las mencionadas autoridades que, como se verá en los apartados subsiguientes, también impacta en los aspectos materiales de las mismas, contrasta con el detalle que se les ha dado a las medidas en sistemas como el de la Unión Europea. Siendo clara la multiculturalidad de la mencionada comunidad, así como la heterogeneidad de los intereses de los países miembros –a pesar de que forman parte armónica de una única unidad– y de las múltiples empresas locales y foráneas que desarrollan sus actividades en su territorio (Soto, 2014, p. 329), la realidad es que la complejidad de la situación, al parecer, desde su perspectiva –tal y como demuestran sus actos y decisiones– amerita un desarrollo más profundo de las medidas.

⁷ República Dominicana, Procompetencia. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Comunicado de 23 de marzo de 2020. <<https://procompetencia.gob.do/procompetencia-monitorea-comportamiento-empresarial-durante-emergencia-por-el-coronavirus/>>.

⁸ De forma análoga, Portugal, Autoridade da Concorrência. Comunicado de 21 de mayo de 2020. <http://www.concorrenca.pt/vEN/News_Events/Comunicados/Pages/PressRelease_202007.aspx>.

⁹ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. «Llamado a gremios para que protejan los derechos del consumidor y la libre competencia»: <<https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-hace-llamado-gremios-para-que-protejan-los-derechos-del-consumidor-y-la-libre-competencia>>.

¹⁰ Ejemplo adecuado de ello es la Resolución n.º SCPM-DS-2020-017 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en Ecuador, que mediante el mencionado documento les informó a los ciudadanos que se encargaría de recopilar, centralizar y gestionar los pedidos de simplificación regulatoria procompetencia remitidos por los diversos operadores económicos, para facilitar la provisión de bienes y servicios durante la emergencia sanitaria: <<https://www.scpm.gob.ec/sitio/simplificacion-de-tramites-procompetencia/>>. Del mismo modo, la autoridad ecuatoriana planteó, a través de un comunicado, las condiciones que se aplicarían a contratantes y proveedores en la situación de emergencia: <<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/04/Comunicado-SCPM-SERCOP-13-04-20.pdf>>.

4. Flexibilidad vs. fortalecimiento de la política de competencia

Las diferencias de estrategia de las autoridades de competencia para contener los efectos de la covid-19 no se cifieron exclusivamente al planteamiento generalista o específico de los mercados involucrados. Así como se presentaron diferencias en dicha «parcela», la determinación de si las medidas de contención tenían que significar relajación o –por el contrario– fortalecimiento de las normas de libre competencia (o incluso si la vía idónea era una amalgama de aquellas) ha sido otro de los aspectos que ha llamado la atención en el marco concurrencial internacional.

Dado que la preocupación principal de las autoridades de competencia siempre ha sido en la mencionada crisis garantizar el acceso a los bienes y servicios básicos «en primera línea de batalla» –canasta familiar, suministros sanitarios, servicios públicos, vivienda y sus respectivas logísticas–, la duda se basó en si se debía confiar en la autorregulación del mercado, flexibilizando por tanto la aplicación de las normas *antitrust*, o si por el contrario se debía fortalecer la supervisión de los mercados estrechando el cerco en torno a las conductas y operadores que pusiesen en riesgo el acceso enunciado.

Defendieron la primera «doctrina» de flexibilización, principalmente, los sistemas de tradición del *common law*, con economías de capital especialmente liberalizadas, tales como los Estados Unidos, Australia, el Reino Unido o Sudáfrica, países que además de detener por un tiempo prudencial los procesos concurrenciales en marcha¹¹, limitaron la aplicación de las normas de libre competencia. En algunos casos, incluso, como ya se manifestó, a todos los mercados, estuviesen estos involucrados con las necesidades primarias de los ciudadanos para contener la pandemia, o no.

En el extremo opuesto han estado países como Rusia, España, El Salvador, Polonia, Francia y aquellos Estados de la Unión Europea en los cuales se han centrado en el análisis exhaustivo y remedio de los «precios excesivos» con capacidad para afectar el abastecimiento de bienes y servicios necesarios para combatir los efectos de la pandemia.

Muy a pesar de que las dos vías enunciadas parecen en principio contrapuestas, algunas autoridades de competencia incluso decidieron transitar entre dos aguas, trasladando a los «administrados» un mensaje de flexibilidad muy atado a uno de precaución y uso responsable de dicha libertad por parte de las empresas, so pena de asumir las consecuencias

¹¹ Medida implementada con asiduidad en los sistemas de protección de la libre competencia. Así, por ejemplo, en México: <<https://www.cofece.mx/covid19/>>; en España: <https://www.cnmc.es/plazos_administrativos>; en Italia: <<https://www.agcm.it/media/dettaglio-notizia?id=2b88e620-408b-4444-b8be-a45fa78f78b2&parent=News&parentUrl=/media/news>>; y en Uruguay: <<https://www.gub.uy/sistema-nacional-emergencias/comunicacion/noticias/informacion-interes-actualizada-sobre-coronavirus-covid-19-uruguay>>.

sancionatorias del sistema cuando las conductas de estas impidiesen que el abastecimiento básico estuviese garantizando, en las mejores condiciones posibles, en materia de calidad y de precios.

A través de los supuestos de hecho concretos y las condiciones particulares que han articulado las autoridades para evitar la colusión, puede ser más satisfactorio el entendimiento de la cuestión, tal y como se verá en los epígrafes posteriores del presente texto.

4.1. Medidas en materia de acuerdos

En atención a que la colusión es el prototipo de conducta prohibida en los regímenes de protección de la libre competencia internacionales, los principales debates concurrenciales en el contexto de crisis se han desarrollado en torno a ella, con el objetivo de que la ponderación de los beneficios y los inconvenientes de las conductas colaborativas entre competidores no menoscabase los principios fundamentales del *antitrust*, pero tampoco conllevase implementar un entorno de extrema rigidez que no permitiese satisfacer las necesidades de suministro de bienes y servicios de los consumidores.

4.1.1. Flexibilización

En el marco *antitrust* internacional, así como en un número importante de sistemas domésticos de protección de la libre competencia, ha estado siempre presente durante la crisis –y en los tiempos posteriores a la misma– la idea de lograr que las bondades de los enlaces entre competidores –que se antojan esenciales en tiempos de dificultad y excepcionalidad– no impidiesen el acceso a bienes y productos fundamentales, sino que, por el contrario, fuesen un mecanismo de garantía del suministro.

Así, por ejemplo, la Federal Trade Commission y el Departamento de Justicia estadounidenses emitieron una declaración conjunta el 24 de marzo, que coincide en su espíritu con las comunicaciones que fueron emitidas la misma semana por la Comisión Europea y la Red europea de autoridades de competencia, como respuesta a los retos del coronavirus.

En los mencionados documentos se hizo hincapié en la necesidad de flexibilizar la aplicación de la defensa de la competencia a los actos de comunicación, cooperación y coordinación entre competidores, pues a través de estos enlaces se podían garantizar tanto la producción como la distribución de bienes y servicios de primera necesidad.

Muchas cadenas productivas y de suministro se interrumpieron en virtud de las restricciones de movilidad que se impusieron a ambos lados del Atlántico, poniendo en riesgo el bienestar de los consumidores. En ese contexto, las autoridades de competencia de los Estados Unidos y la Unión Europea determinaron análogamente –aunque no con el mismo

alcance-, que en todo caso estaba justificado que las empresas compartiesen entre ellas conocimientos técnicos, planes de innovación y desarrollo, infraestructuras y procesos durante la coyuntura, siempre y cuando aquello no conllevara que también intercambiasen datos específicos sobre precios, costes de producción, salarios, márgenes o incluso que realizaran concertaciones relativas a precios, divisiones de mercados o ventas atadas¹².

En las comunicaciones que se emitieron en los dos sistemas *antitrust* enunciados se manifestó que la permisividad planteada no configura bajo ningún concepto una habilitación sin límites a la generación de enlaces entre competidores, pues las empresas tendrían que seguir actuando durante la coyuntura con la misma responsabilidad de cumplimiento habitual, evitando que sus conductas pudiesen ser confundidas con menoscabos al mercado. Tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea se dispuso con cierta claridad que las autoridades de competencia prestarían incluso especial atención a las conductas dirigidas de forma pormenorizada a maximizar las ganancias¹³, principalmente en los mercados de productos que resultasen esenciales para solventar la crisis o para proteger la salud y el bienestar de los consumidores¹⁴.

De forma análoga en el Reino Unido se emitieron normas de urgencia en las cuales «se invitaba» a los supermercados a garantizar el abastecimiento, a través de la coordinación de sus procedimientos y el uso compartido de recursos materiales, como depósitos, materiales industriales o vehículos, así como de sus recursos humanos y personales¹⁵. La mi and Markets Authority (en lo sucesivo, CMA) creó un modelo de satisfacción de las medidas de coordinación, en el cual manifestó que en todo caso, para ser considerados válidos, los enlaces entre competidores debían (a) ser necesarios y adecuados para garantizar el abastecimiento, (b) estar dirigidos a satisfacer las necesidades del interés público, (c) generar bienestar en los consumidores, (d) estar relacionados con las demandas y conflic-

¹² Las autoridades de competencia estadounidenses emitieron el 24 de marzo de 2020 un comunicado en el cual aceleraron los tiempos de aprobación de todos aquellos acuerdos entre empresas, dirigidos a garantizar los suministros básicos de productos esenciales mediante la implementación de procesos eficaces, en un tiempo no mayor a una semana. <<https://www.justice.gov/atr/joint-antitrust-statement-regarding-covid-19>>.

¹³ El Departamento de Justicia confirió autorizaciones a los operadores de la industria farmacéutica y de los mercados vinculados con las materias primas de los productos sanitarios. Así, el 4 de abril de 2020: <<https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-issues-business-review-letter-medical-supplies-distributors-supporting>>; y el 20 de abril del mismo año: <<https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-issues-business-review-letter-medical-supplies-distributors-supporting>>.

¹⁴ Al respecto, la carta de patrocinio emitida por la Dirección general de Competencia de la Comisión Europea, de 8 de abril de 2020 (COMP/OG-D[2020/044003]), relativo a la coordinación en la industria farmacéutica para incrementar la producción y mejorar el suministro urgente requerido por los hospitales para el tratamiento de los pacientes de covid-19. <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/medicines_for_europe_comfort_letter.pdf>.

¹⁵ Reino Unido, publicación del 19 de marzo de 2020. *Supermarkets to join forces to feed the nation*. <<https://www.gov.uk/government/news/supermarkets-to-join-forces-to-feed-the-nation>>.

tos provocados por la pandemia, y (e) tener un marco temporal limitado a las necesidades surgidas de la covid-19¹⁶.

Aquellas medidas implementadas en el Reino Unido¹⁷ son muy similares a las que puso en práctica la Australian Competition & Consumer Commission, quien a través de comunicados y autorizaciones promovió la coordinación de la industria sanitaria para que sus operadores pudiesen compartir información acerca de los suministros disponibles de material médico¹⁸, articular estrategias para fortalecer la producción de los materiales e implementos sanitarios relacionados con la contención de la pandemia, repartir entre ellos las diversas órdenes de producto o, incluso, compartir medios materiales y humanos para garantizar la oferta adecuada demandada por los particulares.

El paquete de medidas australiano incluso flexibilizó las condiciones de competencia, en lo que a colusión se refiere, en otros mercados¹⁹, como el bancario o el de suministros básicos²⁰ de la canasta familiar²¹. Así, dispuso que los bancos debían coordinarse y pactar vías colaborativas de apoyo a las pymes que sufriesen dificultades económicas en virtud de la pandemia. En los suministros básicos, del mismo modo, dispuso que además de com-

¹⁶ El modelo se desarrolló a través de los comunicados de la CMA de 19 y 25 de marzo de 2020. El primero, *Covid-19: CMA approach to essential business cooperation* <<https://www.gov.uk/government/news/covid-19-cma-approach-to-essential-business-cooperation>>; y el segundo, *CMA approach to business cooperation in response to COVID-19*. <<https://www.gov.uk/government/publications/cma-approach-to-business-cooperation-in-response-to-covid-19/cma-approach-to-business-cooperation-in-response-to-covid-19>>.

¹⁷ La flexibilización en el Reino Unido, en todo caso, no significó que la autoridad detuviese los procesos en marcha o no le diese prioridad a los asuntos que involucrasen empresas que estuviesen en grave riesgo económico como resultado del coronavirus. Así, por ejemplo, se refirió al caso Amazon/Deliveroo, emitiendo comentarios preliminares el 17 de abril y el 24 de junio de 2020: <<https://www.gov.uk/government/news/cma-revises-provisional-findings-in-amazon-deliveroo-case>>;

¹⁸ Véase el comunicado de 3 de abril de 2020: <<https://www.accc.gov.au/media-release/medicine-manufacturers-to-coordinate-on-covid-19-response>>; y de 7 de abril de 2020: <<https://www.accc.gov.au/media-release/private-and-public-hospitals-to-cooperate-on-covid-19-in-victoria-and-queensland>>.

¹⁹ Un ejemplo adicional de esa apertura de las medidas flexibles a otros mercados esenciales para la economía nacional lo configura el comunicado de la *Bundeskartellamt* alemana, que, expedido el 9 de junio de 2020, está dirigido a dar soporte a la Asociación alemana de la industria automotriz (VDA – por sus siglas en alemán–) en el desarrollo de un marco de condiciones para solventar la crisis generada por la covid-19. <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilung/2020/09_06_2020_VDA.html>.

²⁰ Australia, Australian Competition & Consumer Commission, comunicado de 3 de abril de 2020: <<https://www.accc.gov.au/media-release/shopping-centres-to-co-operate-to-support-retail-tenants>>.

²¹ También flexibilizó la política de competencia en el mercado de los hidrocarburos: <<https://www.accc.gov.au/media-release/oil-companies-allowed-to-co-operate-to-secure-fuel-supply-during-covid-19-pandemic>>; en el sector de la energía: <<https://www.accc.gov.au/media-release/co-operation-to-support-reliable-energy-sector-authorised>>; y en el mercado de los seguros, promoviendo los acuerdos de cooperación entre operadores.

partir recursos, los operadores debían coordinarse y cooperar para garantizar el acceso de la ciudadanía a los productos básicos, pero también ampliar el espectro de adquisición de dichos productos a través de la puesta en marcha o fortalecimiento de cadenas productivas.

La mencionada «apertura» y relajación de las normas *antitrust* también ha sido implementada en Sudáfrica, donde mediante una exención a la aplicación de las normas de competencia de aquel país –en concreto a las secciones cuatro y cinco relativas a las prácticas horizontales y verticales en materia de colusión– se otorgó a los operadores del mercado sanitario la posibilidad de coordinarse y compartir recursos materiales, logísticos y humanos²². Doctrina que se ha aplicado también en China, donde la State Administration for Market Regulation (SAMR) abrió un plazo especial de concesión de excepciones, de dos días, para favorecer el combate contra la pandemia, plazo en el cual se notificaron variados acuerdos de colaboración entre competidores y del cual se desprendió un paquete de garantías de abastecimiento de productos y servicios básicos involucrados con el bienestar de los consumidores en época de pandemia²³, tales como víveres, combustibles, energía o logísticas de servicios, entre otros.

Algo similar sucedió en otros países como Brasil, donde el Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)²⁴ tomó medidas de flexibilización similares; en los Países Bajos, donde se hizo lo propio mediante comunicados de la Authority for Consumers & Markets²⁵; en Finlandia, a través de la Competition and Consumer Authority²⁶, así como por parte del

²² Conducta análoga a la implementada en terceros Estados africanos como Namibia, Mauricio, Kenia, Malawi, Zambia, Tanzania, Seychelles y Nigeria. Una reseña al respecto en Naidu y Nxumalo (2020): <<https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/05/competition-authorities-respond-to-covid19>>.

²³ China, State Administration for Market Regulation, Comunicación del 3 de abril de 2020. Fuente original: <http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202004/t20200405_313859.html>. Hallada a través de la fuente consultada: <<https://globalcompetitionreview.com/article/1225217/samr-to-expedite-certain-merger-reviews-during-covid-19>>.

²⁴ Brasil, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Comunicado de 28 de mayo de 2020, *Cade avalia colaboração entre concorrentes devido à crise do novo coronavírus*: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-avalia-colaboracao-entre-concorrentes-devido-a-crise-do-novo-coronavirus>>. En consonancia con aquella comunicación, son también comunicados de la misma institución, relacionados con los acuerdos de colaboración en cuestión, de 23 de junio de 2020, *Cade institui Grupo de Trabalho para elaborar documento com orientações sobre colaboração entre concorrentes*: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-institui-grupo-de-trabalho-para-elaborar-documento-com-orientacoes-sobre-colaboracao-entre-concorrentes>>; y de 5 de junio de 2020, por el cual se autoriza la colaboración entre BRF, Coca-Cola, Mondelez, Nestlé y Pepsico debido a la crisis del coronavirus: <<http://en.cade.gov.br/cade-authorizes-collaboration-among-ambev-brf-coca-cola-mondelez-nestle-and-pepsico-due-to-the-new-coronavirus-crisis>>.

²⁵ Países Bajos, Authority for Consumers & Markets. Comunicado de 24 de junio de 2020. <<https://www.acm.nl/nl/publicaties/toezicht-acm-tijdens-coronacrisis>>.

²⁶ Finlandia, Competition and Consumer Authority. <<https://www.kkv.fi/en/current-issues/press-releases/2020/23.3.2020-exceptional-circumstances-caused-by-the-coronavirus-to-affect-the-application-of-the-competition-act/>>.

gobierno noruego, que aplicó una exención temporal en materia de acuerdos y prácticas concertadas que conlleva un marco de actuación de la autoridad de competencia, solo en casos de estricta necesidad²⁷.

Otros países –en este caso latinoamericanos– como Chile²⁸, República Dominicana, Colombia y Ecuador²⁹, se unieron a esta doctrina de flexibilización junto a la mayor parte de los Estados centro y suramericanos, que valoraron en tiempos de pandemia como imperativo permitir los acuerdos de colaboración entre competidores, en atención a que no hacerlo podía ser ineficiente en términos económicos, así como también contraproducente para los consumidores, quienes en virtud de una competencia activa –más apetecible en tiempos de normalidad que de excepcionalidad– podrían no ver satisfechas sus necesidades más básicas.

4.1.2. Fortalecimiento

La flexibilidad en lo alusivo a la coordinación y cooperación entre competidores ha sido claramente una vía asiduamente aplicada por las autoridades de competencia en tiempos de covid-19. No obstante, no ha sido la única, toda vez que, como se ha manifestado, algunas autoridades han entendido que lo que requiere una situación de esta naturaleza no es una flexibilización –o por lo menos no en exclusiva–, sino por el contrario una aplicación estricta y rigurosa de las normas de libre competencia –principalmente en los mercados de productos y servicios básicos–.

Así, un relevante exponente de la defensa de la competencia en Latinoamérica, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú (INDECOPI), reaccionó a la pandemia manifestándole a los ciudadanos que la excepcionalidad de la cuestión no removía, ni siquiera temporalmente, la aplicación de las normas de competencia³⁰. Las prohibiciones en materia de colusión en dicho sentido se mantuvieron inamovibles. La presencia de otros acuerdos debidamente dispuestos en la normativa *anti-trust* peruana, que no se encuentran en el núcleo duro de los cárteles, y que por lo tanto no se encuentran prohibidos *per se*, tales como pactos que no tengan como finalidad exclusiva

²⁷ Noruega. Norwegian Competition Authority. <<https://konkurransetilsynet.no/the-norwegian-competition-authoritys-work-during-the-coronavirus-pandemic/?lang=en>>. En sentido análogo, Islandia, Icelandic Competition Authority. <<https://konkurransetilsynet.no/the-norwegian-competition-authoritys-work-during-the-coronavirus-pandemic/?lang=en>>.

²⁸ Chile, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. <https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/04/Auto-Acordado-21-2020.pdf>.

²⁹ Ecuador, Superintendencia de Control del Poder de Mercado. <<https://www.scpm.gob.ec/sitio/micrositio-scpm/>>.

³⁰ Perú. Indecopi. <<https://www.consumidor.gob.pe/web/guest/-/el-indecopi-precisa-que-los-acuerdos-de-colaboracion-para-asegurar-el-abastecimiento-de-productos-y-enfrentar-la-emergencia-del-covid-19-son-licitos-d>>.

la fijación de precios, los repartos de mercados, las concertaciones licitatorias o las limitaciones de la oferta, permiten a los operadores desarrollar sus actividades a través de dinámicas colaborativas en las cuales se encuentren involucrados competidores directos, también en tiempos de excepcionalidad, sin que aquello conlleve una flexibilización del sistema.

En Perú se ha entendido que la correcta interpretación de los instrumentos que las normas *antitrust* ponen en disposición de los ciudadanos es más que suficiente para amoldarse en términos empresariales a los efectos de la pandemia. Otras agencias, como la mexicana Comisión Federal de Competencia Económica³¹ o la chilena Fiscalía Nacional Económica³², han realizado comunicados similares al peruano, en los que, de forma resumida, no flexibilizaron –o se limitaron a flexibilizar la defensa de la libre competencia–, sino que por el contrario informaron que en tiempos de pandemia el control seguiría siendo exhaustivo, pues las responsabilidades vinculadas con el funcionamiento de los mercados eran incluso mayores que en épocas de habitualidad, al involucrar criterios estrechamente vinculados con el bienestar de los ciudadanos y el orden público.

La mencionada forma de proceder coincide en su espíritu con las acciones que ha emprendido la Competition Commission de la India³³, la Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation en Rusia³⁴, la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato en Italia³⁵, la autoridad griega³⁶ de la competencia o incluso la Polish Office of Competition and Consumer Protection, que han estrechado el cerco en torno a probables colusiones entre los operadores involucrados con productos sanitarios (mascarillas, guantes, geles), y han iniciado investigaciones profundas sobre ellos, así como sobre conductas aparentemente concertadas de falseamiento de la oferta de los suministros de protección sanitarios necesarios en hospitales y centros de salud³⁷.

³¹ México, Cofece. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/03/COFECE-012-2020_COFECE-COVID-19.pdf>. De igual relevancia, la respuesta a las preguntas relacionadas con el comunicado COFECE-012-2020. <<https://www.cofece.mx/respuesta-a-preguntas-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/>>.

³² Chile, Fiscalía Nacional Económica. <<https://www.fne.gob.cl/declaracion-publica/>>. Del mismo modo, resultan valiosas las advertencias que la misma institución realizó acerca de que el estado de catástrofe por covid-19 podría ser utilizado para cartelizarse o realizar otros actos anticompetitivos: <<https://www.elmostrador.cl/mercados/2020/04/03/fne-advierte-que-estado-de-catastrofe-por-covid-19-podria-ser-utilizado-para-cartelizarse-o-realizar-otros-actos-anticompetitivo/>>.

³³ India. Competition Commission of India. Comunicado del 19 de abril de 2020. <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/whats_newdocument/Advisory.pdf>.

³⁴ <<https://globalcompetitionreview.com/article/1216448/coronavirus-round-up-cooperate-to-«feed-the-nation»-uk-government-tells-retailers>>.

³⁵ <<https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/2/PS11705>>.

³⁶ Grecia, Hellenic Competition Commission, comunicado del 22 de abril de 2020: <<https://www.epant.gr/en/enimerosi/press-releases/item/891-press-release-dawn-raids-in-the-food-sector.html>>.

³⁷ En Chile, la Fiscalía Nacional Económica continuó ejerciendo activamente sus potestades de protección de los mercados, en el contexto de crisis. Así, presentó un requerimiento por colusión contra tres

Sistemas como el italiano³⁸ incluso han extendido ese mensaje de rigurosidad a otras facetas³⁹. En dicho país, en el cual se comprende normativamente una regulación en materia de «precios excesivos», se iniciaron investigaciones profundas contra operadores como Amazon o eBay por incrementos muy importantes en los precios de geles y alcoholes⁴⁰, investigaciones dirigidas principalmente a identificar si se presentaron colusiones y conductas exclusorias concertadas o simplemente conductas unilaterales de la misma índole, circunstancia que se ha replicado en los Países Bajos por parte de la Authority for Consumers & Markets⁴¹ y en Sudáfrica, por la Competition Commission⁴².

empresas de helicópteros para el combate y extinción de incendios forestales y contra dos ejecutivos que facilitaron la coordinación anticompetitiva y la ejecución de los acuerdos: <<https://www.fne.gob.cl/fne-acusa-por-colusion-a-tres-empresas-de-helicopteros-para-el-combate-y-extincion-de-incendios-forestales-y-a-dos-ejecutivos-que-ejecutaron-los-acuerdos/>>. Del mismo modo, aprobó una compra de estación de servicio por parte de Copec tras tener por acreditada la excepción de empresa en crisis: <<https://www.fne.gob.cl/fne-aprueba-compra-de-estacion-de-servicio-por-parte-de-copec-tras-tener-por-acreditada-la-excepcion-de-empresa-en-tesis/>>; presentó una consulta al TDLC para que se revisen las bases de licitación del terminal intermodal de Pedro Aguirre Cerda, pidiendo suspender la licitación: <<https://www.fne.gob.cl/fne-presento-consulta-al-tdlc-para-que-se-revisen-las-bases-de-licitacion-del-terminal-intermodal-de-pedro-aguirre-cerda-y-pidio-suspender-licitacion/>>; y ha trasladado al TDLC propuestas de acuerdos extrajudiciales en los mercados de la leche fresca: <<https://www.fne.gob.cl/tdlc-aprueba-acuerdo-extrajudicial-de-la-fne-con-soprole-y-prolesur-para-cautelar-la-libre-competencia-en-el-mercado-de-adquisicion-de-leche-fresca/>> y los medios de pago: <<https://www.df.cl/noticias/mercados/banca-fintech/tdlc-no-aprueba-acuerdo-extrajudicial-entre-la-fne-y-transbank/2020-04-29/170334.html>>.

³⁸ Italia. L'autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Comunicado acerca de las implicaciones de la tutela de la concurrencia a raíz de la covid-19. <<https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/Testo%20Comunicazione%20cooperazione%20e%20COVID-19.pdf>>.

³⁹ Circunstancia que también se presentó en Colombia, mediante la resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio número 19922 de 2020, de 4 de mayo, «por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos» por presuntos precios excesivos de bienes básicos de protección contra la pandemia: <<https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Normativa/Resoluciones/RESOLUCIÓN%20PÚBLICA%2019922%20DE%202020.pdf>>.

⁴⁰ Italia. L'autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Comunicado de 7 de mayo de 2020: <<https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/5/DS2620>>. También sucedió en el Reino Unido, donde la CMA notificó el 19 de junio de 2020 que estaba realizando una investigación exhaustiva por posibles precios excesivos y «desleales» de los geles hidroalcohólicos. <<https://www.gov.uk/cma-cases/hand-sanitiser-products-suspected-excessive-and-unfair-pricing>>.

⁴¹ Comunicado de 24 de junio de 2020: <<https://www.acm.nl/nl/publicaties/toezicht-acm-tijdens-corona-crisis>>. En él, la autoridad manifestó en la fase inicial del confinamiento provocado por la pandemia que una de sus prioridades era controlar y disciplinar todos y cada uno de los comportamientos empresariales que configurasen precios excesivos o inequitativos, toda vez que la política de competencia de aquel país comprende multas de gran rigurosidad para tal conducta, que pueden ir desde el 10 % hasta el 25 % de los valores cultivados por la empresa infractora (o las empresas infractoras) en materia de ventas.

⁴² Comunicado de 20 de marzo de 2020: <<http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020/03/CCSA-COVID-19-statement-20-March-updated.pdf>>.

Si bien en la primera etapa del confinamiento demandado por la pandemia es cierto que múltiples autoridades de competencia decidieron aligerar las cargas del *antitrust* frente a las empresas⁴³, muchas de ellas acompañaron aquello en las semanas subsiguientes –y algunas de ellas desde el inicio– con el refuerzo de sus políticas delatorias y sus canales de denuncia. Ejemplo de ello es la Superintendencia de control del poder de mercado en Ecuador (SCPM), que aprovechó la crisis para concentrarse en aquella necesidad, fortaleciendo la confidencialidad y la seguridad jurídica del acogimiento al programa delatorio.

Por otro lado, la Comisión Europea, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en España (CNMC)⁴⁴, la CMA del Reino Unido⁴⁵, la Procompetencia en República Dominicana, la gran mayoría de Estados miembros de la Unión Europea⁴⁶, la Superintendencia de Competencia de El Salvador⁴⁷ e incluso la ya enunciada SCPM en Ecuador abrieron buzones de denuncia que pusieron a disposición de los ciudadanos –y publicitaron de forma asidua entre ellos–, que han mostrado alta eficacia y que han suscitado un incremento importante de las investigaciones en curso de los mencionados organismos.

De todos ellos, tal vez la más alta eficacia de los canales de denuncia se ha alcanzado en España, donde la CNMC abrió investigaciones, fruto de quejas ciudadanas, a operadores funerarios presuntamente coludidos, a empresas del sector financiero de carácter bancario y asegurador y a empresas de materias primas necesarias para la producción de geles hidroalcohólicos y otros productos sanitarios.

Como se observa, las vías de respuesta a los efectos de la pandemia que ha azotado a todos y cada uno de los países del globo han sido variopintas y heterogéneas. En algunos países, con el objetivo de garantizar el éxito de las medidas, las autoridades de competencia se han puesto a total disposición de los operadores económicos para subsanar con celeridad las dudas que puedan surgir en el seno de las compañías acerca del alcance o repercusión de una colaboración con sus competidores. Para ello se han dispuesto incluso

⁴³ Ejemplos adicionales de ellos. En Francia, la Autorité de la Concurrence. <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/adaptation-time-limits-and-procedures-autorite-de-la-concurrence-times-health>>.

⁴⁴ España, CNMC. <<https://www.cnmc.es/balance-buzon-covid-7-abril-20200407>>.

⁴⁵ Reino Unido, CMA. <<https://www.coronavirus-business-complaint.service.gov.uk>>.

⁴⁶ La CMA británica ha creado un grupo de trabajo para responder a los retos de la covid-19. Grupo que publica de forma periódica en un micrositio de la autoridad los avances en materia concurrencial y las investigaciones y procesos en curso, vinculados con prácticas desleales en materia de reembolsos y cancelaciones, subidas injustificadas en los precios de bienes y servicios esenciales, o análisis y desarrollo de las denuncias recibidas por la CMA en el buzón de quejas, que ha puesto a disposición de todos los operadores. Así, en su versión de 3 de julio de 2020: <<https://www.gov.uk/government/publications/cma-coronavirus-taskforce-update-3-july-2020/update-on-the-work-of-the-cmas-taskforce>>.

⁴⁷ El Salvador, Superintendencia de Competencia. <<https://www.sc.gob.sv/index.php/centro-de-denuncias-covid19/>>.

términos y plazos estrictos de respuesta a las solicitudes, cuando estas estén relacionadas con la salud y la seguridad pública.

Es claro que la flexibilización no necesariamente debe pugnar con el fortalecimiento en la atención a posibles conductas anticompetitivas. De hecho, varios países y sistemas han optado por un sistema mixto en el cual la regla de la razón ha vuelto a hacerse preponderante en el debate concurrencial. En Colombia, por ejemplo, la Superintendencia de Industria y Comercio ha comprendido aquella premisa y se ha escorado por la determinación de los requisitos que en tiempos de excepcionalidad debe tener una conducta concertada para ser efectivamente anticompetitiva: que no genere eficiencias y que tenga objetivos meramente exclusorios, lo que comprueba que se inclina por flexibilizar sin perder de vista, con rigurosidad, las necesidades de supervisión⁴⁸. Razonamiento compartido por las autoridades estadounidenses⁴⁹, canadienses⁵⁰ y de la Unión Europea⁵¹, que del mismo modo han aplicado una estrategia primordialmente dual, de flexibilidad conductual y atención pormenorizada y rigurosa de las autoridades a aquellos comportamientos que configuren riesgos al buen funcionamiento de los mercados.

5. Conclusiones

1. Del catálogo de medidas implementadas, algunas llaman la atención en virtud del razonamiento que las sustenta, el formato a través del cual se han implementado o la delimitación vaga o suficientemente definida de la excepción. Si bien la palabra clave en el 100

⁴⁸ Resultado de esa lógica es, por ejemplo, la Resolución 25183 de 2020 de la Superintendencia de Industria y Comercio, de 1 de junio de 2020, por la cual se ordenó la apertura de una investigación y se formuló pliego de cargos contra una empresa comercializadora de productos de relevancia sanitaria, por haber fijado, presuntamente, un precio inequitativo del gel antibacterial: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Noticias/2019/Resolucio%20de%20Apertura%20FARMALATAM%20COLOMBIA%20S_A_S_%20VP%20Firmada.pdf>.

⁴⁹ En los Estados Unidos la Federal Trade Commission y el Departamento de Justicia expidieron un nuevo comunicado conjunto el 13 de abril de 2020, en el cual informaron de que se encontraban haciendo un monitoreo exhaustivo de las posibles colusiones entre empleadores, en materia laboral, toda vez que configuraban una desventaja inherente para los trabajadores. <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-and-federal-trade-commission-jointly-issue-statement-covid-19-and>>. Circunstancia que demuestra que el fortalecimiento en la aplicación de las normas *antitrust*, muy a pesar de la flexibilización de las medidas que se entrevió en el primer comunicado conjunto de las mencionadas autoridades estadounidenses, también fue aplicado durante la etapa más crítica de la pandemia en el país norteamericano.

⁵⁰ Canadá, Competition Bureau. <<https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2020/04/competition-bureau-statement-on-competitor-collaborations-during-the-covid-19-pandemic.html>>.

⁵¹ Unión Europea, Comisión Europea. <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework_communication_antitrust_issues_related_to_cooperation_between_competitors_in_covid-19.pdf>.

% de los casos ha sido «cooperación», ya que lo que vienen a regular es el tratamiento que en cada sistema se le da a aquella, la explicación que se ha trasladado al ciudadano acerca del alcance de la misma no es siempre análoga. Circunstancia que llama la atención, pues con iniciativas ya en marcha, como la de la International Competition Network, con intranets en funcionamiento de intercambio de información tan cooperativas y evolucionadas, con la realización de foros internacionales recurrentes y con la similitud de las bases que comparten los sistemas de defensa de la competencia, las diferencias de enfoque no deberían ser, en algunos casos, tan profundas.

2. La reflexión que en todo caso emerge de las excepciones y flexibilizaciones aplicadas en algunos regímenes de libre competencia globales es que, tal y como sucede con otras políticas sociales y económicas, vale la pena velar, desde ya, porque la excepcionalidad no se convierta en habitualidad; a menos que la buena práctica concurrencial a potenciar sea la de fortalecer el régimen y generar un sistema altamente disuasivo que en sí mismo prevenga, por su existencia y funcionamiento, a los operadores potencialmente infractores de aplicar estrategias anticompetitivas.

3. Los últimos 30 años la política de competencia se ha fortalecido a pasos agigantados, superando importantes obstáculos –principalmente relacionados con la injerencia y la captura de la autoridad por parte de gobiernos y poderes económicos–, razón que sustenta aún más, si cabe, que se deba prestar especial atención al alcance de las excepciones y que se le deba realizar un seguimiento exhaustivo, pues solo de aquel modo se garantizará que no se conviertan en accesos directos a la inmoderación.

Referencias bibliográficas

- Buccirossi, Paolo, Ciari, Lorenzo, Duso, Tomaso, Spagnolo, Giancarlo y Vitale, Cristiana. (2009). Deterrence in Competition Law. *Discussion Paper*, 285, presentado en la Governance and the Efficiency of Economic Systems. <http://www.sfbtr15.de/dipa/285.pdf>.
- Jones, Alison y Sufrin, Brenda. (2019). *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*. Oxford University Press.
- Lande, Robert H. (2004). Five Myths about antitrust damages. *University of San Francisco Law Review*, 40.
- Naidu, Lerisha y Nxumalo, Sphesihle. (2020). *African Competition Authorities Respond to the COVID-19 Crisis*.
- Ortiz Laverde, Sandra y Soto Pineda, Jesús Alfonso. (2017). Análisis del poder disuasorio de la protección de la libre com-



petencia en Colombia: norma jurídica y autoridad pública. *Dikaion*, 26, 2.

Soto Pineda, Jesús Alfonso. (2014). La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio. *Vniversitas*, 128.

Stefano, Gianni de (5 de mayo de 2020). Ecompetition Law: Bring the Informal Guidance On. *Journal of European Competition Law & Practice*.

Retracto de crédito litigioso: legitimación activa

Adelaida Medrano Aranguren

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

Extracto

El retractor de crédito litigioso resulta ser una figura con una actualidad en alza, desde que los llamados fondos de inversión («fondos buitres») han irrumpido en el mercado como adquirentes de carteras de crédito de forma masiva. En el presente caso se trata de delimitar quién o quiénes tienen legitimación activa para ejercitar la acción de retractor prevista en el artículo 1.535 del CC; en concreto se analiza si existe dicha legitimación activa en los llamados hipotecantes no deudores y avalistas solidarios de la deuda contraída por una mercantil que era la prestataria del crédito hipotecario. La respuesta a ello ha de ser necesariamente negativa, pues el derecho que otorga el artículo 1.535 del CC es un derecho puramente personal del deudor, no siendo el hipotecante no deudor ni el fiador parte de la obligación principal garantizada que existe entre el acreedor y el deudor por virtud del contrato de préstamo.

Palabras clave: Crédito litigioso. Retracto. Legitimación activa.

Fecha de entrada: 15-10-2020 / Fecha de aceptación: 29-10-2020

Enunciado

Juan y Juana son demandados ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Sevilla donde se sigue un procedimiento de ejecución hipotecaria entablado por la entidad bancaria Unicaja Banco, SA contra los dos, entre otros demandados. En el seno de dicho procedimiento, y recibida la demanda de ejecución hipotecaria, Juan y Juana formularon oposición a la demanda ejecutiva, aduciendo los motivos y cuestiones que a su derecho interesaron, siendo dicha oposición resuelta por auto del citado Juzgado de Primera Instancia número 12 de Sevilla, en sentido desestimatorio de los intereses de los dos.

En fecha 18 de diciembre de 2018 Unicaja Banco, SA cedió el crédito a la entidad Alfa Soluciones mediante contrato elevado a público ante notario. Juan y Juana, recibieron misiva remitida por Unicaja Banco, por la que se les comunicaba la cesión y venta de su crédito a la entidad Alfa Soluciones.

En fecha 11 de febrero de 2019 Juan y Juana remitieron sendos burofaxes a la entidad cedente, Unicaja Banco, y a la cesionaria, Alfa Soluciones, en los que indicaban que por parte de las entidades cedente y cesionaria se había incumplido con la obligación de comunicación previa al deudor de la cesión del crédito para el ejercicio de su derecho de retracto e, igualmente, se comunicaba el interés de los dos de ejercitar su derecho de retracto de crédito litigioso, para lo cual, se les requería a fin de que se les informase del precio pagado por Alfa Soluciones a Unicaja por la cesión de su crédito, así como que se les entregasen los documentos fehacientes acreditativos de la cesión y pago efectuado al efecto.

En fecha 5 de marzo de 2019 Juan y Juana recibieron burofax remitido por Alfa Soluciones en el que rechazaba la posibilidad de que los dos ejercitasen el derecho de retracto,

sin que se haya informado a Juan y Juana del precio pactado para la cesión del crédito, lo que ha llevado a ambos a interponer una demanda en el ejercicio de la acción prevista en el artículo 1.535 del CC.

Alfa Soluciones se opone a las pretensiones deducidas de contrario y plantea, en primer lugar, la excepción de falta de legitimación activa de los demandantes por cuanto los mismos son hipotecantes no deudores y avalistas solidarios de la deuda contraída por la mercantil PEPCO, SL, prestataria del crédito otorgado en el año 2006 por importe de 1.227.360 euros, novada en tres ocasiones, siendo Juan además el administrador solidario de la entidad prestataria y Juana, también demandante, esposa del anterior en régimen de gananciales.

Entiende la parte que los demandantes carecen de la condición de deudores del préstamo objeto de la litis, siendo el derecho recogido en el artículo 1.535 del CC un derecho puramente personal del deudor, no siendo el hipotecante no deudor ni el fiador parte de la obligación principal garantizada que existe entre el acreedor y el deudor por virtud del contrato de préstamo o crédito. En este sentido y conforme al artículo 1.835 del CC: «El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor».

Esta es la cuestión a dilucidar en este caso: ¿tienen Juan y Juana, en cuanto hipotecantes no deudores y avalistas solidarios de la deuda ejecutada en el Juzgado de Sevilla, legitimación activa para ejercitar la acción prevista en el artículo 1.535 del CC?

Cuestiones planteadas:

- La legitimación activa de quienes no son deudores principales del préstamo cedido para ejercitar la acción de retracto de crédito litigioso del artículo 1.535 del CC.
- Planteamiento jurídico y argumentos en la jurisprudencia.

Solución

En cuanto a la legitimación activa, el artículo 1.535 del CC solo hace referencia al deudor como sujeto titular del derecho de retracto de crédito litigioso. Por eso, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar al deudor como el único legitimado activamente para ejercitar el retracto. Por todas, puede citarse la STS de 28 de febrero de 1991, que niega la condición de deudor a quien no era parte en la relación obligatoria de la cual surgió el crédito. Cabe plantearse si sujetos distintos al deudor, como el hipotecante no deudor, el tercer

poseedor y el fiador, ostentan también tal derecho. Aunque la cuestión no es del todo pacífica, son varios los argumentos que pueden esgrimirse para negar su legitimación activa.

El primero de ellos es que la literalidad del precepto es clara, y su interpretación restrictiva impide su extensión a otros sujetos no contemplados expresamente en él, pudiendo sostenerse que la condición de deudor es presupuesto indispensable para el ejercicio de la acción de retracto. En este sentido, la SAP de Barcelona de 15 de marzo de 2006 niega la legitimación activa al tercer poseedor del bien hipotecado y al fiador por la imposibilidad de hacer una interpretación expansiva de un derecho de retracto que califica de «extraordinario».

La segunda razón para excluir su legitimación activa es que ni el hipotecante no deudor, ni el tercer poseedor, ni el fiador son parte en la obligación principal garantizada que existe entre el acreedor y el deudor por virtud del contrato de préstamo o crédito. Consecuentemente, no son deudores del acreedor en sentido estricto.

En cuanto al hipotecante no deudor, la jurisprudencia lo define como el propietario de un inmueble que lo hipoteca para garantizar el pago de la deuda asumida por un tercero. Y todo ello con base en lo dispuesto en el artículo 1.857 del CC, que permite a terceros ajenos a la obligación principal asegurar esta pignorando o hipotecando sus propios bienes.

Esta misma doctrina jurisprudencial establece que el hipotecante no deudor «no debe al acreedor hipotecario la prestación asegurada, ni siquiera como fiador, con independencia de que responda con el bien hipotecado por lo que constituye una deuda ajena y de que el valor del mismo pueda ser realizado a instancia del acreedor hipotecario para satisfacer su derecho, mediante el ejercicio de la acción correspondiente». De hecho, se afirma que «la figura tiene en común con la fianza y con la pignoración hecha a favor de tercero, que se trata de garantías prestadas para asegurar el pago de deudas ajenas».

Por lo que atañe al tercer poseedor de finca hipotecada, la doctrina señala que es el propietario de una finca gravada con hipoteca (o embargo) que no es deudor de la obligación asegurada, ni tampoco hipotecante en garantía de deuda ajena, sino que, simplemente, adquiere la finca gravada con una hipoteca (o embargo) anterior, pero sin subrogarse en la deuda, de tal manera que, aunque el acreedor puede instar la enajenación del inmueble gravado para cobrar su crédito, no por ello el tercer poseedor se convierte en parte del contrato de crédito ni en parte del contrato de hipoteca.

En este sentido se pronuncia la referida SAP de Barcelona de 15 de marzo de 2006, que rechaza la legitimación activa del tercer poseedor para ejercitar la acción de retracto del artículo 1.535 del CC y la aplicación analógica del artículo 1.853 del CC, al considerar que esta acción compete en exclusiva al deudor y es intransmisible.

En el caso del fiador, la doctrina moderna reconoce que en torno a la fianza pueden reconocerse dos relaciones jurídicas diversas: la relación jurídica entre acreedor y deu-

dor (obligación principal garantizada) y la relación jurídica de fianza entre fiador y acreedor (obligación fideiusoria), creada con función de garantía de la obligación principal, pero que es obligación diferente de aquella. En consecuencia, el fiador no es parte en la obligación principal garantizada ni ostenta, por tanto, derecho de retracto.

Existen, además, otras razones adicionales para negar su legitimación activa:

1. Según la jurisprudencia, los efectos del pago al acreedor son distintos dependiendo de si lo efectúa el deudor o el fiador (incluso aunque sea fiador solidario). Solo con el pago por el deudor (sea o no solidario) se produce la extinción de la obligación principal (deuda). Eso demuestra que el único legitimado para ejercer el retracto es el deudor, y no el fiador, porque el pago de este último nunca conlleva el efecto extintivo de la obligación principal que el artículo 1.535 del CC anuda al ejercicio del retracto del crédito litigioso. Es ilustrativa a este respecto la SAP de Castellón de 29 de noviembre de 2000.
2. No tiene sentido que el fiador pueda ejercitar el derecho de retracto en relación con créditos hipotecarios que sean objeto de reclamación en procesos de ejecución hipotecaria, en la medida en que, tras la última reforma del artículo 685.1 de la LEC, se entiende que no se puede dirigir contra él la demanda de ejecución hipotecaria (sin perjuicio de que le sea notificada para que conozca su existencia) y que solo se le puede reclamar, en su caso, el remanente de deuda no cubierto con la realización del inmueble hipotecado. Es más, cabría plantearse si no habría enriquecimiento injusto (del deudor) si el fiador pudiese ejercitar el retracto respecto de un crédito que ni siquiera se le reclama aún (ya que la ejecución hipotecaria se seguiría contra el deudor).

En estos mismos términos se manifiesta la reciente SAP de Alicante (Elche) (Sección 9.ª) n.º 478/19, de 27 de septiembre, al declarar:

En cuanto a la legitimación activa, el artículo 1.535 del CC solo hace referencia al deudor como sujeto titular del derecho de retracto de crédito litigioso. La literalidad del precepto es clara, y su interpretación restrictiva impide su extensión a otros sujetos no contemplados expresamente en él, pudiendo sostenerse que la condición de deudor es presupuesto indispensable para el ejercicio de la acción de retracto. Por eso, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar al deudor como el único legitimado activamente para ejercitar el retracto. Pudiendo citarse, entre las ya mencionadas por el tribunal de instancia, la STS de 28 de febrero de 1991, que niega la condición de deudor a quien no era parte en la relación obligatoria de la cual surgió el crédito. Y también la SAP de Barcelona de 15 de marzo de 2006 que niega la legitimación activa al tercer poseedor del bien hipotecado y al fiador por la imposibilidad de hacer una interpretación expansiva de un derecho de retracto que califica de «extraordinario». Parte de las resoluciones ya menciona-

das por el tribunal *a quo*, podemos añadir la SAP de A Coruña de 26 de noviembre de 2018: «...sobre los requisitos condicionantes del derecho de subrogación del artículo 1.535 del CC, decíamos en nuestra precitada sentencia, los siguientes: A) Que nos hallemos ante una cesión onerosa de un crédito... B) Que el crédito cedido sea litigioso, es decir que se encuentre *sub iudice*... C) Que la acción de retracto sea ejercitada precisamente por quien ostente la condición de deudor del crédito cedido, lo que conforma presupuesto de legitimación activa para el ejercicio de tal pretensión. D) Que la acción de retracto se ejercite en el plazo de caducidad de nueve días contados desde que el cesionario le reclame el pago. E) Que se consigne a favor del cesionario el importe del precio de la cesión, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho». En el mismo sentido el AAP de Madrid de 29 de diciembre de 2007: «3. También cabe recordar que el tercer poseedor de los bienes hipotecados no ostenta la condición de deudor cedido en la relación obligatoria subyacente, salvo que haya asumido, a su vez, la obligación garantizada con la hipoteca, que no es el caso». Efectivamente ni el hipotecante no deudor, ni el tercer poseedor, ni el fiador, son parte en la obligación principal garantizada que existe entre el acreedor y el deudor por virtud del contrato de préstamo o crédito. Consecuentemente, no son deudores del acreedor en sentido estricto.

Establece el artículo 538.2.3.^a de la ley procesal que solo podrá despacharse ejecución contra: «Quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución se concretará, respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos».

Y el artículo 686 que: «En el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro...». No es lo mismo ostentar la condición de parte procesal que la de deudor. La LEC 2000 derogó el antiguo artículo 134 de la LH y su tratamiento procesal lo encontramos ahora en el artículo 662 de la LEC.

Este tercer poseedor, acreditando la inscripción de su título, podrá comparecer en el proceso. A diferencia de lo que establecía el artículo 134 de la LH que señalaba que podría pedir que se le exhibieran los autos en la secretaría, y el juez lo acordaría sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose con él las diligencias ulteriores, como subrogado en el lugar del deudor, la LEC solamente señala ahora que se entenderán con él las diligencias ulteriores al momento en que comparezca en el juzgado.

En definitiva, el tercer poseedor de finca hipotecada, que es el propietario de una finca gravada con hipoteca (o embargo) no es deudor de la obligación asegurada, ni tampoco hipotecante en garantía de deuda ajena, sino que, simplemente, adquiere la finca gravada con una hipoteca (o embargo) anterior, pero sin subro-

garse en la deuda, de tal manera que, aunque el acreedor puede instar la enajenación del inmueble gravado para cobrar su crédito, no por ello el tercer poseedor se convierte en parte del contrato de crédito ni en parte del contrato de hipoteca.

A mayor abundamiento la protección que dispensa el precepto viene referida al vendedor, no al deudor, y trata de evitar que se vea compelido a una venta a la baja ante las dificultades de cobro».

De igual modo se pronuncia la ya mencionada SAP de Barcelona (Sección 16.^a) n.º 116/2006, de 15 de marzo, al señalar:

TERCERO. Sostiene la recurrente, invocando los artículos 38 y 42 de la LH y el 175 de su reglamento, que como adquirente posterior de las fincas trabadas está interesada en el pago del crédito que garantizan las anotaciones de embargo, ya que en caso contrario se cancelará su título. Y efectivamente así es, pero ello no le confiere la condición de deudora. Y es que el hecho de que las mitades indivisas de las fincas respondan del crédito en virtud del cual se trabaron los correspondientes embargos no significa que responda de la deuda personalmente con todo su patrimonio la Sra. Emilia. No actúa como heredera de su difunto marido (condición que ni siquiera aduce ostentar), buena prueba de lo cual es que en la pieza de ejecución provisional de la sentencia recaída en los autos de constante referencia compareció en fecha 23 de octubre de 2003, precisamente, como titular de derechos posteriores al embargo según lo previsto en el artículo 658 de la LEC (folios 94 y 95). No nos encontramos en los supuestos que regulan los artículos 659 y 662 de la LEC que, junto con el artículo 1.210-3 del CC, también se invocan en el escrito de interposición del recurso. Nadie discute a la recurrente, como titular de derechos posteriores a los embargos o tercera poseedora, la posibilidad de liberar los bienes embargados pagando el importe del crédito, intereses y costas dentro del límite de responsabilidad a que estén sujetos. Pero parece claro que no puede pretender obtener dicha liberación por un importe notoriamente inferior al propio crédito por la vía de ejercitar un derecho de retracto que no le concede la ley. Carece de base por último la aplicación analógica del artículo 1.853 del CC que postula la apelante, pues evidentemente entre los supuestos no existe la precisa identidad de razón (art. 4-1 CC). Baste apuntar al respecto que el invocado precepto otorga al fiador la posibilidad de oponer frente al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, supuesto bien distinto de la pretendida «transmisibilidad» de una acción de retracto que solo al propio deudor incumbe».

También las SSAP de Madrid (Sección 11.^a) de 28 de noviembre de 2018 y de 22 de marzo de 2019 niegan al fiador el derecho de retracto por carecer de la condición de deudor.

Por todo lo señalado, cabe concluir que solo el deudor tiene legitimación activa para el ejercicio de esta acción de retracto, debiendo denegarse a los demandantes la condición de deudores a los efectos de la acción de retracto de crédito litigioso.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil arts. 1.535 y 1.857.
- SAP de Barcelona de 15 de marzo de 2006, SAP de Castellón de 29 de noviembre de 2007, SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2018 y SAP de Alicante de 27 de septiembre de 2019.

Seguro de vida de fallecido con cobertura de préstamo hipotecario para los progenitores: acción directa; cancelación por falta de pago de las primas

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

El ejercicio de la acción directa por herederos del asegurado cuando fallece, que suscribe un seguro de vida garantizando un préstamo hipotecario a favor de sus padres demandantes, no es posible en el seguro de personas como es el seguro de vida, solo en los seguros de daños; la falta de pago de la prima con anterioridad al siniestro a que se refiere el artículo 15.1 de la LCS solo puede producir el efecto de liberar de su obligación al asegurador en el caso de que la falta de pago sea imputable al tomador. En los seguros de supervivencia y en los seguros temporales para caso de muerte no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 95 de la LCS, excepción contemplada en su párrafo primero, ya que, una vez transcurrido el plazo previsto en la póliza, que no podrá ser superior a dos años desde la vigencia del contrato, no se aplicará el párrafo 2.º del artículo 15 sobre falta de pago de la prima.

Palabras clave: contrato de seguro; seguro de vida; préstamo hipotecario.

Fecha de entrada: 12-10-2020 / Fecha de aceptación: 28-10-2020

Enunciado

Los padres de su hijo fallecido, que había contratado un seguro de vida y que vinculó al préstamo hipotecario que tenían suscritos los demandantes, solicitan el abono de 80.000 euros e intereses frente a la entidad aseguradora y amortizar el capital pendiente de un préstamo hipotecario. La entidad aseguradora a la que se designó como primera beneficiaria se niega a entregar el dinero porque la cobertura del seguro estaba suspendida por el impago de las primas, ya que, aunque estuvo vigente, con algunos impagos en meses esporádicos, había dejado de pagarse la última anualidad, que satisfacía mensualmente, durante cinco meses consecutivos. La entidad aseguradora remitió al asegurado una carta comunicándole que había finalizado el periodo de suspensión de garantías por el impago de las primas en el que se encontraba dicho seguro y que, por este motivo, se ha procedido a su «cancelación». Entendiendo los demandantes, padres del fallecido, que actúan como herederos de su hijo fallecido en ejercicio de la acción directa contra la aseguradora.

Cuestiones planteadas:

1. Seguro de vida y vinculación a préstamo hipotecario de los progenitores: impago de primas por el asegurado/tomador; acción directa de los padres.
2. Conclusión.

Solución

1. La acción de reclamación y la acción directa son mecanismos procesales habituales mediante los que se reclama a las compañías aseguradoras indemnizaciones o cantidades relacionadas con seguros de daños o seguros de personas y como el de seguro de vida. En estos seguros de personas suelen aparecer impagos de las primas, a cuyo pago se obliga el tomador, que pueden determinar la desestimación de la demanda.

En el caso que se propone, se plantea hasta qué punto es oponible a los demandantes el impago de las cuotas impagadas por el hijo que suscribe un seguro de vida y que vincula al préstamo hipotecario de la vivienda de sus padres.

La póliza se renovó anualmente a su vencimiento, sin que para esto fuera obstáculo el pago tardío de alguna fracción mensual de la prima anual. Posteriormente, el seguro se renovó para la anualidad siguiente mediante el abono de la mensualidad del mes correspondiente pero las siguientes mensualidades resultaron impagadas. Cuando falleció el asegurado había un capital del préstamo hipotecario pendiente de amortizar de 80.000 euros, cantidad que reclaman sus padres con los intereses correspondientes.

Un dato esencial también es que consta que la aseguradora le remitió una carta comunicándole que había finalizado la garantía por impago de primas, por lo que se había cancelado.

Los padres ejercen la acción directa y en ese aspecto consideran que no se puede aplicar el impago de las cuotas y que finalmente determinó la cancelación el seguro de vida.

En este caso debe acudir a la Ley de Contrato de Seguro de 1980 y ver la regulación referida al impago de las primas y a la acción directa, que se regulan en los artículos 15 y 76 de la mencionada ley.

Los artículos 15 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro disponen lo siguiente. El artículo 15 señala que:

Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación. En caso de falta de pago de una de las primas siguientes, la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido. En cualquier caso, el asegurador, cuando el contrato esté en suspenso, solo podrá exigir el pago de la prima del periodo en curso. Si el contrato no hubiere sido resuelto o extinguido conforme a los párrafos anteriores, la cobertura vuelve a tener efecto a las 24 horas del día en que el tomador pagó su prima.

Por otro lado, el artículo 76 de la mencionada ley dispone que:

El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es

inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

Los padres del tomador/asegurado fallecido demandan a la aseguradora con la que este último había suscrito un seguro de vida anual renovable vinculado a un préstamo hipotecario, en reclamación del capital pendiente de amortizar en el momento del fallecimiento. El siniestro se produjo cuando la cobertura se encontraba suspendida entre las partes conforme al artículo 15.2 de la LCS, a causa del impago de algunas mensualidades de la prima anual, y la cuestión se centra en determinar si esa suspensión era oponible a los demandantes por su condición de terceros perjudicados, a los que el artículo 76 de la LCS transcrito no les sería oponible el impago de la prima.

Nos encontramos ante un siniestro acaecido cuando la cobertura del seguro estaba suspendida, con los efectos expuestos en las SSTS 357/2015, de 30 de junio, 374/2016, de 3 de junio; 684/2017, de 19 de diciembre y 655/2019, de 11 de diciembre, exponiendo la primera de ellas que: «A partir del mes siguiente al impago de la prima, y durante los cinco siguientes, mientras el tomador siga sin pagar la prima y el asegurador no haya resuelto el contrato, la cobertura del seguro queda suspendida». Esto significa que entre las partes no despliega efectos, en el sentido de que, acaecido el siniestro en este tiempo, la aseguradora no lo cubre frente a su asegurada. Sin embargo, la suspensión de la cobertura del seguro no opera frente al tercero que ejercite la acción directa del artículo 76 de la LCS, en la medida en que este mismo precepto prevé que «la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado».

Sin embargo, el artículo 76 de la LCS es una norma específica del seguro de responsabilidad civil, regulado en la sección 8.^a del título II de la LCS («Seguro contra daños») y, en cambio, el seguro cuya efectividad se pide en la demanda es un seguro sobre la vida, regulado en la sección 2.^a del título III de la misma ley («Seguro de personas»).

Los padres del asegurado fallecido no tienen la condición de terceros perjudicados del artículo 76 de la LCS sino la de directamente interesados en la efectividad del contrato de seguro en cuanto herederos del fallecido, pues aunque como primer beneficiario figurase la entidad que le concedió el préstamo hipotecario, el seguro satisfacía un interés común o compartido entre el banco, el asegurado y los herederos de este como sucesores en sus derechos, pero también en sus obligaciones (así lo expresan las SSTS 222/2017, de 5 de abril, 528/2018, de 26 de septiembre, y 37/2019, de 21 de enero). Pues la salvedad que representa el artículo 76 de la LCS, la acción directa, es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, no opera frente al impago de la prima en el seguro de personas, y así se recoge en la doctrina jurisprudencial de manera reiterada, como las SSTS 357/2015, de 30 de junio, 472/2015, de 10 de septiembre, 374/2016,

de 3 de junio, 58/2017, de 30 de enero, 684/2017, de 19 de diciembre, 655/2019, de 11 de diciembre, y 144/2020, de 2 de marzo.

La doctrina del Tribunal Supremo, de la que es ejemplo la STS de 916/2008, de 17 de octubre, expone la doctrina que se mantiene en la actualidad y que se construye sobre los siguientes puntos:

- a) La falta de pago de la prima con anterioridad al siniestro a que se refiere el artículo 15.1 de la LCS solo puede producir el efecto de liberar de su obligación al asegurador en el caso de que la falta de pago sea imputable al tomador (SSTS 14 de marzo de 1994, 25 de mayo de 1996, y 783/2008, de 4 de septiembre).
- b) Producido el hecho del impago de la prima, para determinar si hay culpa imputable al tomador del seguro hay que tener en cuenta en primer lugar lo pactado acerca de la forma y tiempo de pago, pues obviamente no cabe atribuir culpa al tomador cuando el recibo no se presenta en el lugar previsto (domicilio del tomador, entidad bancaria, o no está, en su caso, a disposición del pagador en la oficina aseguradora correspondiente) o existe un aplazamiento (SSTS 28 de junio de 1989, 22 de junio de 1992, 10 de marzo de 2006, entre otras).
- c) Si no hay pacto, la entidad aseguradora debe acreditar que ha presentado el recibo al cobro, sin que se le haya efectuado su abono, si bien esta última consecuencia resulta de que, habiéndose cumplido la presentación, se siga en la posesión o tenencia del recibo. Y cuando se pactó la domiciliación bancaria, la entidad aseguradora debe probar que presentó el recibo en la misma y que le fue devuelto por falta de fondos en el tiempo en que ha de ser abonado.
- d) En modo alguno precisa acreditar la compañía de seguros, para que se produzca el incumplimiento del tomador con el efecto suspensivo de la cobertura, que el banco se lo comunicó al cliente, ni tiene que efectuar ningún tipo de requerimiento o comunicación fehaciente, o no, al tomador. No lo exige la ley ni ninguna disposición reglamentaria (la OMH de 22 de octubre de 1982 está derogada), y no lo exige la jurisprudencia (SSTS de 18 de junio de 1998, 6 de junio de 2000, 17 de enero de 2001, y 8 de junio de 2006). En algunas sentencias se hace referencia a la exigencia de un requerimiento o comunicación. Así, la de 14 de diciembre de 1985, respecto al régimen anterior a la LCS, y la de 22 de julio de 2008 con referencia al artículo 15, párrafo segundo, LCS, pero en ambos casos había una previsión contractual específica al respecto.
- e) Corresponde al tomador acreditar el pago, o bien el hecho o circunstancias que constituyen causa o motivo idóneo para justificar su falta de culpa. Ciertamente incluso en el caso de domiciliación bancaria cabe la posibilidad de que, por algún evento inconsciente o involuntario, no haya culpa del tomador; o dicho de otra manera, que la falta de provisión de fondos en la cuenta obedezca a una causa o circunstancia con entidad o idoneidad para exculparle.

2. En este caso los padres ejercitan la acción directa, pues tenían un interés legítimo derivado del propio contrato de seguro, pero no se puede aplicar el artículo 76 de la LCS al no ser una acción prevista para el seguro de personas, como es el seguro de vida. Puede decirse que la acción ejercitada por los padres del hijo asegurado fallecido es una acción de cumplimiento del contrato de seguro, pero sin que sean de aplicación las normas sobre los efectos del impago de las primas sucesivas en seguros contra daños.

La solución debe fundarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el párrafo segundo del artículo 15 de la LCS, que no exige comunicación ni requerimiento de la aseguradora al asegurado para que opere la suspensión de la cobertura, como tampoco que la aseguradora pruebe la culpa del asegurado en el impago de la prima, pues basta con que la haya pasado al cobro y este no se produzca por falta de fondos en la cuenta de domiciliación de los recibos (SS 472/2015, de 10 de septiembre, 684/2017, de 19 de diciembre, y 144/2020, de 2 de marzo).

En consecuencia, procedería en su caso desestimar la demanda de los padres del hijo asegurado, fallecido, ya que la cobertura del seguro se encontraba suspendida (SSTS 357/2015, de 30 de junio, 374/2016, de 3 de junio, 684/2017, de 19 de diciembre, 655/2019, de 11 de diciembre, y 144/2020, de 2 de marzo) y en el presente caso no había lugar a plantearse la excepción contemplada en el párrafo primero del artículo 95 de la LCS que dispone que:

Una vez transcurrido el plazo previsto en la póliza, que no podrá ser superior a dos años desde la vigencia del contrato, no se aplicará el párrafo 2.º del artículo 15 sobre falta de pago de la prima. A partir de dicho plazo, la falta de pago de la prima producirá la reducción del seguro conforme a la tabla de valores inserta en la póliza. La reducción del seguro se producirá igualmente cuando lo solicite el tomador, una vez transcurrido aquel plazo. El tomador tiene derecho a la rehabilitación de la póliza, en cualquier momento, antes del fallecimiento del asegurado, debiendo cumplir para ello las condiciones establecidas en la póliza.

Ello por tratarse de un seguro temporal para caso de muerte y así lo dice el artículo 98 de la LCS que dispone que:

En los seguros de supervivencia y en los seguros temporales para caso de muerte no será de aplicación lo dispuesto en los artículos 94, 95, 96 y 97. Los aseguradores podrán, no obstante, conceder al tomador los derechos de rescate, reducción y anticipos en los términos que se determinen en el contrato.

Por tanto, la demanda presentada debería desestimarse en aplicación de los preceptos de la Ley de Contrato de Seguro mencionada, ya que no existía contrato, sino que estaba cancelado, y el ejercicio de la pretendida acción directa no es posible en los seguros de

personas, como es el seguro de vida, al que no le son de aplicación la excepción del artículo 95 y el artículo 98 de la mencionada ley.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 50/1980 (LCS), arts. 15, 76, 95 y 98.
- SSTS 916/2008, de 17 de octubre; 357/2015 (NCJ060140), de 30 de junio; 374/2016 (NCJ061426), de 3 de junio; 684/2017, de 19 de diciembre; 655/2019 (NCJ064559), de 11 de diciembre, y 144/2020 (NCJ064775), de 2 de marzo.

Reconocimiento de paternidad por complacencia y su impugnación

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

No es nulo el reconocimiento de complacencia ni contraviene el sentido del artículo 6.4 del CC, porque no se niega la falta de realidad biológica. No se puede negar la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica.

El artículo 752 de la LEC reconoce la especialidad de este tipo de procesos sobre capacidad, filiación matrimonio y menores, en materia de alegación y prueba; pero el reconocimiento de esta singularidad no lo es hasta el punto de permitir el cambio del tipo de acción. Lo que se admite es la alteración de hechos, pero no de acciones.

Palabras clave: reconocimiento de paternidad; complacencia; filiación; impugnación; posesión de estado.

Fecha de entrada: 13-10-2020 / Fecha de aceptación: 28-10-2020

Enunciado

Luis y Ángela formaron una pareja de hecho en el año 2012. Ángela tenía una hija, nacida en el año 2011, que fue reconocida en el año 2015 por Luis tras la tramitación de un expediente en el Registro Civil, consiguiendo así el reconocimiento de complacencia falso de una filiación extramatrimonial, pero con el fin de conformar una relación familiar entre todos como si fuera la derivada de una filiación paterna por naturaleza. Posteriormente, en el año 2019, se separan, y, tras la regulación de las relaciones personales en un juzgado de familia, la madre adquiere la custodia de la hija. El padre, Luis, impugna la filiación a raíz de las medidas dictadas por el juzgado de familia, pues él había solicitado la custodia de la hija de Ángela. El juzgado considera caducada la acción de impugnación del padre.

El artículo 752 de la LEC reconoce la singularidad, en este tipo de procedimientos de filiación, en materia de prueba, pero no hasta el punto de permitir el cambio del tipo de acción. Lo que se admite es la alteración de hechos, pero no de acciones. Y la alteración de los hechos debe ser probada.

A primeros de 2020, surge, como el Ave Fénix, un padre biológico que pretende el reconocimiento de la filiación de la hija de Ángela con posesión de estado, fruto de una relación extramatrimonial anterior al 2012, alegando haber tenido conocimiento de la existencia de esa hija en el año 2017. A tal efecto, interpone una demanda de reconocimiento de filiación extramatrimonial con fecha de entrada y registro en el juzgado el 23 de junio de 2019. En el acto de la vista, modifica su pretensión y dice que existió posesión de estado y que por tanto el plazo de caducidad sería de cuatro años. La sentencia estima la demanda declarando que la acción, en todo caso, es imprescriptible si no hay posesión de estado, añadiendo que los cuatro años de caducidad deben ser admitidos también, a pesar del cambio operado en el acto de la vista, con fundamento en la especial naturaleza de este tipo de procedimientos en cuanto a la prueba se refiere. Alude esa sentencia a que, de no ser así, estaríamos aplicando retroactivamente la reforma del artículo 133 al caso, pues esta tuvo lugar en el año 2015 y la menor nació en el año 2011.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Ha caducado la acción de impugnación de la filiación paterna extramatrimonial? ¿Puede realmente el padre impugnar un reconocimiento suyo, es un contrasentido? ¿Es nulo tal reconocimiento?
2. ¿La sentencia es correcta? ¿Se puede reconocer una filiación extramatrimonial sin posesión de estado más allá de un año desde el conocimiento de los hechos, es decir, del nacimiento de la hija? ¿Es imprescriptible la acción tal y como se plantea? ¿Se puede modificar el sentido de la acción ejercitada en el acto de la vista? ¿Es admisible el argumento de la retroactividad?

Solución

1. ¿Ha caducado la acción de impugnación de la filiación paterna extramatrimonial? ¿Puede realmente el padre impugnar un reconocimiento suyo, es un contrasentido? ¿Es nulo tal reconocimiento?

En el caso práctico se plantea una cuestión interesante que tiene que ver con el principio de verdad biológica, como también con la distinción entre el reconocimiento de complacencia y el de conveniencia y con la clase de acción que debe ejercitar el padre Luis; institutos jurídicos de cuya interpretación hemos de deducir la respuesta a la pregunta principal como a las otras concomitantes que ilustran sobre el régimen jurídico de la filiación.

Luis convive con Ángela a partir del año 2012. Luis reconoce ese mismo año a la hija de su mujer, sin que concuerde la verdad biológica con la jurídico-formal, pues el expediente registral concluye con la inscripción de la hija como de Luis. Dato que evidentemente es falso, que conoce y asume. Cuando el padre impugna en el juzgado de instancia la filiación extramatrimonial paterna en el año 2019, la sentencia declara caducada la acción en aplicación de la doctrina emanada de los artículos 136 y 140 del CC. Dice el 136:

El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.

El artículo 140 dice:

Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique. Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien

aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.

Visto así parece que los plazos en ambos casos han transcurrido y que la sentencia acierta porque el reconocimiento en el registro es fraudulento. El reconocimiento de complacencia se caracteriza –seguimos los dictados de la importante STS del Pleno, de 16 de julio de 2016–, en el caso práctico, porque Luis, que sabe que no es el padre biológico, ha declarado serlo ante el encargado del Registro Civil, con la intención, respecto de la hija de su pareja, de constituir con ella relación jurídica semejante a la derivada de la paternidad por naturaleza. Y esto es radicalmente distinto al fraude de ley que representaría el denominado reconocimiento «de conveniencia», y que tiene por finalidad generar también esa apariencia de legalidad y de verdad biológica pero con el fin de conseguir los efectos favorables de la aplicación de una norma jurídica (nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales, etc.). Por tanto, del juego derivado de la «complacencia» o «conveniencia» y de la respuesta que demos al reconocimiento de Luis deriva la aplicación de un precepto u otro y, por consiguiente, la admisión o no de la caducidad de acción. Porque, como dice la STS:

La filiación paterna que determinan legalmente los reconocimientos de complacencia que contemplamos puede ser no matrimonial (art. 120.1.º y 2.º CC) o matrimonial (art. 138 CC), primera frase, en relación con los artículos 117 (reconocimiento expreso o tácito del marido), 118 (reconocimiento implícito en el consentimiento del marido) y 119 del CC; respecto a este último, asumiendo que no requiere que el reconecedor sea el padre biológico del reconocido.

Cuando hemos aludido a la verdad biológica, aplicada al caso, significa que respetamos el inicial criterio de que el sistema de la filiación en nuestro derecho común no se fundamenta en que la verdad biológica ha de corresponderse con la jurídico-formal, y por ello se debate si el reconocimiento de complacencia es nulo radicalmente, sean cuales sean los motivos que inspiren a Luis a reconocer a la hija de su pareja. Sin embargo, el tema no es pacífico y la respuesta final a esta cuestión no va a ser así, tras la doctrina que fija el TS sobre esta materia, que contradice la de la DGRN.

En cualquier caso, planteamos en el supuesto que el padre impugna ese reconocimiento realizado en el año 2015: ¿Esto es posible? –subpregunta del caso–. Porque se trata de que Luis impugnaría basándose en que no es el padre biológico, y sucede que esto la sabía desde siempre. ¿Cómo puede utilizar entonces un criterio que en su día le sirvió para el reconocimiento ante el encargado del Registro civil, ahora para lo contrario? La respuesta la encontramos en el tipo de acción que se ejercite, si se trata de anulación del reconocimiento otorgado en su día para la anulación del título –porque ataca el título– de determinación legal de la filiación, o de una acción de impugnación de la paternidad determinada por el reconocimiento, porque esta se fundamenta «en la inexistencia del título de constitución de la filiación paterna –en no ser el reconecedor el padre biológico del reconocido–, y que, de prosperar,

provocarán la ineficacia sobrevenida del reconocimiento. En un caso es el reconocedor, en el otro, no. Los artículos 138 y 141 del CC permiten la impugnación del título por vicios en el consentimiento: error, violencia o intimidación»; también la impugnación por «otras causas», según las normas contenidas en el código, en la sección correspondiente (especialmente el art. 136 ya transcrito, cuya relectura en este momento del desarrollo del caso se recomienda).

La STS del Pleno 318/2011, de 4 de julio, declaró lo siguiente:

La acción de impugnación de la paternidad que el reconocedor podía ejercitar es la regulada en el artículo 140.II del CC, sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años. Cuando la filiación paterna que determine legalmente el reconocimiento de complacencia sea matrimonial, la acción que podrá ejercitar el reconocedor es la regulada en el artículo 136 del CC (EDL 1889/1), sujeta a un plazo de caducidad de un año.

Llegados a este punto, reproducimos la doctrina de la Sala siguiente:

El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica.

Es decir, que Luis puede hacer lo suyo y lo contrario –y con esto damos por contestada la cuestión indicada con anterioridad–; pero, según se trate de impugnar una filiación matrimonial o extramatrimonial, como es el caso, la respuesta a la caducidad de la acción, a su temporalidad para el ejercicio, será diferente, y la pregunta principal nos sugiere: ¿Ha caducado la acción que interpone Luis de impugnación de la filiación paterna extramatrimonial?

La STC 138/2005, de 26 de mayo invoca que:

Las exigencias del principio de veracidad biológica o prevalencia de la verdad biológica (arts. 10.1 y 39.2 CE) pueden y deben cohonestarse con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, especialmente en interés de los menores de edad (arts. 9.3, 39.3 y 39.4 CE). Por tanto, frente al criterio de la DGRN sobre la verdad biológica se imponen el de la jurisprudencia autorizada que busca la seguridad jurídica y el interés del menor, así como la certeza del estado civil de las personas; porque, en el fondo, nuestro sistema constitucional no impone la verdad biológica sobre la determinación legal de la filiación, o la realidad jurídica.

Cuando Luis hace su reconocimiento de complacencia se concede la certeza de la realidad jurídico-formal, por contraposición a la biológica, y se satisfacen las exigencias de la seguridad jurídica. Por ello, no es ilícito tal reconocimiento cuando lo que se pretende es

dotar a la relación de hecho con la hija de su pareja de una situación jurídica formal de estatus de filiación. Lo cual, a su vez, no afecta al orden público ni a la moral –según razona el TS–, pues «no se aprecia que susciten reproche social».

Y por todo lo razonado, se puede concluir –dando respuesta clara a otra de las subpreguntas– que no es nulo el reconocimiento de complacencia ni contraviene el sentido del artículo 6.4 del CC, porque no se niega la falta de realidad biológica.

Cuando nos preguntamos si puede realmente el padre impugnar un reconocimiento suyo, parece un contrasentido, pero estamos planteando si la normativa actual lo permite, y a esto ya hemos contestado, como también nos planteamos si está legitimado activamente. Puede Luis impugnar, entonces, desde esta perspectiva, su paternidad, alegando que no es el padre biológico. ¿Cuál será la acción procedente? ¿La regulada en el artículo 136 del CC? ¿La regulada en el 140? Sucede que, con base en los preceptos de la filiación, no hay impedimento alguno a la legitimación activa, porque el artículo 136 no lo prohíbe expresamente, ni el 140. Precisamente por el principio de seguridad jurídica que ya mencionamos y porque las normas constitucionales tampoco lo impiden. Incluso no se podría invocar la doctrina de los actos propios como rechazo para decir que donde dije en su día para ser considerado padre ahora digo otra cosa distinta y contraria, pues las cuestiones de estado civil de esta naturaleza se someten al orden público indisponible. En cuanto al plazo que nos sirve de referencia, sea de uno o de cuatro años, es evidente que, en ambos casos, han sido superados, y la conclusión de la caducidad de la acción está correctamente aplicada. Como corolario a todo este planteamiento, afirmamos que Luis está legitimado y puede impugnar la filiación, aunque esa impugnación es tardía; y no es nulo el reconocimiento de complacencia, a diferencia del de conveniencia. Precisamente esa no nulidad es lo que impide que la acción de impugnación fuera imprescriptible, no sometida los plazos indicados. La nulidad, en tal caso, se fundamentaría en el artículo 6.4 del CC, sin título que la soporte.

2. ¿La sentencia es correcta? ¿Se puede reconocer una filiación extramatrimonial sin posesión de estado más allá de un año desde el conocimiento de los hechos, es decir del nacimiento de la hija? ¿Es imprescriptible la acción tal y como se plantea? ¿Se puede modificar el sentido de la acción ejercitada en el acto de la vista? ¿Es admisible el argumento de la retroactividad?

Se plantea la caducidad o no de la acción en una demanda de reclamación de filiación extramatrimonial sin posesión de estado, prevista en el artículo 133 del CC. Se plantea, asimismo, la prescripción o no de la acción de reclamación de filiación cuando no hay posesión de estado. Transcribimos, al efecto, dos artículos básicos: el artículo 133 precitado: «Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación». Y el artículo 140: «Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados

cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente». Fácil es la respuesta si nos fijamos en las fechas del caso y el plazo del artículo 140 (cuatro años). Pero admitir la estimación de la demanda porque desde el año 2017 hasta la fecha de la interposición de la misma (2019) no han transcurrido cuatro años sería como admitir que se puede modificar una inicial solicitud de demanda sin posesión de estado con el límite de un año en el acto de la vista invocando la singularidad probatoria de este tipo de procedimientos –como alude el caso, sin citar el art. que, a continuación, vamos a mencionar–. Pues bien, sucede que el artículo 752 de la LEC reconoce la especialidad de este tipo de procesos sobre capacidad, filiación matrimonio y menores, en materia de alegación y prueba; pero el reconocimiento de esta singularidad no lo es hasta el punto de permitir el cambio del tipo de acción. Lo que se admite es la alteración de hechos, pero no de acciones. Esta es la interpretación jurisprudencial del precepto. Además, los nuevos hechos, de alegarse, deben ser probados. Por consiguiente, la sentencia se equivoca si resuelve con base en el cambio de acción: el caso especifica claramente que la acción inicial ejercitada es la de reclamación de filiación sin posesión de estado y el juez asume y permite la modificación de la naturaleza de la acción, lo cual es inadecuado.

Aún nos queda por aclarar la otra cuestión: ¿Es admisible, al margen del tiempo transcurrido, la estimación de la demanda porque la acción, siendo ejercitada declarando la no posesión de estado, es imprescriptible y por tanto da lo mismo que el artículo 133 prevea el plazo de un año o que invoquemos el de cuatro con el cambio de acción aludido? Si fuera posible, el debate anterior carecería de sentido, porque el presunto padre puede demandar cuando quiera desde el momento en que deduzca razonablemente que es padre y que su hija ha nacido en el año 2011. Para dar respuesta a esta pregunta conviene recordar el tenor literal del caso. Una vez hecho este ejercicio saludable de recordar fechas y plazos, al final, lo que queda es lo siguiente: «La sentencia estima la demanda declarando que la acción, en todo caso, es imprescriptible si no hay posesión de estado». La sentencia, y a ello alude al final el supuesto fáctico, está aplicando la doctrina anterior a la reforma del precepto 133 por la Ley 26/2015, de 28 de julio. Este precepto entró en vigor el 18 de agosto de 2015 (antes de la interposición de la demanda –2019–). Por esta ley se reconoció la legitimación activa del progenitor biológico, pero estableciendo un límite temporal para el ejercicio de la acción, precisamente para mantener un equilibrio entre los valores constitucionales y los distintos intereses en juego. Posiblemente también por acogerse a unos mínimos de seguridad jurídica. Nos dice la jurisprudencia:

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el legislador debía ponderar los valores constitucionales involucrados reconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), pero guardando la necesaria proporcionalidad con la protección del interés del hijo y la salvaguarda de la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. El legislador ha considerado que ese equilibrio se alcanzaba mediante la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción, algo que, como el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado, no supone *per se* una vulneración de los artículos 6

(derecho a un proceso equitativo), 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio del Consejo de Europa de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Por otro lado, que se aplique ahora el plazo de un año a las demandas anteriores a la reforma no significa que se esté confiriendo retroactividad a la ley posterior, habida cuenta el año de nacimiento de la menor (2011), porque, como ha reconocido la jurisprudencia al interpretar el nuevo precepto y la reforma legal operada, esa imprescriptibilidad no se hallaba declarada en ninguna norma y solo se ha producido una interpretación jurisprudencial que puede cambiar, en este caso, basándose en la conveniencia de aplicar un límite temporal al ejercicio de la acción. Las sentencias que tratan este supuesto nos recuerdan que el

legislador ha considerado innecesario establecer en este caso una transitoria específica, a diferencia de lo que ha hecho en reformas recientes en las que ha modificado el plazo de ejercicio de una acción [así, la Ley 42/2015, de 5 de octubre], contiene una disposición transitoria específica para la reducción del plazo general previsto para las acciones personales, mediante remisión a la transitoria contenida en el artículo 1939 del CC, lo que comporta que, en este caso, opera la prescripción si todo el tiempo exigido por la reforma transcurre después de su entrada en vigor.

Y sucede que la ley de 2015 no prevé en ninguna transitoria ningún caso de demandas de reclamación de la filiación de los hijos que hubieran nacido con anterioridad a su vigencia. Porque la norma se ocupa del derecho procesal pero no del sustantivo aplicable en el momento de transitoriedad de la misma y para los supuestos de esta naturaleza, es decir, de procedimientos nacidos con posterioridad –como sucede en el caso práctico–. Sí dice la transitoria correspondiente lo siguiente: «Los procedimientos y expedientes judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley y que se encontraren en tramitación se continuarán tramitando conforme a la legislación procesal vigente en el momento del inicio del procedimiento o expediente judicial». Pero nada del incoado cuando se interpone la demanda en diciembre de 2019. Por tanto, el silencio respecto de lo sustantivo (art. 133 CC) es considerado como voluntad de aplicar el límite de un año a las acciones de reclamación de la filiación extramatrimonial cuando falte la posición de estado, respecto de los procedimientos incoados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

En definitiva, la sentencia se equivoca doblemente, pues no cabe la imprescriptibilidad de la acción y no cabe tampoco la modificación de su naturaleza (a posesión de estado) en el acto de la vista.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 9, 24.1 y 39.
- Código Civil, arts. 6.4, 118, 119, 120, 133, 136, 138, 140, 141 y 1939.

- Ley 1/2000 (LEC), art. 752.
- SSTC 138/2005 (NCJ040486), de 26 de mayo, y de 27 de octubre de 2005; 273/2005 (NCJ040578), de 27 de octubre; y 52/2006 (NCJ041239), de 16 de febrero.
- SSTS del Pleno de 16 de julio de 2016 y de 28 noviembre de 2016; 1012/2008 (NCJ048786), de 29 de octubre (rec. núm. 1414/2003), y 1177/2008 (NCJ048094), de 5 de diciembre (rec. núm. 1763/2004); 1131/2001, de 26 de noviembre (rec. núm. 2380/1996); 579/2004 (NCJ039315), de 5 de julio (rec. núm. 2303/1998); 751/2010 (NCJ053967), de 29 de noviembre (rec. núm. 1064/2007); 300/2012 (NCJ057016), de 10 de mayo; 1162/2002 (NCJ037990), de 28 de noviembre (rec. núm. 1362/1997); 1131/2001, de 26 de noviembre; y 522/2019, de 8 de octubre de 2019 (rec. núm. 5203/2018).

Arrendamiento de local: medidas cautelares covid-19

José Ignacio Atienza López

*Letrado de la Administración de Justicia.
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

Extracto

El presente caso práctico versa sobre una cuestión de evidente actualidad, al venir referido a la adopción de medidas cautelares por parte de los órganos judiciales en relación con las solicitudes de los arrendatarios de local, de suspensión en el pago de las rentas, como consecuencia de la reducción de ingresos como efecto inmediato del decreto del estado de alarma. La falta de acuerdo entre arrendador y arrendatario sobre esta suspensión determina la acción judicial del inquilino para que sean los juzgados los que decidan sobre la misma. Es evidente la conveniencia de la adopción de medidas cautelares en la doble vertiente de suspensión en el pago de la renta y de abstenerse de presentar demanda de desahucio durante la tramitación del procedimiento.

Palabras clave: arrendamiento de local; estado de alarma; suspensión en el pago de la renta; medidas cautelares.

Fecha de entrada: 16-10-2020 / Fecha de aceptación: 30-10-2020

Enunciado

Juan es el inquilino de un local de negocio en el cual desarrolla una actividad de hostelería y restauración. Como consecuencia de haberse decretado el estado de alarma, sus ingresos fruto de su actividad se han visto reducidos sustancialmente, cuando no anulados, ante la imposibilidad de abrir su negocio durante un tiempo tan prolongado.

Ha contactado con su arrendador para tratar de llegar a un acuerdo de reducción en el pago de la renta, y tras varios intentos no lo ha logrado, ante lo cual acude a un abogado para tratar de acogerse a alguna de las medidas previstas en el Real Decreto-ley 15/2020 de medidas urgentes.

¿Qué iniciativa procesal es la que debemos adoptar para lograr con mayor rapidez la suspensión del pago de las rentas?

Cuestiones planteadas:

- La suspensión del pago de las rentas del arrendatario de local de negocio, a falta de acuerdo con el arrendador en aplicación de la normativa dictada por el estado de alarma.
- Las medidas cautelares inaudita parte como vía procesal más aconsejable.
- Normativa aplicable.

Solución

Nos encontramos ante un supuesto de evidente actualidad, aunque la realidad es la de que, en general, los arrendadores se han mostrado comprensivos con sus arrendatarios a la hora de suspender los pagos de la renta; entiendo que la vía procesal más rápida es la solicitud de medidas inaudita parte y con carácter cautelar, tanto la medida de suspensión cautelar de la obligación de pago de la renta en los porcentajes y por el mismo plazo en que se pretende la reducción de la renta por el inquilino, como la de prohibición a la parte demandada de presentar demanda de desahucio durante la tramitación de este procedimiento, entendida como obligación temporal de abstenerse de llevar a cabo dicha conducta durante la tramitación de este procedimiento.

Dice el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que

el tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características:

1. Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.
2. No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.
3. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte.

En nuestro caso nuestro cliente inquilino, con fundamento en el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, y en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la cláusula *rebus sic stantibus*, pretende que se acuerde la modulación del importe de la renta pactada en el contrato de arrendamiento de local comercial suscrito por ambas partes conforme a las siguientes estipulaciones:

1. Pago del 75 % de la renta inicial, esto es, 3.825 euros, en el mes de marzo de 2020.

2. Pago del 50 % de la renta inicial, esto es, 2.550 euros, durante los meses de abril a junio, ambos inclusive, debiendo imputarse el pago con cargo a la fianza de 30.000 euros entregada a la firma del contrato.
3. Pago del 65 % de la renta inicial, esto es, 3.315 euros hasta diciembre de 2020.

Y, con el fin de asegurar la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, debemos solicitar como letrados la adopción con carácter cautelar e inaudita parte de las siguientes medidas:

1. La suspensión de la obligación de pago del 25 % de la renta de marzo de 2020, del 50 % de la renta de abril a junio de 2020, y del 65 % de la renta de julio a diciembre de 2020.
2. La prohibición a la arrendadora de interponer frente a la mercantil arrendataria una acción de desahucio o de reclamación por impago de rentas durante la tramitación del procedimiento.

Nosotros como arrendatarios debemos sostener que concurren los presupuestos necesarios para la adopción de la medida cautelar a los que se refiere el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a saber, el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, y el *periculum in mora* o riesgo para la efectividad de la sentencia. El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho concurre en este caso, de forma evidente, a la vista de la existencia de un contrato de arrendamiento de local de negocio concertado por ambas partes, y de la drástica disminución del importe de facturación que ha sufrido la arrendataria como consecuencia del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo por el que se declaró el estado de alarma en España para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19 y que, en su artículo 10.4, acordó la suspensión de las actividades de hostelería y restauración que se venían llevando a cabo en el local arrendado. Y, debemos añadir como arrendatarios, que concurre el *periculum in mora* o peligro de la mora procesal porque, no habiendo sido posible alcanzar un acuerdo con la parte arrendadora, puede dicha parte interponer una demanda de desahucio que debe ser evitada en aras a garantizar la efectividad de la sentencia que pueda dictarse en estos autos, acordando la suspensión de la obligación de pago de la renta y ordenando a la parte arrendadora que se abstenga de presentar demanda de desahucio durante la tramitación de este procedimiento. Y dicho riesgo justificaría igualmente la adopción de la medida inaudita parte.

La procedencia del acuerdo, tanto la medida de suspensión parcial de la obligación de pago de la renta pactada en el contrato, como la de prohibición a la demandada de presentar demanda de desahucio durante la tramitación de este procedimiento que debe ser entendida como abstención temporal de llevar a cabo dicha conducta, es evidente. Y ello por cuanto dichas medidas cautelares se encuentran específicamente reguladas en el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en el 727.7.º que per-

mite acordar como medida cautelar la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad, la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta, o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

Entendemos que procede la adopción de dichas medidas con carácter de urgencia e inaudita parte, conforme al artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para evitar el riesgo del desahucio al que hace referencia la parte demandante en su escrito de demanda. Las partes en este caso no han alcanzado un acuerdo en relación al pago de la renta pese a que el Real Decreto-ley 15/2020 de 21 de abril establece una regulación específica de la cláusula *rebus sic stantibus* en beneficio de los arrendatarios que hayan sufrido una disminución de ingresos como consecuencia del estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo. Y, tanto el Real Decreto-ley 15/2020 de 21 de abril, como el Real Decreto-ley 16/2020 de 28 de abril que se dicta posteriormente, hacen referencia a la necesidad de adopción de medidas encaminadas a frenar el impacto económico del estado de alarma de forma inmediata, y a que el procedimiento judicial que se utilice por los afectados con dicho objeto deberá tramitarse con carácter preferente.

En este caso se acredita con la documental aportada por la arrendataria, que ambas han concertado un contrato de arrendamiento de local de negocios que se encuentra vigente, y la parte demandante acredita, asimismo, una disminución de ingresos que tiene su causa inmediata en la suspensión de las actividades de hostelería y restauración que ha sido acordada en el Real Decreto 463/2020 por el que se declaró el estado de alarma, por lo que la demanda se encuentra fundamentada no solo en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino también en el Real Decreto-ley 15/2020 de 21 de abril que contiene una regulación específica de dicha cláusula para el supuesto que nos ocupa. En el procedimiento principal habrá de discutirse y determinarse si la reducción de la renta que se solicita resulta o no ser proporcionada a la pérdida de ingresos, pronunciamiento que no puede anticiparse en esta resolución en la que me limitaré a acordar una suspensión provisional del pago de la renta en aquella parte cuya reducción se solicita y de prohibición de desahuciar al arrendatario ahora demandante, considerando que existe apariencia de buen derecho desde el momento en que existe un contrato de arrendamiento de local de negocio vigente a la fecha de presentación de la demanda y en el que se desarrollaba una actividad de bar-cafetería que se ha visto interrumpida como consecuencia de haberse decretado el estado de alarma en España con motivo de la covid-19.

Por tanto, concurre el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el *periculum in mora* o peligro de la mora procesal dado el evidente riesgo de desahucio que existe en el caso de autos y que puede ser evitado con la adopción de las medidas solicitadas.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 1/2000 (LEC), arts. 726, 727 y 733.
- Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril.
- Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril.
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma.

Administración local. Expropiación forzosa. Incompatibilidad de un concejal y contratación administrativa

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF-*

Extracto

Se plantean en el presente supuesto práctico diversos problemas de distinta índole surgidos en un ayuntamiento de régimen común. Tales son, en resumen: la falta de extensión del acta de ocupación en una expropiación forzosa; un presunto supuesto de incompatibilidad de un concejal; si un reparo realizado por el secretario-interventor tiene efectos suspensivos; la validez de la subsanación de la omisión de un aval bancario en un contrato administrativo en la fase de formalización; cómo debe computarse, a efectos de votación, la ausencia de unos concejales del Pleno; la posible incompetencia de un Pleno para aprobar un convenio colectivo y, finalmente, la falta de liquidación de un contrato acordada en el año 2008.

Palabras clave: expropiación forzosa; incompatibilidades; reparo; contratación administrativa; quórum en pleno extraordinario; competencia del ayuntamiento.

Fecha de entrada: 27-09-2020 / Fecha de aceptación: 22-10-2020

Enunciado

En el Ayuntamiento, de régimen común, de XXX, en la provincia de Cáceres, se han planteado los siguientes supuestos:

PRIMERO. En una expropiación ordinaria de una finca, la Administración expropiante y beneficiaria de la misma ha procedido a abonar el justiprecio fijado por el jurado; sin embargo, transcurrido un año y medio, no ha procedido a extender el acta de ocupación. Ante estos hechos, el alcalde plantea al secretario-interventor ¿qué podría hacer el expropiado contra el ayuntamiento?

SEGUNDO. Un concejal tiene dedicación exclusiva en la Diputación Provincial correspondiente. Asiste a las sesiones en el ayuntamiento donde ostenta la condición de concejal. Ha dirigido escrito al alcalde preguntando si existe incompatibilidad entre el percibo de retribuciones por dedicación exclusiva en la Diputación e indemnizaciones por asistencia a las sesiones en el ayuntamiento donde ostenta la condición de concejal.

TERCERO. El alcalde pregunta al secretario-interventor si el reparo que se pone a la fase de ordenación de pagos por incumplir la prelación legal, ¿tiene efectos suspensivos?

CUARTO. Existe en marcha un expediente de contratación para la limpieza del consistorio durante el plazo de dos años. Abierta la fase de presentación de ofertas, en una UTE (unión temporal de empresas), una de las empresas solo aportó compromiso de formalización de aval bancario y aportó el aval en el plazo de subsanación. El alcalde pregunta al secretario-interventor si debe ser o no excluida de la licitación. Si fuera excluido, ¿qué recurso/s podría interponer?

QUINTO. Convocado pleno extraordinario a solicitud de concejales, al tomar la palabra dijeron que retiraban los asuntos solicitados y se ausentaron del Pleno. Pese a todo, se continuó la sesión y se procedió a su votación. ¿Se considera que se abstuvieron?

SEXTO. El ayuntamiento consta de nueve miembros. Celebrado pleno extraordinario, el día 8 de abril, para la aprobación de un convenio laboral, en el momento de iniciarse la sesión y durante la celebración del mismo se encontraban presente el alcalde, el secretario-interventor y tres concejales del Grupo municipal al que pertenecía el alcalde y un concejal del grupo de la oposición. En el momento de votarse la aprobación del referido convenio laboral, antes de su votación, uno de los concejales presentes recibe una llamada telefónica de un familiar comunicándole que su compañera sentimental se había puesto de parto y que, de inmediato, sería trasladada a la residencia de la Seguridad Social de Cáceres, a unos 20 kilómetros. Ante ello, abandona de inmediato el salón consistorial. A continuación, se procedió a la votación del acuerdo y se aprobó con los votos del alcalde y sus concejales, votando en contra el concejal de la oposición. El acuerdo aprobado se publicó el 16 de abril.

El día 16 de mayo, el concejal de la oposición que había votado en contra presenta recurso administrativo de reposición contra dicho acuerdo con fundamento en: a) El acuerdo era nulo de pleno derecho por no respetar las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados y, b) No era de la competencia del pleno la aprobación de dicho convenio.

Se solicita, por el alcalde, informe razonado del secretario-interventor sobre cuál debe ser el contenido de la resolución al referido recurso.

SÉPTIMO. Por sentencia, dictada en el presente año, se declaró la nulidad del acuerdo de adjudicación de un contrato. En el año 2008 se acordó liquidar el referido contrato, poniéndose en marcha el oportuno procedimiento, pero, finalmente, no se hizo nada. El alcalde pregunta al secretario-interventor cómo se debe proceder?

Cuestiones planteadas:

Se han ido planteando después del relato de los distintos hechos.

Solución

PRIMERO. La vía del recurso contencioso contra la inactividad es procedente, pero se plantea un problema, en concreto, cuál de las dos modalidades previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) (art. 29.1 y 2) debería emplearse.

Comenzaremos por analizar brevemente los requisitos de cada una de ellas.

El artículo 29.1 de la LJCA dispone que:

Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté

obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

El ejercicio conforme a Derecho de la pretensión de condena regulada en el citado artículo 29.1 de la LRJCA, pasa por el cumplimiento de los requisitos que para su ejercicio ante esta jurisdicción previene el precepto, esto es, que quien quiera hacer uso ante los tribunales de esta peculiar pretensión de condena tiene que cumplir con los requisitos preprocesales que impone el precepto, para que así la Administración tenga la oportunidad de conocer que el reclamante le está pidiendo que ejecute en su favor una prestación concreta a la que tiene derecho, y, pueda, en consecuencia, cumplir aquello a lo que está obligada o bien denegar el derecho del reclamante a la prestación concreta, bien por estimar que no tiene ese derecho, bien que lo tiene pero en unos términos distintos a los pretendidos. Sin embargo, en todo caso, lo que es necesario en el escrito del reclamante dirigido a la Administración es identificar la concreta prestación a la que tiene derecho y el precepto en el que ampara su ejercicio.

Por su parte, el artículo 29.2 de la LJCA dispone que:

Quando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si esta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.

La finalidad del precepto es la especial protección contra la inactividad ejecutiva de procurar una rápida tutela (que no podría lograrse a través del procedimiento ordinario), es más, en estos casos no tendría sentido seguir todos los trámites del proceso administrativo declarativo hasta la sentencia, cuando, por existir ya un título ejecutivo con fuerza obligatoria de lo que se pretende de la Administración, no es la sentencia de condena sino la ejecución lo que demanda la tutela jurisdiccional efectiva.

La acción del artículo 29.2 precisa, por tanto, en primer lugar, un acto firme, expreso o presunto, pero también que el interesado solicite con total claridad a la Administración su ejecución. Dicha solicitud es inexcusable para que la Administración requerida pueda ejecutar el acto y para que el interesado pueda ejercitar en forma la pretensión del artículo 29.2. De manera que, si la petición del afectado no cumple esos requisitos, luego no podrá acudir a la jurisdicción sobre la base del citado artículo 29.2, pues esta vía requiere el adecuado cumplimiento de esa condición preprocesal.

Realizado este breve repaso, entendemos que el supuesto de incumplimiento de levantar el acta de ocupación encontraría encaje en el artículo 29.1, pues el acta de ocupación no

sería la ejecución de un «acto firme», sino el cumplimiento de un trámite del procedimiento expropiatorio iniciado de oficio por la Administración y cuya preceptividad viene fijada por la propia normativa (arts. 53 de la Ley de Expropiación Forzosa y 55 de su Reglamento de desarrollo). Es decir, estamos ante el derecho a una prestación que nace de la propia norma y del acto consistente en la propia incoación del expediente expropiatorio.

En este sentido, podemos citar la STSJ de Andalucía (Sevilla) 149/2011, de 8 de febrero de 2011 (rec. núm. 889/2007):

SEGUNDO. Los derechos económicos de los regidores locales se regulan, positivamente, en los artículos 75 y 75 bis y ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL); así como en el artículo 13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. A tenor de dichos preceptos, la compensación del trabajo de los corporativos presenta las siguientes modalidades: sueldo o haberes fijos, indemnizaciones, asistencias y dietas por desplazamientos y gastos de viaje. Bien cierto es que esta catalogación no es pacífica; ya que parte de la doctrina sostiene que las categorías retributivas deben reducirse a las de sueldo o haberes fijos, indemnizaciones y asistencias, o solo a las dos primeras, habida cuenta que, tanto las asistencias por concurrencia a sesiones de órganos de la corporación, como las dietas por otros gastos, participan, en puridad, del concepto legal de indemnizaciones. Como bien señala Tomás Cobo Olvera, en sus *Comentarios a la Ley de Bases de Régimen Local*, el derecho a retribución de los miembros corporativos no es un derecho inherente al cargo, sino de configuración legal y, por tanto, para su percepción ha de acomodarse a las normas que lo regulan. Hay que señalar, además, que las retribuciones e indemnizaciones tienen carácter personal, intuitu personae; por lo tanto, se trata de derechos económicos distintos de los que otorga el artículo 27 del ROF a los grupos políticos.

Examinado el marco normativo general, vamos a proceder al estudio de la cuestión concreta formulada en su caso; es decir, si existe alguna incompatibilidad entre el percibo de retribuciones fijas y periódicas por dedicación exclusiva en la Diputación Provincial e indemnizaciones por asistencia a las sesiones corporativas en el ayuntamiento donde ostenta la condición de concejal.

Debemos tener en cuenta que las previsiones del artículo 75.3 del LRBRL, prescriben, como regla general que:

Solo los miembros de la corporación que no tengan dedicación exclusiva ni dedicación parcial percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la corporación de que formen parte, en la cuantía que señale el Pleno de la misma.

Este precepto no ha sido objeto de modificación alguna por parte de la LRSAL, de forma que continúa la misma redacción dada en el año 2000. Pero también debe tenerse en cuenta que la reciente reforma operada por la LRSAL ha incorporado dos nuevos preceptos (arts. 75 bis y ter), estableciendo el apartado tercero del artículo 75 bis una previsión con relación a esta materia –por cierto con una pésima técnica legislativa– y se puede comprobar con la simple lectura de sus previsiones:

Solo los miembros de la corporación que no tengan dedicación exclusiva ni dedicación parcial percibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la corporación de que formen parte, en la cuantía señalada por el Pleno de la misma.

Como puede apreciarse, es una copia literal de las previsiones que continúan vigentes y reguladas en la normativa.

Este tipo de indemnización, por otra parte, debe ser igual para todos los miembros que forman parte del órgano colegiado, según señaló la STS 239/1997, de 1 de diciembre de 1995. Esta razona, además, que:

En cuanto a las diferentes cantidades asignadas en casos de dietas por asistencia a las sesiones, se llega a la conclusión en virtud de criterios de razonabilidad de que debe acogerse la argumentación de los apelantes respecto a que no supone necesariamente mayor trabajo la preparación de las sesiones por quien ejerce cargos de mayor responsabilidad. Pues la conducta exigible de los miembros de la corporación, tanto los que forman parte del equipo de gobierno municipal como los demás, es una diligencia extrema en el estudio de los asuntos examinados por los órganos colegiados. No es de apreciar por tanto que exista mayor trabajo como consecuencia de la sesión para el que es titular de un cargo en el equipo de gobierno, pues ello supondría una mera asistencia pasiva de los demás concejales que es desde luego contraria al espíritu de la legislación reguladora y a las exigencias del interés público.

Además, según ha venido siendo reconocido, por todas STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2005:

Resulta razonable fijar indemnizaciones distintas según el órgano municipal que se trate, pero sin establecer diferencias personales; tales diferencias de dietas de asistencia según de qué órgano se trate pueden estar justificadas por la propia importancia, complejidad o competencia del órgano en concreto; así, se entiende que sean mayores por la asistencia a la Junta de Gobierno (con competencias ejecutivas) y a las mesas de contratación (por la materia que tratan) que las asistencias a las comisiones informativas (competencias dictaminadoras); sin embargo no resultaría admisible un criterio que introdujese diferencias en las dietas según el partido o grupo político a que perteneciese el diputado o concejal.

Pues bien, entendemos que la literalidad del precepto, y su interpretación sistemática, nos lleva necesariamente a concluir que la posible incompatibilidad de percepciones entre haberes e indemnizaciones por asistencia solo se puede producir dentro de la misma corporación local.

En este caso, nos encontramos que el régimen de dedicación exclusiva lo percibe en una entidad local diferente a la que le indemniza por asistir a las sesiones plenarios; de forma que el límite (incompatibilidad) establecido tanto en el artículo 75.3 como en el 75 bis.3, no resulta de aplicación, pues entendemos que solo se puede desarrollar en el ámbito de la misma entidad local, no entre entidades locales diferentes; siempre que tenga el carácter de indemnizaciones lógicamente, porque cualquier otra clase de retribución, aunque parcial, originaría un claro impedimento de incompatibilidad.

TERCERO. Podemos definir el reparo, a tenor de lo preceptuado por el artículo 215 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), aprobado por Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, como la forma que adopta la actuación interventora en los casos de disconformidad. Precepto equivalente al del artículo 154.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP 2003).

Solo actuando a través del reparo, el interventor se exime de responsabilidad. No ha de olvidarse que de la realización de actos contrarios a las previsiones legales en materia de autorización de gastos o reconocimiento, liquidación y pago de obligaciones, pueden derivarse las responsabilidades previstas en el artículo 188 del TRLRHL, que se imputarán al ordenador «en todo caso», y al interventor «cuando no advierta por escrito su improcedencia». Precepto de alcance particular que ahora el citado artículo 215 generaliza a todos los casos de desacuerdo en la fiscalización.

La fiscalización de conformidad no se halla sometida a reglas especiales. En cambio, si formula reparos, el interventor deberá –en virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad– exponer los motivos de la disconformidad, citando los preceptos legales infringidos. Así lo dice, en el ámbito estatal, el segundo párrafo del artículo 15.1 del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre; a cuyo tenor, «dichos reparos serán motivados con razonamientos fundados en las normas en que se apoye el criterio sustentado y deberán comprender todas las objeciones observadas en el expediente».

Ahora bien, y dependiendo de los efectos que produce el reparo, podemos distinguir entre reparos esenciales y reparos no esenciales; integrándose en el primer grupo los previstos. Únicamente cabe este tipo de reparo en los supuestos tasados en la ley; si bien la imprecisión del apartado c) impide que podamos considerar como cerrada la enumeración de dichos supuestos. Pues la ley distingue según cuáles sean los actos sometidos a fiscalización para atribuir distinta trascendencia a los respectivos reparos.

Por lo que se refiere a los efectos normales del reparo en materia de gastos, ha de recordarse que están sometidas a fiscalización todas y cada una de las fases de gestión del

gasto, es decir, autorización, disposición, reconocimiento de la obligación y ordenación del pago. Por eso, al examinar los actos correspondientes, uno de los aspectos a tener en cuenta es si se han producido correctamente las fases anteriores relativas al mismo gasto. Pero, cualquiera que sea la fase en que el reparo se produzca, los efectos de este dependen sobre todo de que la causa que los motiva constituya defecto esencial o meramente accidental, pues el artículo 216.2 del TRLRHL dispone:

Si el reparo afecta a la disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones u ordenación de pagos, se suspenderá la tramitación del expediente hasta que aquel sea solventado en los siguientes casos:

- a) Cuando se base en la insuficiencia de crédito o el propuesto no sea adecuado.
- b) Cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago.
- c) En los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales.
- d) Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios.

Así pues, los que suspenden la tramitación del expediente son los reparos motivados por defectos esenciales, que se enumeran indiferenciadamente en las letras a) a d) del artículo 216.2 del TRLRHL, afectando a la fase de ordenación de pagos la del apartado b), centrada en que el reparo se formula «cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago». Si el acto que da origen a la orden de pago se ha fiscalizado, el hecho de que se incumpla el orden de prelación no supone que exista un defecto esencial.

En consecuencia, carece de efectos suspensivos el incumplimiento del orden de prelación de pagos al no estar enumerado en el artículo 216.2 del TRLRHL; por no estar basado en defectos esenciales. Para tales casos, creemos, a pesar de no haber sido recogido en la normativa local, podría ser de aplicación supletoria lo previsto en el artículo 154.2, párrafos 2.º y 3.º de la LGP 2003, según el cual:

En el supuesto de que los defectos observados en el expediente derivasen del incumplimiento de requisitos o trámites no esenciales, la Intervención podrá emitir informe favorable, pero la eficacia del acto quedará condicionada a la subsanación de dichos defectos con anterioridad a la aprobación del expediente. El órgano gestor remitirá a la Intervención la documentación justificativa de haberse subsanado dichos defectos. De no solventarse por el órgano gestor los condicionamientos indicados para la continuidad del expediente, se considerará formulado el correspondiente reparo.

CUARTO. La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, admite que el sector público contrate con uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto (art. 69).

El artículo 61.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dispone que, en el caso de uniones temporales de empresarios, las garantías provisionales podrán constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que, en conjunto, se alcance la cuantía requerida en el TRLCSP y se garantice solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal.

En cuanto a la finalidad y efectos de las garantías provisionales, es criterio reiterado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) que estas garantías –a diferencia de las definitivas que aseguran la correcta ejecución del contrato– lo que aseguran y garantizan es la seriedad de las ofertas y la formalización del contrato adjudicado y, por tanto, procede su incautación en los supuestos de retirada de ofertas y de falta de formalización por causa imputable al adjudicatario.

Conforme al artículo 108 de la LCSP, las garantías exigidas en los contratos celebrados con las Administraciones públicas podrán prestarse mediante aval, debiendo este reunir las características del artículo 56 del RCAP.

Si la mesa de contratación observa defectos u omisiones subsanables en la documentación administrativa presentada, además de tener que comunicarlo y hacer público, tiene que conceder un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación (art. 81 RCAP, relativo a la «calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables»).

Es discrecional, por parte de la mesa, determinar qué defectos son subsanables y cuáles no; puesto que el RCAP no lo determina expresamente. Existe una tendencia jurisprudencial a favorecer la posibilidad de subsanación de defectos de las ofertas con el fin de no limitar inútilmente la concurrencia de licitadores. No obstante, hemos de tener presente el criterio mantenido reiteradamente por la JCCA sobre la existencia de defectos subsanables en sus informes, entre otros, 25/2002, de 17 de diciembre; 35/2002, de 17 de diciembre; 48/2002, de 28 de febrero de 2003; 27/2004, de 7 de junio, y 36/2004, de 7 de junio, donde manifiesta que, sin poder establecer una lista exhaustiva de los mismos, ha de considerarse que revisten tal carácter los que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento.

El criterio mantenido por la JCCA puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir a la licitación, siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable.

Entendemos, por tanto, que debe ser excluida la UTE del procedimiento de adjudicación del contrato que estamos comentando debido a que el compromiso de formalización de

aval no es admisible como garantía; y la constitución del aval en fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de proposiciones no es un defecto subsanable, conforme al criterio reiterado en numerosas ocasiones por la JCCA.

Respecto al recurso a interponer, depende de si el contrato estaba sujeto a SARA o no.

Se trata de un contrato de servicios del artículo 17 por el que se regula la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, señalando que son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II. Está sujeto a Regulación Armonizada de acuerdo con el artículo 22 b), están sujetos a SARA los contratos cuyo valor estimado sea igual o superior a 214.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entidades del sector público distintas a la Administración general del Estado, sus organismos autónomos o las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

Según el artículo 44, cabría contra la exclusión de la Mesa de Contratación el recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal de Recursos Contractuales y, posteriormente, recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (art. 8.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Si no estuviera sujeto a SARA cabría recurso de reposición potestativo, conforme a los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (tanto la competencia para contratar sea del alcalde o del Pleno) y, posteriormente, recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo

QUINTO. Del contenido del relato de hechos no parece que podamos calificar jurídicamente la situación como propuesta de que algún punto quede sobre la mesa. Creemos que estamos ante el desistimiento, por los concejales, de su derecho a tratar algunos puntos determinados en el orden del día.

El desistimiento y la renuncia se regulan de forma conjunta en el artículo 93 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común. Según dicho artículo:

Todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por el ordenamiento jurídico, renunciar a sus derechos. Si el escrito de iniciación se hubiera formulado por dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia solo afectará a aquellos que la hubieren formulado.

El artículo 93.3, relativo a medios y efectos, dice que tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia; indicando, a continuación, que la Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará

concluido el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen estos su continuación, en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento. Dice, también, que si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguir el procedimiento.

Para concretar la aplicación de aquellos derechos, incluidos en los preceptos expuestos, hemos de referirnos al artículo 6.2 y 3 del Código Civil; norma aplicable a todas las ramas del Derecho, cuyo texto dice:

La exclusión voluntaria de la ley aplicable, y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, solo serán válidas cuando no contraríen el interés general o el orden público ni perjudiquen a terceros. Los actos contrarios a las normas imperativas... son nulos de pleno derecho.

Dado que no estamos, a nuestro juicio, ante un acto contrario al interés general ni se perjudica a terceros, nos parece perfectamente válido que los concejales que solicitaron tratar los asuntos en una sesión plenaria, desistan de ello.

El trámite de dejar los asuntos sobre la mesa para la próxima sesión (trámite peculiar de la Administración local y de normal utilización en sus sesiones) tiene como fundamento el asegurar la idoneidad y la viabilidad de los acuerdos. Puestos a escoger entre la celeridad de la actuación o la posibilidad de dilación, el legislador no ha dudado en inclinarse por esta última, no obligando a resolver forzosamente los asuntos en la sesión en cuyo orden del día han sido incluidos, permitiendo su demora con la mayor amplitud, con objeto de garantizar la pertinencia y la procedencia de unos acuerdos que, una vez adoptados, van a ser vinculantes para la corporación.

Se confiere el ejercicio de este derecho a cualquier miembro de la corporación. Así, el artículo 92.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales establece que:

Cualquier concejal podrá pedir, durante el debate, la retirada de algún expediente incluido en el orden del día, a efecto de que se incorporen al mismo documentos o informes, y también que el expediente quede sobre la mesa, aplazándose su discusión para la siguiente sesión.

La solicitud no paraliza la deliberación sobre el asunto, ya que el debate continuará. Pero, antes de proceder a la votación sobre el fondo del asunto, será votada aquella petición. Si no hay mayoría, se someterá a votación el fondo del asunto. Si hay mayoría simple, no habrá lugar a votar la propuesta de acuerdo y el asunto quedará sobre la mesa, aplazándose su discusión para la siguiente sesión (art. 92.1 ROF).

Como decíamos, no creemos que estemos ante una retirada de asunto para un mejor estudio; sino que, simplemente, los concejales han decidido desistir o renunciar a su dere-

cho de tratar los asuntos por los que se convocó el Pleno. Por ello, consideramos que no debió votarse la retirada de ningún punto ni deliberar y votar sobre los mismos.

No obstante, y por no eludir contestar a la cuestión planteada, si aceptamos que se debió votar la retirada del asunto, estamos de acuerdo con su percepción de que se debe considerar que los ausentes se abstuvieron. Tal y como dispone el artículo 100 del ROF, a efectos de la votación correspondiente se considerará que se abstienen los miembros de la corporación que se hubieren ausentado del salón de sesiones una vez iniciada la deliberación de un asunto y no estuviesen presentes en el momento de la votación.

Pero creemos que no se debió de votar; y, tras el desistimiento de los concejales, debería haberse levantado la sesión sin más consideraciones. Si los concejales retiraron sus propuestas, no tenía sentido que el Pleno votase esa retirada, dado que se había producido un desistimiento.

SEXTO. Lo primero que debemos significar es que el recurso debió ser no admitido por extemporáneo. En este sentido, el artículo 124 de la Ley 39/2015, LPAC, señala el plazo de un mes para la interposición de este recurso. Normalmente, este plazo se computa desde el momento de la notificación o publicación pero, en este caso, al tratarse de un concejal que tenía conocimiento del contenido del acuerdo desde el momento de la celebración del pleno municipal que se celebró el día 8 abril, el plazo empieza a computarse desde dicha fecha y no desde el momento en que se publicó el acuerdo, día 16 abril. Luego, el día 16 mayo interponer el recurso de reposición estaba ya fuera de plazo.

Respecto a los argumentos utilizados:

a) Acto nulo de pleno derecho por vulneración de las reglas esenciales para la formación de voluntad de órganos colegiados

Este vicio se encuentra contemplado en el artículo 47 e) de la Ley 39/2015. Se debe referir a la inexistencia de quórum suficiente en el momento de producirse la votación, porque en el momento de constituirse la sesión y durante toda la celebración de la misma asistieron al pleno extraordinario el alcalde, el secretario, cuatro vocales del grupo municipal del alcalde y un concejal del grupo municipal de la oposición, por lo tanto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 90.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, a falta de Reglamento Orgánico propio que señala que:

Para la válida constitución del Pleno se requiere la asistencia de un tercio del número legal de miembros de la corporación, que nunca podrá ser inferior a tres. Este quórum deberá mantenerse durante toda la sesión. En todo caso se requiere la asistencia del presidente y del secretario de la corporación o de quienes legalmente le sustituyan.

Sin embargo, antes de la votación se ausenta un concejal por lo que dicho quórum ya no se mantiene de manera que, efectivamente, el acuerdo adoptado es nulo de pleno derecho porque el alcalde, ante la ausencia del concejal de su grupo antes de la votación, y al no estar el quórum mínimo exigido por el ROF, debió suspender la sesión.

b) Órgano competente para la aprobación del convenio del personal laboral

Para un examen adecuado de la cuestión planteada, es preciso realizar una reflexión general sobre la cuestión de la competencia para aprobar los acuerdos y pactos en las corporaciones locales. El artículo 38.2 y 3 del Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), establece que los pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente. Los acuerdos versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas. Para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos. Cuando tales acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente.

Tradicionalmente, el Pleno viene siendo el órgano que aprueba o ratifica dichos convenios. Si bien, es cierto que la aparición de las Juntas de Gobierno Local en los municipios de gran población ha provocado la aparición de posiciones diferentes a este respecto.

Así, debemos destacar que al Pleno municipal, en los municipios ordinarios, la normativa local no le atribuye expresamente la competencia de aprobar los acuerdos, pactos y convenios de personal. Dicho órgano ostenta expresamente, en materia de personal, las atribuciones determinadas en el artículo 22.2 i) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL); en concreto, la aprobación de la plantilla de personal y de la relación de puestos de trabajo, y a la fijación de la cuantía de las retribuciones complementarias fijas y periódicas de los funcionarios y el número y régimen del personal eventual. En cambio, en los municipios de gran población, nos encontramos que el artículo 123 de la LRBRL atribuye menores competencias al Pleno municipal, pasando el bloque más importante de las mismas a la Junta de Gobierno Local (art. 127 h), pero tampoco esta tiene atribución expresa alguna sobre esta materia.

Ahora bien, dicho lo anterior, entendemos que resulta esencial tener en cuenta que la doctrina señala que estos acuerdos contienen elementos que permiten entender que nos encontramos ante una naturaleza jurídica «reglamentaria o nor-

mativa», si bien con varios matices, ya que no despliega efectos *ad extram*, sino que tienen carácter interno. De todas formas, como conclusión, debemos señalar que en este sentido se han manifestado las SSTSJ de Cantabria de 23 de abril de 1995, de la Comunidad Valenciana de 24 de junio de 2004 y del País Vasco de 6 de junio de 2003. Y lo mismo podemos predicar con relación a los convenios colectivos, ya que no existe duda alguna del carácter normativo de los mismos.

Por tanto, entendemos que, al constituir el Pleno municipal el único órgano que tiene encomendada la potestad reglamentaria municipal (art. 22.2 y 123.1 d) LRBRL), a nuestro juicio, parece que lo más razonable y coherente es atribuir esta competencia al citado órgano municipal. Recordemos que la Junta de Gobierno Local, en los municipios de gran población, carece de competencias para la aprobación de disposiciones reglamentarias, únicamente de los «Proyectos» (art. 127.1 a) LRBRL); por ello, en coherencia con lo anteriormente expuesto, entendemos que no es posible atribuir a la misma competencia para adoptar esa clase de acuerdos de aprobación.

En cuanto al alcalde, tampoco tiene conferida expresamente la competencia de aprobar o ratificar dichos acuerdos, al no estar mencionada dicha facultad en los artículos 21.1 y 124 de la LRBRL.

SÉPTIMO. El artículo 42.1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, determina la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Esta declaración general de la LCSP, queda cerrada de este modo, sin más detalle; aunque posteriormente se señalan determinados recursos y procedimientos especiales para determinados contratos.

La norma general del artículo 42 de la LCSP no determina, según hemos indicado, ningún plazo ni procedimiento para efectuar la liquidación; por lo que habremos de acudir de manera supletoria, en la actualidad, a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y, en concreto, a sus artículos 22 y 25.1 b). Este mismo razonamiento utiliza el Dictamen 420/2008, de 12 de junio de 2008, del Consejo Consultivo de Castilla y León (Ley 1808/2008), que, en relación con un supuesto de plazo para la resolución contractual –tras la lectura del art. 109 RCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre– lo somete al plazo de caducidad de tres meses. O, también, los Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía 547/2010, de 28 de septiembre, y 175/2007, en los que se indica que la LPAC establece un plazo máximo de duración para los procedimientos iniciados de oficio, en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en ge-

neral, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, determinando la aplicación del instituto de la caducidad en caso de incumplimiento del mismo.

Por lo tanto, lo que procede es la declaración de caducidad del procedimiento iniciado hace casi cuatro años, y el inicio de un nuevo procedimiento tendente a la liquidación del contrato en los términos del artículo 42 de la LCSP.

También es interesante el apartado tercero de este mismo precepto, al que se puede hacer mención al inicio del expediente (puesto que la entidad local debería haber iniciado hace tiempo también un nuevo procedimiento de adjudicación del servicio o haber decidido en relación con su futuro), que aunque solo se refiere a las declaraciones administrativas de nulidad, podría ser tenido en cuenta para justificar la irregular continuidad del contrato nulo durante este periodo de tiempo, si bien el plazo supera con creces lo que la norma justificaría como urgente. Además, la continuidad de las prestaciones, mientras de manera urgente se da solución al problema generado, es admisible y conforme al derecho comunitario, según STJCE de 8 de abril de 2008 (asunto C-444/06).

En la práctica, la jurisprudencia ha utilizado el recurso a la institución del enriquecimiento sin causa para, a pesar de la declaración la invalidez del contrato, conservar la prestación realizada por el contratista y exigirle a la Administración, al mismo tiempo, el cumplimiento de su obligación; no ya debido al contrato, sino como un medio para evitar el enriquecimiento sin causa que de otro modo se produciría. En este sentido, véase la STS de 21 de marzo de 1991, sin perjuicio de la necesidad de buena fe del contratista (que deberá haber sido mantenida durante el periodo en el que el contrato ha estado prolongado, sin que haya debido realizar inversiones más allá de lo estrictamente necesario, pues conocía la precariedad de la situación del contrato que ejecutaba). Esta buena fe se añade como requisito en la STS 18 de julio de 2003. Así, las prestaciones del particular no pueden deberse a su propia iniciativa, ni deben revelar una voluntad maliciosa del mismo; sino que tendrán 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 18 de junio de 2004). En esta última sentencia, por lo demás, se declara que el restablecimiento del perjuicio económico que tuvo que soportar el contratista a causa del encargo integra los gastos realizados en el proyecto, los gastos e intereses del crédito bancario formalizado para atender los gastos del encargo, el importe de los trabajos realizados en el proyecto y el beneficio industrial calculado con base en el 6 % del proyecto.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 6.
- Ley de Expropiación Forzosa de 1954, art. 53.
- Ley 7/1985 (LBRL), arts. 75, 75 bis, 123 y 127.

- Ley 29/1998 (LJCA), art. 29.
- Ley 47/2003 (Ley General Presupuestaria), art. 154.
- Ley 39/2015 (Ley del Procedimiento Administrativo Común), arts. 25, 28, 47, 93, 123 y 124.
- Ley 9/2017 (Ley de Contratos del Sector Público), arts. 17, 22, 25, 42, 69 y 108.
- Real Decreto 1098/2001 (Reglamento de la Ley de Contratos), arts. 61 y 81.
- Real Decreto legislativo 2/2004 (Texto refundido de Haciendas Locales), arts. 188, 215 y 216.
- Real Decreto legislativo 5/2015 (Estatuto Básico de la Función Pública), art. 38.

El Premio Estudios Financieros celebra tres décadas de apoyo a la investigación

El CEF.- Centro de Estudios Financieros celebró el miércoles 30 de septiembre la ceremonia de entrega de la XXX edición del Premio Estudios Financieros desde el salón de actos del campus de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, evento que se desarrolló en directo vía *online*, siguiendo las recomendaciones de las autoridades sanitarias, con el fin de reducir riesgos de propagación del coronavirus.



Mesa presidencial ubicada en el salón de actos de la UDIMA

En el solemne acto, presidido por los presidentes del Grupo Educativo CEF.- UDIMA Arancha de las Heras y Arturo de las Heras, estuvieron presentes *online* los autores de los trabajos premiados en sus ocho modalidades –cuyos primeros premios intervinieron por videoconferencia–, así como sus respectivos jurados y numerosas personalidades de los ámbitos académico, jurídico, empresarial y de las Administraciones públicas.

Arancha de las Heras, que abrió formalmente el acto con su intervención en nombre del Grupo Educativo, se felicitó de que, a pesar de la incertidumbre generada por la covid-19, finalmente pudo celebrarse el evento: «No pensábamos en septiembre del año pasado que al abrir esta convocatoria sería tan diferente a la de otros años» e, incluso, tras la declaración del estado de alarma, «nos planteamos anular la convocatoria», pero, «realmente, eran 30 años en los que estábamos apostando por la investigación, y una pandemia no podía pararnos».

La presidenta del Grupo Educativo compartió la mesa presidencial con su hermano y también presidente de la institución, Arturo de las Heras, así como con el fundador y presidente de honor, Roque de las Heras. Una edición diferente por su modelo *online*, pero que,



Arancha de las Heras, presidenta de la UDIMA

lejos de perder peso en las convocatorias, ha recibido «más trabajos que en otras ediciones», señaló Arancha de las Heras.

«Queremos seguir apostando por la investigación, y reconocer el trabajo en silencio de todos aquellos que en sus despachos, domicilios, fines de semana, puentes... estrujan las últimas normativas, sentencias o herramientas tecnológicas, buscando nuevas oportunidades de análisis para seguir con el avance del conocimiento. Muchas gracias, investigadores, por todo vuestro esfuerzo», enfatizó Arancha de las Heras.

Por su parte, Arturo de las Heras aprovechó la redonda cifra de 30 años para recordar el motivo y la trayectoria de uno de los galardones «más prestigiosos del país en su categoría». «Tanto por su dotación (9.000 euros libres de impuestos para el ganador en cada modalidad), como por su reconocimiento en la sociedad». Más de 600 trabajos seleccionados en todo este tiempo, en los que se han invertido ya alrededor de 2 millones de euros.



Arturo de las Heras, presidente del CEF.-

Un importante estímulo para los investigadores españoles para «que continúen su labor de análisis crítico y práctico de la sociedad», explicó Arturo de las Heras. Además, los ganadores ven recompensado su esfuerzo y dedicación al ver divulgado su trabajo en las distintas revistas editadas por el CEF.-. El premio busca trabajos «que no se queden en el plano teórico», explicó el presidente, «sino que tengan una aplicación práctica en el mundo profesional, tanto para la empresa privada como para la Administración».

Premios de «referencia legal, fiscal y empresarial»

Clausuró el acto el presidente de honor y fundador del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Roque de las Heras, tras hacer oficial la entrega de los 23 premios (ocho principales y 15 accésits). En total fueron casi 200 trabajos presentados en las distintas modalidades, representando además la práctica totalidad de la geografía española, como anotó su fundador. «Gracias a los que nos remiten sus trabajos, tras muchos meses de investigación», pues «también servirán para los futuros alumnos», añadió.

Roque de las Heras se acordó especialmente del trabajo de los jurados, casi todos «premiados en ediciones anteriores», y la mayoría hoy ya en calidad de «catedráticos o socios

de grandes consultoras». Precisamente, casi el 80 % de los premios fueron otorgados a catedráticos y profesores universitarios, mientras que el resto recayó en profesionales tanto de la Administración pública como de la empresa privada.

Las intervenciones de agradecimiento de los premiados estuvieron marcadas por referencias a las inusuales circunstancias y a las personas fallecidas durante la pandemia. Todos agradecieron el «impulso» que supone este galardón, que alguno no dudó en calificar como premio «de referencia y con más prestigio en España en el ámbito legal, fiscal y empresarial».



Roque de las Heras, presidente de honor del Grupo CEF.- UDIMA



La pantalla múltiple fue la herramienta de comunicación

Muchos proyectos surgieron durante el confinamiento, a veces fruto de las novedades jurídicas que imponía el estado de alarma. Y también hubo anécdotas: dos de los premiados han sido reconocidos más de una vez, uno de los cuales decía sentirse ya «como en casa». Otro premio se quedó literalmente en familia, pues premió a padre e hija con un mismo trabajo elaborado a dos manos.

Teletrabajo y escena laboral

La gala, dirigida por el director de Comunicación del Grupo CEF.- UDIMA, Luis Miguel Belda, contó también con la participación especial de algunas personalidades del ámbito económico y social. Miguel Garrido, presidente de la CEIM y vicepresidente de la CEOE, aventuró algunos de los cambios que traerá la pandemia, como el teletrabajo, que habrá que aprovechar para que no suponga «un lastre a la productividad de las empresas».

Por su parte, Lorenzo Amor, presidente de la ATA, sumó sus palabras a las de Garrido. En su caso, para recalcar la necesidad de aprovechar «los momentos del teletrabajo», que



El acto fue moderado por el director de Comunicación, Luis Miguel Belda

hasta ahora no hemos sabido. Se trata no solo de impulsar el teletrabajo, sino de usarlo para «formarnos y mejorar la competitividad de nuestros trabajadores y tejido empresarial».

Y es que el escenario laboral que se vislumbra, ya impulsado hace años por la digitalización y la transición energética, se ha visto acelerado por la pandemia. Las nuevas plataformas y el trabajo telemático darán lugar a nuevas ocupaciones y competencias asociadas.



Miguel Garrido, presidente de la CEIM



Lorenzo Amor, presidente de la ATA



Unai Sordo, secretario general de CC. OO.

Nuevos empleos que, para Unai Sordo, secretario general de CC. OO., necesitarán «políticas sectoriales». Políticas que permitan ver los sectores en desarrollo en las próximas décadas. Así como para convertirse en planes de formación permanente para todos los trabajadores, «como pasarela a empleos de calidad y estables», abundó.

Alberto Orellana

Departamento de Comunicación. CEF.- UDIMA

Acto virtual de graduación de los grados y másteres de la UDIMA, curso 2019-2020

Sin apretón de manos, sin abrazos, pero con la misma ilusión, la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, celebró el martes 6 de octubre de manera virtual el solemne acto de graduación de los alumnos de los grados y másteres del curso 2019-2020. Marcado por las constantes menciones a lo inhabitual del formato por la pandemia, la UDIMA no desaprovechó sin embargo su condición para demostrar el reconocimiento a distancia a los ya egresados.

La rectora de la UDIMA, Concha Burgos, abrió el acto desde la mesa presidencial, que completaron junto a ella el secretario general de la Universidad, Eugenio Lanzadera, y la copresidenta del Grupo Educa-



Mesa presidencial en el salón de actos de la UDIMA



Luis Miguel Belda y Rocío González, conductores del acto

tivo CEF.- UDIMA, Arancha de las Heras, que clausuró la videoconferencia. Condujeron el acto y el nombramiento de todos los egresados el director de comunicación, Luis Miguel Belda, y la periodista del grupo, Rocío González.

«En marzo nuestra vida cambió, también la universitaria», dijo la rectora, quien sin embargo subrayó que para los alumnos de la UDIMA el mayor cambio fueron únicamente



Concha Burgos, rectora de la UDIMA

los exámenes. Con «felicitación» por parte de «la mayoría» de los estudiantes, apuntó. En esta atípica graduación, Concha Burgos animó a los egresados a considerar el emprendimiento de cara a la carrera laboral que ahora empiezan. Y a elegir con qué actitud afrontar este «año convulso».

Para ella, la principal conclusión de este curso es la validación del modelo de enseñanza de la UDIMA. «Las universidades presenciales se han pasado a la teleeducación y ahora hasta las especialidades experimentales se enseñan en línea, como Harvard en Medicina». Un formato estrenado por la institución en 2008, que ahora refuerza con la telepresencia, y que supone un «espaldarazo» y motivo para «seguir profundizando en sus virtudes», desgranó.

«Rédito frente a la adversidad»

Por su parte, el secretario general, Eugenio Lanzadera, repasó el año académico en el que han confiado en la UDIMA unos 12.700 alumnos (3.960 alumnos de grado, 3.677 de máster, 69 de doctorado y 5.000 en los títulos propios). Apelando a esa confianza y a los valores propios del estudiante *online* (constancia, sacrificio, ilusión, esperanza...), Lanzadera se acordó de los avances en los programas de investigación, el Erasmus Plus, al que pertenece la UDIMA, y la expansión del Grupo Educativo tanto en Latinoamérica como en Asia.



El secretario general de la UDIMA, Eugenio Lanzadera



Margarita Garbisu, decana de la Facultad de CC. Sociales y Humanidades

Además, cerró con un mensaje de recuerdo a la «esencia y germen de la Universidad: ese carácter humano, la facilidad de trato, la cercanía, la atención y el seguimiento constante para adaptarnos a vuestras necesidades, manteniendo al mismo tiempo la seriedad y el prestigio de la institución». Una labor «conjunta de toda la dirección, del profesorado y el personal de administración y servicios» que ha permitido «sacar rédito y músculo frente a la adversidad».

Posteriormente, en la lectura de los nombres de los egresados, los decanos de las facultades se sumaron virtualmente al mensaje de felicitación de los estudiantes. «Sabemos que

estos últimos meses no han sido fáciles», comentó Margarita Garbisu, decana de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades.

«Muchos habéis tenido que lidiar directamente con la pandemia». María Luisa Campanario, decana de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, subrayó esa única elección posible, mencionada por Burgos, ante la adversidad: la actitud para afrontarla. Laura Alonso, decana de la Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación, felicitó a los egresados por el «tesón y esfuerzo añadido en la etapa final, ya de por sí dura». Y añadió: «Esperamos de corazón haberos transmitido –además de los conocimientos– los valores necesarios para que abordéis vuestra profesión desde el amor y el respeto que merecen».



David de la Peña, decano de la Escuela de CC. Técnicas e Ingeniería

A su intervención la siguió la de Francisco David de la Peña, decano de la Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería, quien recordó el papel de esta rama: «En estos momentos tan inciertos la sociedad debe beneficiarse de nuestro conocimiento y debemos aportar soluciones a los retos a que nos enfrentamos». «Hoy no nos veremos ni chocaremos nuestras copas, pero nada logrará que perdamos de vista todo lo que habéis alcanzado», concluyó Andrés Delgado, decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas.

«Hoy no nos veremos ni chocaremos nuestras copas, pero nada logrará que perdamos de vista todo lo que habéis alcanzado», concluyó Andrés Delgado, decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas.



M.ª Luisa Campanario, decana de la Facultad de CC. Económicas y Empresariales



Andrés Delgado, decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas

UDIMA: «Más *online* que nunca»

Este año la representación de los alumnos cobró especial importancia al no poder verse físicamente. «Estoy convencido de que todo lo que estamos viviendo nos va a servir: Hoy en la UDIMA somos más *online* que nunca». Así comenzó José Armando Hernández sus palabras en nombre de los alumnos de grado. En su aparición, el egresado hizo especial mención de la atención del profesorado «más allá» de su trabajo. Algo que anima a mantener por ser «imprescindible» para la formación a distancia.

También recordó el apoyo de compañeros y familia (que «también se gradúan»), y arengó para superar las dificultades de esta coyuntura inesperada con formación continua. «Debemos demostrar que somos capaces de innovar y emprender sin miedo al fracaso. La formación nos ayuda a tener libertad y criterio, responsabilidad y sentido común. Ahora más que nunca necesitamos todo eso. No dejemos nunca de formarnos; de ser un poco más libres. Los verdaderos valores se demuestran en los tiempos difíciles».



Los titulados de másteres tuvieron a Ignacio Alonso como representante

En nombre de los egresados de los másteres, Ignacio Alonso se sumó al agradecimiento del «admirable interés» de los profesores por el curso, e incluso en la convivencia con la pandemia. «Diría que se me hace raro estar delante de una pantalla, pero mentiría, ya que si algo caracteriza a la UDIMA es la excelencia académica estemos donde estemos», apuntó. Con la UDIMA «hemos aprendido a no poner límites»; ni la pandemia, ni los estudios adaptados al formato completamente virtual.

Arancha de las Heras, copresidenta del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, puso punto final al acto. «Hitos como estos hacen que no podamos evitar agradecer la confianza en nuestra institución», señaló a los estudiantes, por haber superado el fin de curso marcado por el coronavirus. De las Heras felicitó a «la promoción que ha compartido tiempo de estudio, profesional y familiar con el miedo y la incertidumbre por la covid-19», «así como la primera en afrontar exámenes virtuales».

«Estudiantes, espero que esta graduación no sea más que un hasta luego y podamos seguir en contacto», abundó, poniendo a la Asociación de Antiguos Alumnos, ACEF.-, y la Bolsa de Empleo y Emprendedores a disposición de todos ellos. Lazos que «no pueden finalizar hoy» y que sirven para mantener actualizados los conocimientos y contactos, así como para participar de actividades lúdicas y culturales, «cuando el tiempo nos lo permita».



En representación de los graduados, intervino José Armando Hernández



Arancha de las Heras, presidenta de la UDIMA, cerró los discursos

Alberto Orellana

Departamento de Comunicación. CEF.- UDIMA

Solemne acto virtual de graduación del CEF.- Curso 2019-2020

«Este curso ha sido el del aprendizaje, para vosotros y para nosotros». Con estas palabras se podría resumir este curso académico para los alumnos del CEF.- Centro de Estudios Financieros. La frase es de Arancha de las Heras, presidenta del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, que abrió el solemne acto de graduación de los másteres del CEF.- para poner la guinda a un año atípico, pero también enriquecedor.

La cita contó igualmente con el también presidente del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Arturo de las Heras, y del director general del CEF.-, Emilio Rivas, que completaron la mesa presidencial desde el Campus de la UDIMA. A sus palabras de agradecimiento se sumaron las de los directores y jefes de estudios de la escuela de negocios en sus sedes de Barcelona, Madrid y Valencia, así como el habitual espacio para el representante de los alumnos.



El discurso inaugural corrió a cargo de la presidenta Arancha de las Heras



Luis Miguel Belda y Rocío González dirigieron el acto de graduación

Moderó el director de comunicación del Grupo Educativo, Luis Miguel Belda, quien citó a todos los egresados ayudado por la periodista del grupo Rocío González.

En sus palabras de agradecimiento, Arancha de las Heras mencionó, como harían tantos después, el «trabajo incansable» de los profesores y el personal de administración y servicios. Y especialmente el de los alumnos por el gran esfuerzo y logro alcanzados. Antes de terminar, la presidenta y doctora señaló: «Hoy no puede ser el fin del lazo que nos une», por lo que animó a los ya titulados a formar parte de la Asociación de Antiguos Alumnos, Alumni

que animó a los ya titulados a formar parte de la Asociación de Antiguos Alumnos, Alumni

CEFL.- UDIMA, la ACEFL.-, con la que también accederán a la Bolsa de Trabajo y Emprendedores.

A continuación, antes de pasar a la mención de los alumnos de cada máster, Emilio Rivas incluyó un mensaje ineludible para este curso: «Quiero mandar un abrazo a todos aquellos que, por motivo de la covid-19 habéis perdido a alguien; nos sumamos a vuestro dolor». No obstante, el director general subrayó el carácter de «celebración» del acto, y aprovechó para aclarar que, pese a todo lo ocurrido, «debemos tener esperanza». Actuar y perseguirla.



Emilio Rivas, director general del CEF.-

Brindis telepresencial

Enrique Cañizares, director de CEF.- Barcelona, arrancó el trayecto de conexiones en directo para sumarse a los mensajes de felicitación. Treinta graduaciones a sus espaldas le otorgan, como bien dijo, una «perspectiva histórica» de este tipo de actos. Pero no por ello quiso desmejorar la edición «más tecnológica» y con la primera generación de alumnos de «aprendizaje combinado» (clases presenciales, telepresenciales, exámenes *online*...). Al terminar, y echando en falta el cóctel habitual, Cañizares brindó con cava por los alumnos.



El brindis lo realizó Enrique Cañizares, director del CEF.- en Barcelona

También desde la ciudad condal, la jefa de estudios Pilar Gámez felicitó especialmente a los profesores al adaptarse al nuevo formato de clases, «facilitando el aprendizaje e involucrando a los alumnos en cada sesión». «Habéis conseguido que todo el esfuerzo del equipo humano del CEF.- haya valido la pena por salvar este año académico».

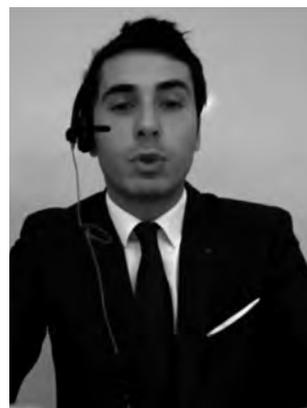
El Departamento de Informática abrió la intervención de agradecimiento y felicitación de José Pedro Valero, director del CEF.- en Valencia. «Por su entrega, capacidad y apoyo en la obligada transición de nuestro modelo de formación de presencial a telepresencial», concedió. Por otro lado, reflexionó que, si bien la pandemia ha causado mucho dolor, la promoción de este año tiene el espíritu, la fuerza y la capacidad para superar estas adversidades»; «un coraje extraordinario», que marcará su devenir profesional, afirmó.

«Estoy convencida de que vais a lograr vuestros objetivos en un corto periodo de tiempo. Si ponéis el mismo esfuerzo y dedicación que habéis puesto este año para obtener este

título, vais a labraros un futuro muy prometedor», apostilló la jefa de estudios en Valencia Elena Albarrán.

Año de *pandemiers*

«Queridos *pandemiers*, os felicito por llegar hasta el final del camino», rebautizó Santiago Hernández. El jefe de estudios del área de Marketing y Dirección de Empresas del CEF.- ilustró, con lo superado estos meses, la importancia que tiene «saber adaptarse» en el ámbito empresarial. Además, «este año el máster no lo habéis hecho solo vosotros», apuntó, en relación con el necesario aprendizaje del centro para impartir clases telepresenciales. «Os agradezco la buena disposición y la rápida adaptación que habéis tenido todos».



Santiago Hernández, jefe de estudios de Marketing y Dirección de Empresas

Mientras, José Antonio Cuevas, jefe de estudios del CEF.- en el área Laboral y de Recursos Humanos, resaltó la «satisfacción» de ver cómo los alumnos superan con éxito el máster y obtienen esos conocimientos «necesarios para afrontar la profesión con mucha más seguridad». «Enhorabuena con mayúsculas por haber respondido a las circunstancias».



Juan Noblejas, jefe de estudios del área Contable

Por su parte, el jefe de estudios del área Contable del CEF.-, Juan Noblejas, sumó efectivos al mensaje optimista de los anteriores: «Si podemos sacar algo positivo de estos tiempos es saber que ha aumentado nuestra capacidad de resistencia; será muy útil a lo largo de nuestra carrera». Para terminar, se acordó especialmente de los delegados de los másteres con los que tuvo contacto, y que este año «se han ganado el sueldo», argumentó.

«Pienso en los másteres como un cruce de caminos», esbozó José Antonio Sánchez. «Pero sea cual sea el que toméis



José Antonio Sánchez, jefe de estudios del área Jurídica y Fiscal

ahora, no olvidaréis el tiempo pasado aquí», sentenció el jefe de estudios del área Jurídica y Fiscal del CEF.-. «Estaremos a vuestro lado en el progreso profesional que toméis», remató, «y no dejéis de intentarlo, la superación es el éxito cuando ya lo hemos probado todo».

«Ejemplo de anticipación»

La voz de los alumnos recayó este año en José Manuel Sagristá, que habló en representación de todos ellos para poner cara a este final «un tanto agrídulce». La cuarentena ha traído «meses duros en los que hemos aprendido a valorar un abrazo o un apretón de manos», asumió el estudiante. Por ello compartió el éxito con los familiares y amigos, «ese apoyo mutuo» para salir adelante de la situación. «Este reconocimiento es tanto nuestro como vuestro», concedió.

«Quería agradecer al CEF.- y a la UDIMA el haber sido un ejemplo de anticipación y adaptación desde el primer día», indicó Sagristá. «Siempre han estado a nuestra disposición y ofreciéndonos alternativas para seguir con nuestra formación de la mejor manera posible». «Reitero mi agradecimiento a todos los que formáis esta comunidad».



José Manuel Sagristá habló en representación de los alumnos

Y también mencionando a la comunidad (académica y civil), tomó la palabra el presidente del CEF.-, Arturo de las Heras, para clausurar el encuentro. «Deseamos acompañaros en el tiempo a través de la Alumni CEF.- UDIMA para seguir conectados», insistió, al tiempo que animaba a los recién titulados a usar las redes como el mejor activo de cara al mundo laboral, y a participar en asociaciones y encuentros de la sociedad civil para no perder «ninguna oportunidad de conocer gente».



Arturo de las Heras, presidente del CEF.-, cerró el acto con su intervención

Además, añadió: «Muchos de los que habéis terminado este curso habéis sido capaces de simultanear estudios, trabajo, cargas familiares, niños correteando por el salón... Felicidades por vuestro esfuerzo doble o triple». Tras acordarse también de las familias, el presidente hizo análisis de cómo ha sido la docencia en este año de cambios.

Cambios para los que se necesitan herramientas, que los profesores también han intentado incluir en las enseñanzas de esta edición, y que se han traducido en las soluciones tecnológicas que unos y otros, alumnos y docentes, han incorporado ya al día a día. «Felicidades por vuestro esfuerzo de adaptación a un nuevo método de formación basado en la telepresencia», resumió.

Alberto Orellana

Departamento de Comunicación. CEF.- UDIMA

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1699-129X (en versión impresa) e ISSN-e 2531-2146 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:
 - Título en español e inglés.
 - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
 - Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
 - Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).
3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:
 - Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
 - Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
 - Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.

CEF.-



PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Cursos de formación a medida para empresas *(in Company)*

Nos adaptamos a las necesidades formativas de tu empresa

Planificamos, junto a las empresas (pequeñas, medianas y grandes), formación a medida. Ofrecemos una propuesta global de formación; trabajamos como estrechos colaboradores en tus planes de formación para que puedas obtener siempre la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales, adaptando la formación a tus necesidades de horarios, ubicación geográfica y contenidos.

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 principios de 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 tanto en la modalidad presencial como online

+ 74.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

Más información en www.cef.es/empresas

**MATRÍCULA
ABIERTA****CURSOS DEL ÁREA JURÍDICA****PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE**

Curso de Compliance para la Pequeña y Mediana Empresa | Curso de Especialización en Derecho Deportivo | Curso de Experto en Mediación: Civil y Mercantil | Curso de Oratoria Jurídica y Redacción Jurídica | Curso de Implantación en Ciberseguridad | Curso para Delegado de Protección de Datos (DPD, DPO) | Curso sobre Compliance | Curso sobre Comunidades de Propietarios y Administración de Fincas | Curso sobre Contratación en el Sector Público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) | Curso sobre Derecho Digital | Curso sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo | Curso sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos) | Curso sobre Derecho del Arte | Turno de Oficio: Curso de Especialización en Derecho Procesal Civil | Turno de Oficio: Curso de Especialización en Derecho Procesal Contencioso-Administrativo | Turno de Oficio: Curso de Especialización en Derecho Procesal Laboral | Turno de Oficio: Curso de Especialización en Derecho Procesal Penal