

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 232 | Mayo 2020

ISSN: 1699-129X

El descontrol en la “jura de cuentas”

José Bonet Navarro

La prueba en los contratos de alquiler de cajas de seguridad

M.^a Magdalena Pérez de Prada,

Teresa Núñez Sanz y

Mercedes de Prada Rodríguez

Contratación verbal

Eva M.^a Menéndez Sebastián

El esquirolaje “tecnológico” en España

Elena Criado Martos

CEF.-

Formación
bonificable

CURSOS EN DIRECTO

INICIO MAYO 2020

Análisis y Gestión de Riesgos para Abogados y Profesionales |
Big Data en Empresas y el Marketing | Ciberseguridad | Derecho
Concursal | Derecho Laboral | Gestión de Nóminas y Seguros
Sociales | Gestión de Nóminas y Seguros Sociales (Avanzado) |
Impuesto sobre el Valor Añadido | Impuesto sobre la Renta
de las Personas Físicas | Impuesto sobre Sociedades |
Negociación Colectiva | Práctica en Despidos | Tiempo
de Trabajo, Conciliación y Gestión del Absentismo

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es



Revista CEFLegal

Núm. 232 | Mayo 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

Carmen Alonso Ledesma. Catedrática de Derecho Mercantil. UCM

Manuel Arenilla Sáez. Director del INAP y catedrático de Ciencia Política y de la Administración

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

Xabier Arzo Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Borja Carvajal Borrero. Director de KPMG

Matilde Cuenca Casas. Catedrática acreditada de Derecho Civil. UCM

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

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

Francisco Gil Durán. Socio de Gómez Acebo y Pombo

Nicolás González-Deleito. Socio de Cuatrecasas Abogados

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

Juan José Marín López. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

Manuel Martínez Sospedra. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad CEU Cardenal Herrera

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

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

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

María José Morillas Jarillo. Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III

Fernando Sainz Moreno. Catedrático emérito de Derecho Administrativo. UCM

Remedio Sánchez Ferriz. Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia

Joaquín Sarrión Esteve. Investigador Ramón y Cajal y profesor de Derecho Constitucional. UNED

José María Segovia Cañadas. Socio de Uría y Menéndez

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

Mariano Yzquierdo Tolsada. Catedrático de Derecho Civil. UCM

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

- Cómo acabar de una vez por todas con el descontrol en la mal llamada «jura de cuentas» 5-36
How to end once and for all with the discontrol in the procedure called «sworn account»
José Bonet Navarro
- El Tribunal Supremo invierte la carga de la prueba y favorece a los consumidores en los contratos de cajas de seguridad 37-66
The Spanish Supreme court reverses the burden of proof and favors consumers within safe deposit box contracts
María Magdalena Pérez de Prada, Teresa Núñez Sanz y Mercedes de Prada Rodríguez
- Tutela o curatela (Comentario a la STS de 19 de febrero de 2020) 67-72
Casto Páramo de Santiago
- Consideración como usurario del interés de un crédito. Contrato de tarjeta revolving (Comentario a la STS de 4 de marzo de 2020) 73-80
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Constitucional-administrativo

- La contratación verbal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones? 81-118
Irregular verbal contracting. New solutions to old problems?
Eva M.ª Menéndez Sebastián
- La configuración del derecho de huelga en España: especial atención al esquirolaje «tecnológico» 119-146
The configuration of the right to strike in Spain: special attention to «technological» schirolage
Elena Criado Martos

Casos prácticos

Civil

Competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera 147-162

Alfonso Ortega Giménez

Precario en fraude de ley y levantamiento del velo 163-170

Adelaida Medrano Aranguren

Mercantil

Efectos de la concesión del BEPI para el hipotecante no deudor 171-176

José Ignacio Atienza López

Administrativo

Subvención concedida por un organismo autónomo a empresa 177-190

Julio Galán Cáceres

Normas de publicación 191-192

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

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



Cómo acabar de una vez por todas con el descontrol en la mal llamada «jura de cuentas»

José Bonet Navarro

*Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad de Valencia*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pedro Vela Torres, doña Rocío Fernández Domínguez, doña María de las Heras García, don Carlos Lema Devesa, don Juan José Marín López y don Miguel Ruiz Muñoz.

Extracto

La STC de 14 de marzo de 2019 declaró la inconstitucionalidad de los artículos 34.2.III y 35.2.II y IV de la LEC, porque excluían el recurso frente al decreto del letrado de la Administración de Justicia al resolver la oposición en la llamada «jura de cuentas». Aunque no se indique expresamente, parte del carácter jurisdiccional de este proceso. Esto permite revisar críticamente la STJUE de 16 de febrero de 2017 (C-503/2015), y también impone al legislador español reconsiderar este procedimiento, al menos para introducir un sistema de control judicial, tanto de la admisibilidad del proceso como de las eventuales cláusulas abusivas cuando se trata de consumidores.

Palabras clave: abogado; procurador; reforma procesal; jura de cuentas; recurso; cláusulas abusivas.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Bonet Navarro, J. (2020). Cómo acabar de una vez por todas con el descontrol en la mal llamada «jura de cuentas». *Revista CEFLegal*, 232, 5-36.



How to end once and for all with the discontrol in the procedure called «sworn account»

José Bonet Navarro

Abstract

The STC of March 14, 2019, has declared the unconstitutionality of articles 34.2.III and 35.2.II and IV of the LEC, because they deprived of appeal against the Decree of the lawyer of the Administration of Justice when resolving the opposition in the procedure called «sworn account». Part of the jurisdictional nature of this process, and it allows a critical review of the STJUE of February 16, 2017 (C-503/2015), and also imposes the Spanish legislator reconsider this procedure, at least to introduce a system of judicial control of abusive clauses.

Keywords: lawyer; procurator; procedural reform; sworn account; appeal; unfair terms.

Citation: Bonet Navarro, J. (2020). Cómo acabar de una vez por todas con el descontrol en la mal llamada «jura de cuentas». *Revista CEFLegal*, 232, 5-36.





Sumario

1. Algunos antecedentes legislativos y jurisprudenciales relevantes
 - 1.1. Regulación en los artículos 8 y 12 de la LEC de 1881
 - 1.2. La STC 110/1993, de 25 de marzo
 - 1.3. Regulación en los artículos 34 y 35 de la LEC
 - 1.4. La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y el apoderamiento del secretario judicial
 - 1.5. La reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre y el mantenimiento del descontrol del LAJ
2. La STJUE de 16 de febrero de 2017, un primer toque de atención
3. La STC de 14 de marzo de 2019, un importante pero insuficiente paso para recuperar el norte
4. Algunas consecuencias *de lege ferenda*
 - 4.1. La posible configuración del papel del LAJ en la llamada jura de cuentas
 - 4.2. El necesario control judicial de la inadmisibilidad del procedimiento
 - 4.3. El necesario control judicial sobre la eventual «abusividad»

Referencias bibliográficas

Las virtudes del mal llamado expediente de «jura de cuentas», como consecuencia de instrumentar en su seno la llamada técnica monitoria, se refuerzan todavía por la sumariedad que lo caracteriza. Los artículos 34.2.III y 35.2.IV han sido declarados inconstitucionales por la STC de 14 de marzo de 2019, debido a que excluyó de recurso al decreto del letrado de la Administración de Justicia (LAJ). Sin embargo, tales preceptos han de mantenerse vigentes en lo referente a que, tanto si el decreto es recurrido como en caso contrario, «no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en juicio ordinario ulterior». Esto es así porque se mantienen restricciones en el ámbito de cognición derivadas de los medios de acreditación exclusivamente documentales en principio permitidos, pues, si se formula oposición, se «examinará la cuenta y las actuaciones procesales, así como la documentación aportada» (arts. 34.2.II y 35.2.II y III). De ese modo, hay posibilidades de que la decisión se abrevie y, por ese camino, que pueda ser comparativamente más rápida. Sin embargo, como contrapartida, permitir un ulterior ordinario sobre la misma cuestión supondrá no finalizar verdaderamente el conflicto, favoreciendo que se dilate en el tiempo la expectativa de una posible *restitutio in integrum*, de nefastos efectos económicos y personales.

La llamada jura de cuentas, tras algunos debates previos acerca de su eficacia y garantías, alcanzó así una suficiente y equilibrada eficacia con la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) 1/2000. Sin embargo, esta situación se rompió en el año 2009 al atribuir la competencia exclusiva y excluyente al entonces todavía llamado secretario judicial. Las voces que denunciaron esta atribución, considerada como invasora de ámbitos propios de la jurisdicción, fueron desoídas por el legislador incluso cuando se reformó el debatido procedimiento por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, a pesar de que introdujo importantes mejoras más o menos puntuales. Lamentablemente, a día de hoy todavía se mantiene inalterado el descontrol del LAJ.

La STJUE de 16 de febrero de 2017, poco tiempo después de la reforma de 2015, decidió inadmitir correctamente la cuestión prejudicial instada por un secretario judicial, que no se consideraba habilitado para el control de las cláusulas abusiva. Pero esta acertada decisión fue a costa de considerar que el procedimiento de los artículos 34 y 35 era un mero «expediente administrativo». Y lo que no sé si resulta peor, pero que sin duda es paradójico, es que el órgano que se había erigido como paradigma de garante de los derechos de los consumidores y usuarios excluyó de ese modo el control previo de abusividad en la llamada jura de cuentas, con la consiguiente desprotección de los eventualmente consumidores en este ámbito.

Por último, al menos hasta la fecha de escribir este trabajo a finales de marzo de 2019, se dicta la STC de 14 de marzo de 2019, que decidió por unanimidad declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 34.2.III y 35.2.II y IV LEC, en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. El motivo inmediato para esta declaración no es otro más que

se priva de acceso al control jurisdiccional de una decisión adoptada en el seno de un proceso por un órgano no investido de función jurisdiccional y da lugar al

inicio del procedimiento de ejecución, prescindiendo de ese control y excluyendo a la parte de la posibilidad de impugnación contra la decisión del letrado de la administración de justicia.

Este pronunciamiento centra una vez más la atención en la controvertida intervención descontrolada del LAJ, por atribuirse de forma exclusiva y excluyente. Y aunque sea *obiter dictum*, toma partido por el carácter jurisdiccional del mismo. Esto cuando menos permite revisar críticamente tanto la STJUE de 16 de febrero de 2017 (C-503/2015), por considerar a la jura de cuentas un mero «expediente administrativo», como igualmente la inexistencia de régimen de control de la actividad del LAJ, tanto en lo referente a las cláusulas abusivas como a la posibilidad de que decida la inadmisibilidad del procedimiento contenido en los citados artículos 34 y 35 de la LEC. En definitiva, falta profundizar en las consecuencias de la doctrina del Tribunal Constitucional, que se limita a establecer la recurribilidad del decreto que decida la oposición. Al menos, en mi opinión, se presenta urgente un régimen adecuado de control sobre la admisión o inadmisión del procedimiento, y sobre eventuales cláusulas abusivas. Esto último a pesar de la bastante desenfocada STJUE de 16 de febrero de 2017, tal y como ya se ha adelantado y se desarrollará en las siguientes páginas.

1. Algunos antecedentes legislativos y jurisprudenciales relevantes

Recordar sintéticamente los principales antecedentes legislativos y jurisprudenciales en relación con la llamada jura de cuentas, que permiten comprender la doctrina de la STC de 14 de marzo de 2019 en toda su extensión y, sobre todo, hacernos una idea de sus consecuencias.

1.1. Regulación en los artículos 8 y 12 de la LEC de 1881

Con precedente en las ordenanzas de las audiencias, los artículos 8 y 12 de la LEC de 1881 permitían ya que los procuradores y abogados pudieran reclamar específica y eficientemente a sus representados o clientes las cuentas y las minutas que generaban los procesos en los que habían intervenido. Disponía en ese sentido el artículo 8 de la LEC de 1881 que cuando un procurador tenga que exigir de su poderdante moroso las cantidades que este le adeude por sus derechos y por los gastos que le hubiere suplido para el pleito, presentará ante el juzgado o tribunal en que radicare el negocio cuenta detallada y justificada, jurando que le son debidas y no satisfechas las cantidades que de ella resulten y reclame. Ante ello mandará la sala o el juez que se requiera al poderdante para que las pague, con las costas, dentro de un plazo, que no excederá de diez días, bajo apercibimiento de apremio. Igual derecho que los procuradores tendrán sus herederos respecto de los créditos de esta naturaleza que aquellos les dejaren. Verificado el pago, podrá el deudor reclamar cualquier agravio, y si resultare haberse excedido el procurador en su cuenta, devolverá el duplo del exceso con las costas que se causen hasta el completo resarcimiento.

Y según el artículo 12 de la LEC de 1881, los abogados podrán reclamar del procurador y, si este no interviniera, de la parte a quien defiendan, el pago de los honorarios que hubieren devengado en el pleito, presentando minuta detallada y jurando que no le han sido satisfechos. Deducida en tiempo esta pretensión, el juez o tribunal accederá a ella en la forma prevenida en el artículo 8; pero si el apremiado impugnare los honorarios por excesivos, se procederá previamente a su regulación, conforme a lo que se dispone en los artículos 427 y siguientes.

La regulación fue polémica por cuanto, junto a algunos problemas prácticos (véase Muñoz Sabaté [1987]), categóricamente disponía que, verificado el pago, podrá el deudor reclamar cualquier agravio..., lo que parecía establecer el *solve et repete* y, de ese modo, la exclusión de cualquier posibilidad de oposición (véase Guasp Delgado [1943, pp. 146-152 y 180-2]).

Conclusión a la que Prieto Castro y Ferrándiz (1950a, p. 519) objetaba que la aplicación estricta del principio *solve et repete* equivale poco menos que a una condena definitiva, y el procedimiento de los artículos 8 y 12 de la LEC de 1881 es defendible sin esfuerzo alguno. Indicaba que a los abogados y procuradores hemos de considerarlos como coadyuvadores de la obra de la justicia, y en tal sentido si son partícipes de algún beneficio –a partir de la dignidad misma del ministerio–, también les alcanzan deberes y responsabilidades que los extraños a la actividad jurisdiccional no soportan (1950a, p. 578).

1.2. La STC 110/1993, de 25 de marzo

El procedimiento, considerado como «privilegiado» para los abogados y procuradores, fue objeto de atención por la STC 110/1993, de 25 de marzo. Aunque recibió algunas críticas (véase Montero Aroca [1994] y Díez-Picazo Giménez [1997, p. 697]), esta sentencia interpretó las expresiones «verificado el pago, podrá el deudor reclamar cualquier agravio» (art. 8 LEC de 1881) y «si el apremiado impugnare los honorarios por excesivos, se procederá previamente a su regulación» (art. 12 LEC de 1881), y concluyó que no eximían al órgano jurisdiccional de su deber de controlar los presupuestos de admisibilidad en este procedimiento, ni tampoco impedían al deudor introducir motivos de oposición tanto de carácter procesal como de fondo. De ese modo, el *solve et repete* quedaba más que atemperado.

Según entendía Prieto Castro y Ferrándiz (1950b, p. 578), la única posibilidad de hacer que la desnuda regulación legal se matice de detalles y diferenciaciones, que, por lo demás, encuentran puntos de apoyo muy convincentes, es en la misma Ley procesal, con cuyo auxilio el procedimiento se perfila y recibe un contorno de mayor autoridad y justicia, igualmente en su tratamiento analógico con el procedimiento monitorio.

Esta concepción, por la justicia material que implicaba, efectivamente se encontraba en la base de la citada STC 110/1993 cuando imponía el control de oficio y a instancia de parte de los presupuestos del procedimiento de jura de cuentas, y también, posteriormente, en la configuración de este procedimiento que ofreció años más tarde la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, donde se instrumenta la técnica monitoria y se permite indubitablemente la oposición solamente con algunos límites probatorios.

Las SSTC 12/1997 y 184/2002, aunque nunca llegaron a determinar con exactitud el alcance de la oposición, dejaron claro que la cognición sería incompleta, pues la posibilidad de oponer estas excepciones... no puede interpretarse en un sentido tan amplio como para admitir que estas alegaciones se extiendan a la genérica impugnación de los honorarios debidos.

1.3. Regulación en los artículos 34 y 35 de la LEC

La vigente LEC mejoró considerablemente la situación en lo relativo a la cognición, pues no impuso límite alguno a las posibilidades defensivas más allá de los medios de prueba en que podrán acreditarse.

Mantenia sin embargo algunos defectos que fueron principalmente subsanados por la Ley 42/2015. Y solo puntualmente alguna jurisprudencia mantuvo alguna identidad de los artículos 34 y 35 con sus precedentes 8 y 12 de la LEC de 1881 en relación con el famoso *solve et repete* (SSTS, Sala 4.ª, Secc. 3.ª, 7050/2004, de 3 de noviembre, y Secc. 1.ª, 7899/2004, de 7 de diciembre). Parece que no podía dejar de entenderse que lo que la STC 110/1993 estableció como mínimo ámbito de oposición para considerar el procedimiento como respetuoso de principios y derechos constitucionales tan relevantes como la igualdad y el derecho de defensa, se tomaron por esta jurisprudencia como máximos admisibles. Olvidaba así esta posición jurisprudencial que el Tribunal Constitucional meramente contemplaba meros ejemplos de motivos de oposición y no máximos en el ámbito de las defensas, como se pretende.

La consecuencia de que solamente eran admisibles las defensas mencionadas expresamente en la STC 110/1993 debía ser claramente rechazada en el actual contexto legislativo a pesar de las similitudes lingüísticas de los preceptos, pues, junto a la sustitución del juramento por la mera manifestación, sobre todo, actualmente se suprime el famoso *solve et repete* (así, Garnica Martín [2000, p. 349]). Y la misma consecuencia excluyente deriva de la supresión de la posibilidad por la cual, verificado el pago, podía el deudor reclamar cualquier agravio, y si resultare haberse excedido el procurador en su cuenta, devolverá el duplo del exceso con las costas que se causaren hasta el completo resarcimiento.

Además de esto, la vigente LEC deja bien claro que la sumariedad se limita a los medios de prueba, y no a los de oposición (véase Bonet Navarro [2010]). Y, lo que es todavía más importante, dejó zanjada cualquier duda de constitucionalidad que podía achacarse al anterior procedimiento de jura de cuentas. Los artículos 34 y 35 regularon hasta 2019 al menos un proceso judicial «de cuenta manifestada», que instrumenta la técnica monitoria y que, como tal, es apto para que el deudor ejercite su derecho de defensa alegando motivos de oposición tanto procesales como materiales, además sin limitaciones, al menos desde una lectura literal de los citados artículos 34 y 35.

En efecto, mediante el procedimiento especial de «manifestación de cuentas», por cuanto, basta con una manifestación más o menos formal de que el crédito es debido, existe, está vencido y es exigible, se instrumenta la técnica monitoria debidamente adaptada. El abo-

gado o procurador solicita al secretario judicial que requiera al representado o defendido en un determinado proceso para que pague totalmente o formule oposición, con la advertencia de que, en caso contrario, se despachará ejecución. Si el deudor paga totalmente, terminará el proceso; si se formula oposición, se transforma formalmente en el procedimiento previsto para la impugnación de la cuenta o la minuta; y si no se cumple el requerimiento o se paga parcialmente, finaliza y, previa solicitud, podrá abrirse la ejecución.

Con vocación de rapidez, se pretenderá cobrar una cierta cantidad de dinero debida por los derechos y gastos que hubiere suplido el procurador para el asunto, o por los honorarios que hubieren devengado a favor del abogado en un determinado procedimiento judicial, documentada en la cuenta detallada y justificada, o en la minuta también detallada con manifestación formal de que le son debidos (véanse, entre otros, Herrero Perezagua [2001], Cedeño Hernán [2002], Achón Bruñén [2008], Bonet Navarro [2010], López Muñoz [2011] y Martín Contreras [2015]).

Entre las principales características de este procedimiento merece destacar que la tutela del crédito se fortalece especialmente; el protagonismo del LAJ que integre el órgano en que radique el asunto; la presunción de principio de prueba del creado unilateralmente por la mera manifestación formal de que las cantidades son debidas y no satisfechas; el plazo para oponerse o cumplir se reduce a diez días; el carácter sumario por la limitación de los medios de prueba; si hay impugnación, el trámite de oposición es muy especial, hasta el punto de que se resolvía mediante decreto que fue irrecurrible hasta que el tribunal lo declaró inconstitucional en 2019; y, por último, si el requerido no paga ni se opone, se podrá despachar ejecución (Bonet Navarro, 2010, p. 276).

1.4. La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y el apoderamiento del secretario judicial

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, aunque de espectro más amplio, pues se trata de descargar a los jueces de todas aquellas tareas no vinculadas estrictamente a las funciones constitucionales, trajo una nueva polémica a este procedimiento al atribuir la competencia en exclusiva a un funcionario público como era y es el secretario judicial (actualmente denominado letrado de la Administración de Justicia o LAJ).

Esta atribución de funciones con carácter a un funcionario se pretendió justificar en la naturaleza meramente administrativa del procedimiento monitorio. Así, entendiendo que desde 2009 el monitorio ya era de hecho un procedimiento de jurisdicción voluntaria, Banacloche Palao (2015, p. 258) justifica dar un paso más en esa línea de desjudicialización de la técnica monitoria y permitir que un procedimiento parecido, con efectos también similares, pueda desarrollarse al margen de los juzgados. Y en esa misma línea parece inscribirse Pillado González (2016, p. 6) cuando afirma que se presenta como lógica consecuencia de

la propia evolución del juicio monitorio que a lo largo de sus distintas modificaciones ha llegado a ser competencia exclusiva del LAJ, salvo intervenciones puntuales del juez, lo que lleva a calificarlo como un expediente de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo, la negación de esta naturaleza jurisdiccional no permitía explicar su efecto de cosa juzgada (art. 816.1) y una ejecución como si de una sentencia se tratase (art. 816.2). Razón por la que mayoritariamente la doctrina había reconocido al proceso monitorio de los artículos 812 a 818 naturaleza de proceso declarativo especial. En efecto, Gutiérrez de Cabiedes y Hernández de Heredia (1972, p. 567) defendía que el monitorio es un proceso de cognición plenario, si bien abreviado, de naturaleza especial y cuya finalidad es la producción de un título ejecutivo. Y, en ese mismo sentido, entre otros muchos, Robles Garzón (2000), Asencio Mellado (2001, p. 282), Tomé García (2000, p. 446), Gómez Amigo (1999, pp. 1.178 y 1.181), Hinojosa Segovia (2001, pp. 305-6), Correa Delcasso (2000) y Bonet Navarro (2014, pp. 27-33).

De otro lado, en la LEC se denomina como «proceso» (título III y en el capítulo I, y arts. 812, 813 y 816). Es más, como recuerda López Sánchez (2001, pp. 575-6), en su seno se practican una serie de actividades de enjuiciamiento que entrañan cometidos claramente jurisdiccionales, como es la decisión sobre la admisión o inadmisión de la demanda o «petición inicial», valoración de la suficiencia documental y de los requisitos de la obligación que funda la pretensión. Todo ello dotado de unas expeditivas consecuencias otorgadas a la actitud que adopte el requerido. Por tal motivo, al tratarse de un procedimiento encaminado a solventar una situación litigiosa, se le atribuye una naturaleza claramente jurisdiccional que exige su conocimiento por jueces y magistrados.

En el caso del monitorio de los artículos 812 a 818, la exclusividad de la función jurisdiccional podría salvarse precisamente en el control judicial al que se ve sometida su actividad. Como señala Pillado González (2016, p. 3), no por ello se han reducido las garantías para el ciudadano, pues los LAJ forman un cuerpo técnico con formación especializada que les cualifique suficientemente para su desempeño. A esto se añade, además, que todas las resoluciones del LAJ podrán ser controladas por el juez a través, no solo de la declaración de nulidad, sino también del nuevo recurso de revisión introducido por esta misma Ley 13/2009, en el artículo 454 bis.

Igualmente, así se desprende del régimen previsto en el artículo 815.1 y 4. Precisamente este último fue introducido por el apartado 76 del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, y ante la previsión del varapalo que se prevenía y que posteriormente vino con la STJUE, Sala 1.^a, de 18 de febrero de 2016, en la que, entre otras cosas, se afirma que:

La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional [...] que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación.

Y, por supuesto, también establece el control judicial dado que, conforme al artículo 818, la oposición será decidida judicialmente –y con efecto de cosa juzgada– en «juicio que corresponda».

En el monitorio de los artículos 812 a 818 las funciones del LAJ, junto a ser relativamente sencillas y equiparables al impulso procesal en muchos aspectos, resultan ser de mera colaboración con el titular de la potestad jurisdiccional, a cuya supervisión se somete. Sin embargo, hasta que el Tribunal Constitucional no le puso algún remedio esta colaboración no salvaba de la inconstitucionalidad al procedimiento de los artículos 34 y 35, dado el protagonismo del LAJ exclusivo y excluyente de la decisión judicial.

1.5. La reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre y el mantenimiento del descontrol del LAJ

La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC mejoró considerablemente el procedimiento por cuenta manifestada. En síntesis, introduce coherencia a la legitimación, otorgándola no solo a los herederos del procurador, sino también a los del abogado, subsanando un olvido histórico; otorga fundamento legal al carácter facultativo de la postulación en este procedimiento y elimina coherentemente la previsión por la que se sumarán las costas; recuerda que la impugnación de la cuenta del procurador es únicamente «por ser indebida», previsión que debería terminar con cualquier práctica viciosa que confunda cuenta del procurador indebida con excesiva, aunque el procurador pretenda cobrar más de lo que le corresponde según arancel; en coherencia con la contestación escrita en el juicio verbal, refuerza la contradicción permitiendo que también el acreedor, y no solo el deudor, pueda alegar lo que estime oportuno sobre la impugnación en el plazo de tres días; y otorga cobertura legal al apercibimiento de ejecución en caso de pasividad, estableciendo en concreto las consecuencias de la falta de oposición, se ha de entender que también por la ausencia del pago aunque sorprendentemente no se exprese, esto es, que si «el poderdante» o «el deudor de los honorarios» no formularen «oposición dentro del plazo establecido, se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda la cuenta».

No obstante, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, omite cualquier referencia al problema de la constitucionalidad de este procedimiento y todavía refuerza las funciones del secretario judicial al expresar en el artículo 34.2 que, una vez presentada la cuenta por el procurador, el secretario judicial requerirá al poderdante para que pague dicha suma, pero siempre que la cuenta haya sido «admitida». Se aclara así la obviedad de que este procedimiento requiere un trámite de admisión, aunque omite la misma referencia en el artículo 35 para la reclamación del abogado. Sin embargo, aunque no se justifica en absoluto que el procedimiento de reclamación de minutas por el abogado sea admitido de forma automática, desde luego esta previsión contribuye a la incoherencia, no obedece a una técnica legislativa rigurosa, ni tampoco previene renovadas dudas interpretativas. Asimismo, fuerza una interpretación integradora, sin cobertura legal clara, que impida llegar al absurdo de que el requerimiento en el caso de reclamación por el

abogado se producirá con alguna suerte de automatismo a todas luces inaceptable. Y lo que se presenta ahora todavía es más relevante: en lugar de limitar el poder del letrado-secretario, todavía lo refuerza más, evidenciando más claramente su invasión en la función de «juzgar» sin control en contra de lo previsto en el artículo 117.3 en relación con el artículo 24 de la CE.

2. La STJUE de 16 de febrero de 2017, un primer toque de atención

A) La presentación de la cuestión prejudicial por un LAJ que consideraba que debía controlar las cláusulas abusivas

El LAJ del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 (único) de Tarrasa (Barcelona), en el contexto de un proceso sobre guarda y custodia en la que el abogado presentó minuta detallada reclamando honorarios no satisfechos, lejos de poner en tela de juicio su propia competencia exclusiva y excluyente en este procedimiento, duda de la conformidad del procedimiento que denomina de jura de cuentas con el derecho de la Unión Europea, al no considerarse expresamente habilitado para controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en el contrato celebrado entre el abogado y su cliente. Del mismo modo, entiende que en tal control le está vedado practicar prueba distinta a la documental o pericial. Y en consecuencia de todo esto, presentó tres cuestiones prejudiciales que derivaron en el asunto C-503/15, *Ramón Margarit Panicello contra Pilar Hernández Martínez*. Preguntó lo siguiente:

- ¿Se oponen los artículos 34, 35, 207, apartados 2 a 4, de la LEC, al regular el procedimiento gubernativo de jura de cuentas, al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea por cuanto se veda la posibilidad de control judicial? En caso de resultar afirmativo: ¿Es el secretario judicial, en el ámbito del procedimiento de los artículos 34 y 35 de la LEC, «órgano jurisdiccional»?
- ¿Se oponen los artículos 34 y 35 de la [LEC] a los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 2, de la Directiva [93/13] y a los artículos 6, apartado 1, letra d), 11 y 12 de la Directiva [2005/29], al vedar el control de oficio de las eventuales cláusulas abusivas o prácticas comerciales desleales que contengan los contratos celebrados entre abogados [y] personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad profesional?
- ¿Se oponen los artículos 34 y 35 de la [LEC] a los artículos 6, apartado 1, 7, apartado 2, y [punto 1, letra q) del anexo] de la Directiva [93/13], al impedir la práctica de prueba en el procedimiento administrativo de jura de cuentas para resolver la cuestión?

En definitiva, se plantea si la regulación del procedimiento de manifestación de cuentas se opone a la normativa europea en materia de cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales, al no haberse previsto su control de oficio; además de plantearse si la oposición

a la normativa europea se produce por las limitaciones derivadas en materia de medios de prueba admisibles.

B) La posición de la abogada general Dña. Juliane Kokott

La abogada general Dña. Juliane Kokott formuló conclusiones el 15 de septiembre de 2016 en las que destapa indirectamente la posible inadecuación constitucional del procedimiento de manifestación de cuentas tal y como se ha configurado tras la reforma que perpetró la repetida Ley 13/2009.

Por lo pronto, la abogada general consideró al secretario judicial como «órgano jurisdiccional». Confusión que no sería tanta si de ese modo lo que en realidad venía a destacar era que este cualificado funcionario público estaba realizando una función puramente jurisdiccional (de lo que se desprende que invadía funciones, por tanto, siendo inconstitucional su actividad en este ámbito). Lo bien cierto es que los argumentos que aporta pueden resumirse en los siguientes:

- 1.º Los LAJ dictan resoluciones. En efecto, si hay oposición, los secretarios judiciales dictarán decreto fijando la cantidad, pero, como afirma la abogada general,

también dictan resoluciones cuando [...] al requerir a los deudores para que satisfagan los créditos que previamente han examinado y al despachar la ejecución de los mismos por no haberse formulado oposición. Es de suponer que tales resoluciones también se dictan en forma de decreto.

- 2.º Las resoluciones tienen eficacia ejecutiva. Además, no serán susceptibles de recurso, esto es, tendrán eficacia de cosa juzgada formal, pero no tendrán eficacia de cosa juzgada material. Si bien esta ineficacia «no obsta en absoluto a su carácter ejecutivo».

- 3.º La eficacia ejecutiva de estas resoluciones será la propia de los títulos judiciales.

Sostiene la abogada general, al contrario de lo que entiende el Gobierno español, que si se sigue cuidadosamente la cadena de remisiones de las disposiciones de la LEC que se ocupan de la ejecución (arts. 517, 556 y 557), resulta que las resoluciones de los secretarios judiciales se ejecutarán como resoluciones judiciales. Además, argumenta que el artículo 557, apartado 1, remite solo a «otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el número 9.º del apartado 2 del artículo 517» y no a las «demás resoluciones "procesales"» que también se mencionan en la misma disposición, puesto que estas últimas se regulan en el artículo 556, el cual, según su propio tenor, tiene por objeto precisamente la ejecución de las «resoluciones "procesales"». Y, en fin, concluye argumentando sobre esto que los decretos dictados por los secretarios judiciales en la jura de cuentas de acuerdo con los artículos 34 y 35 no están entre los «documentos con fuerza ejecutiva» a que se refiere el artículo

517, apartado 2, número 9.º, sino entre las «resoluciones procesales» a que se refiere la misma disposición, puesto que, de conformidad con el artículo 206, apartado 2, dichos decretos quedan subsumidos en el concepto de «resoluciones» del mismo órgano. Por tanto, a efectos del artículo 556, los decretos dictados por los secretarios judiciales en la jura de cuentas son, sin género de dudas, resoluciones «procesales», por lo que, a la hora de proceder a su ejecución, se han de asimilar a las resoluciones judiciales. Incluso desde una interpretación sistemática se llegaría a esta solución porque la Ley 13/2009, que trasladó a los secretarios judiciales la competencia para conocer de la jura de cuentas, modificó también el título del artículo 556, que antes era «Oposición a la ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales» y ahora es «Oposición a la ejecución de resoluciones "procesales" o arbitrales»; por ello, tal como explica expresamente el preámbulo de la Ley 13/2009, «con el objeto de unificar la terminología y adaptarla a las nuevas competencias del secretario judicial, se utiliza la expresión "resoluciones 'procesales'", para englobar tanto las resoluciones judiciales [...] como las del secretario judicial». Y, por último, concluye sobre esto afirmando que estas palabras prueban la voluntad del legislador español no solo de transferir a los secretarios judiciales la competencia sobre la jura de cuentas, otrora reservada a jueces y magistrados, sino también de asegurarse de que, de acuerdo con el artículo 556 de la LEC, la ejecución de las resoluciones dictadas por los secretarios judiciales en dicho procedimiento deba despacharse del mismo modo que la de las resoluciones judiciales.

- 4.º Aunque los secretarios judiciales españoles no pertenecen al poder judicial, sino que son funcionarios públicos al servicio del Ministerio de Justicia, desde el punto de vista la Unión tienen la consideración de órgano jurisdiccional cuando, a los efectos del artículo 267 del TFUE, ejercen funciones jurisdiccionales.

Esta afirmación es extremadamente interesante pues, aunque sea a los meros efectos de la legitimación y admisibilidad de la cuestión prejudicial formulada por el secretario judicial, los argumentos sobre esto último se presentan como ejemplo sobre la invasión por parte de este funcionario sobre el ámbito de la jurisdicción reservado en exclusiva a jueces y magistrados. Destacan los siguientes:

- Carácter legal y actividad en la que aplica el derecho objetivo en el caso concreto (no existe controversia sobre el origen legal de la actividad de los secretarios judiciales y la permanencia de estos... tampoco hay duda de que en la jura de cuentas [arts. 34 y 35] los secretarios judiciales aplican normas jurídicas).
- Actuación con suficientes garantías de independencia (los secretarios judiciales disfrutaban, tanto en relación con su estatuto como en relación con el desempeño de sus funciones en la jura de cuentas, de suficientes garantías como para considerar cumplido el criterio de la independencia... pese a su condición de funcionarios públicos de la Administración de Justicia, en el desempeño de sus competencias en materia de jura de cuentas los secre-

tarios judiciales sí son lo suficientemente independientes como para considerarlos «órganos jurisdiccionales» a los efectos del artículo 267 del TFUE).

- Carácter contradictorio para resolver una controversia, con valoración de prueba y control de la fundamentación de la reclamación al comprobar el crédito a la vista de los documentos disponibles (la jura de cuentas presenta rasgos que apuntan claramente a su carácter contradictorio. Si bien en teoría es posible que, por no formular oposición el deudor, el abogado obtenga en el procedimiento un título ejecutivo para su reclamación sin que llegue a existir debate contradictorio en cuanto al fondo, el procedimiento pasará a ser contradictorio a más tardar en el momento en que se produzca dicha oposición de la parte contraria, en la medida en que entonces el secretario judicial deberá no solo comprobar la reclamación del abogado, sino también oír a este... en la jura de cuentas está evidentemente pendiente una controversia: el litigio sobre una reclamación de honorarios presunta o realmente no abonados a un abogado. Por lo tanto, mediante el despacho de la ejecución del crédito o la fijación del importe del mismo los secretarios judiciales desencadenan dicho litigio, llevando a cabo en todo caso también una valoración de la prueba y cierto control de la fundamentación de la reclamación al comprobar el crédito a la vista de los documentos disponibles).
- La reforma 13/2009 se limitó a sustraer al titular de la potestad jurisdiccional la competencia del proceso de «manifestación de cuentas» atribuyéndola al secretario judicial, sin que se alterara el desarrollo del procedimiento ni la eficacia ejecutiva que derivaba del mismo (tampoco desvirtúa el carácter contradictorio del procedimiento la circunstancia de que la jura de cuentas fuera atribuida a los secretarios judiciales con la finalidad de descargar a los jueces y magistrados de todas aquellas tareas que no supusieran el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Tanto más cuanto que el desarrollo del propio procedimiento y el carácter ejecutivo de la resolución con que concluye no sufrieron cambios en el contexto de su atribución a los secretarios judiciales).
- El aparente carácter incidental por su dependencia de un pleito anterior que genere los créditos, como tampoco el carácter alternativo del procedimiento que corresponde a todo monitorio, impide ser contradictorio cuando la competencia de los secretarios judiciales y el carácter vinculante de sus resoluciones no dependen de un acuerdo de las partes (tampoco el carácter incidental de la jura de cuentas y su dependencia de un pleito anterior son indicios de que el procedimiento, que por ello mismo es semejante a la tasación de costas que conoce bien el Tribunal de Justicia, no sea contradictorio o no sirva para zanjar un litigio pendiente... la competencia de los secretarios judiciales sobre el procedimiento no depende de un acuerdo entre las partes y que sus resoluciones son vinculantes para ellas... a la hora de considerar obligatorio este procedimiento no obsta que, para reclamar sus honorarios, los abogados puedan recurrir a otros procedi-

mientos distintos, puesto que si deciden recurrir a esta vía especial en un asunto, los clientes se ven involucrados necesariamente en el expediente).

- Que no esté dotado de eficacia de cosa juzgada no excluye su carácter jurisdiccional (con independencia de que con posterioridad puedan impugnarse en un procedimiento separado, dichas resoluciones de los secretarios judiciales tienen para las partes del expediente indudablemente los mismos efectos que las resoluciones judiciales. Como no son recurribles, tienen fuerza de cosa juzgada formal y en ellas se basan, bien un requerimiento de pago al deudor, que tiene un carácter ejecutivo autónomo, bien, en su caso, la obligación para el acreedor, vinculante por sí misma, de aceptar una reducción de sus honorarios).

Y concluye recordando que esta atribución competencial en su momento suscitó un debate a escala nacional sobre la conformidad con el Estado de derecho de la atribución de competencias cuasijudiciales a órganos dependientes de la Administración de Justicia. Este debate no ha cesado hasta hoy mismo, aunque nunca fue ruidoso. Por ejemplo, Bonet Navarro (2012, pp. 172-3) se limitó a recordar que desjudicializa la materia poniéndola en exclusiva y excluyentemente en manos de los secretarios judiciales; permite reflexionar sobre el contenido del artículo 117.3 de la CE y la posible invasión de la función de juzgar.

Lo destacable de la posición de la abogada general es que acierta en las razones pero no en las conclusiones a los meros efectos que ahora interesan, pues aunque ejerce funciones jurisdiccionales el secretario judicial –o letrado de la Administración de Justicia– no es ni puede ser considerado como órgano jurisdiccional, en cuanto que ese ejercicio es indebido, pues invade funciones que no le corresponden.

C) La decisión de la STJUE de 16 de febrero de 2017

La Sentencia dictada por la Sala Quinta, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de febrero de 2017, dictada en el asunto C-503/2015, siendo ponente D. Antonio Tizzano, parte de unos postulados diametralmente opuestos, pues considera que «el secretario judicial no constituye un "órgano jurisdiccional" a efectos del artículo 267 del TFUE», por tanto, el secretario judicial no está facultado para plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial y el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial». Sin embargo, aunque correctamente concluye que no es órgano jurisdiccional, se equivoca considerablemente en las razones por las que alcanza tan correcta conclusión.

Considera que no es órgano jurisdiccional por la condición de funcionario público y no por ser poder judicial el LAJ. Afirma que:

- a) El LAJ solamente es un funcionario público que pertenece a un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia y dependiente del Ministerio de Justicia (art. 440 LOPJ).

- b) Tras la reforma operada por la Ley 13/2009, es competente exclusivo para conocer de procedimientos de reclamación, como son los expedientes de jura de cuentas sobre los que versa el litigio principal, regulados por los artículos 34 y 35.
- c) Su función no se ajusta al criterio de independencia. No cumple la exigencia de independencia considerada en su aspecto externo, que requiere que no exista ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto de toda entidad que pudiera darle órdenes o instrucciones (arts. 452.1, 465.6 y 8, y 467 LOPJ, y arts. 3 y 16 h) RD 1608/2005).
- d) El procedimiento no es obligatorio (para el acreedor), sino que es de carácter puramente incidental y facultativo... no está en modo alguno obligado, ni jurídicamente ni de hecho, a utilizar la vía del expediente de jura de cuentas, sino que puede, por el contrario, optar libremente entre este procedimiento y el proceso declarativo ordinario o el procedimiento monitorio.
- e) No tiene efectos de litispendencia ni de cosa juzgada, por tanto, –según la sentencia– no tiene carácter jurisdiccional. Afirma que se sitúa al margen del sistema jurisdiccional nacional... la incoación del procedimiento de jura de cuentas no da lugar a que, por causa de litispendencia, pueda impedirse que un tribunal ordinario sustancie autónomamente un proceso declarativo o un procedimiento monitorio, ni tampoco constituye una causa de inadmisibilidad de los motivos que pudieran formularse, simultánea o sucesivamente, ante tal tribunal ordinario.
- f) El decreto por el que se pone fin al expediente de jura de cuentas es similar a una resolución de carácter administrativo, es firme e inmediatamente ejecutivo, no se admite contra él ningún recurso, no goza de los atributos de una resolución judicial, especialmente de la fuerza de cosa juzgada material.
- g) Ha sido calificado de «administrativo», y no de «judicial», por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en la Sentencia 4/2011, de 28 de septiembre 2011, en relación con un expediente de jura de cuentas, así como por el Tribunal Constitucional en el Auto 163/2013, de 9 de septiembre, y en la Sentencia 58/2016, de 17 de marzo, relativos a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

D) Crítica a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La sentencia no entra en la actividad que realiza el «funcionario», sino en cuestiones meramente formales. Básicamente, la STJUE se limita a afirmar que, como es competente el secretario judicial (LAJ) y este no es órgano jurisdiccional, al margen de su actividad, el procedimiento no es jurisdiccional, sino administrativo.

Y si esto fuera así, bastaría al legislador atribuir a un funcionario la competencia para dictar sentencias resolviendo conflictos para que el proceso dejara de ser jurisdiccional y

pasara a ser administrativo. Esto es, la jurisdicción existiría solamente cuando el legislador no quiera atribuir a los funcionarios lo que se entiende que forma parte del ámbito de la potestad jurisdiccional.

Es patente que el argumento principal de la STJUE no tiene suficiente sustento. Parece bastante claro que el aspecto subjetivo al que tanta importancia se le da en la resolución europea es irrelevante, pues lo que importa es la actividad. Y si la actividad es jurisdiccional, en caso de que la realice un funcionario, no se trataría, como mantiene la repetida STJUE, que deje de ser jurisdiccional el procedimiento, sino que tal funcionario está invadiendo funciones. Es cierto que afirmar tal cosa tampoco es el objetivo de la STJUE, pero también lo es que a nadie interesa, al parecer, ponerlo en evidencia, pues ahí tenemos casi diez años a un letrado de la Administración de Justicia realizando funciones propias y exclusivas de jueces y magistrados.

Por lo demás, el resto de argumentos no son útiles por irrelevantes o inciertos:

- Sin duda el LAJ no es titular de la potestad jurisdiccional, y, como tal, no es independiente desde el punto de vista externo, lo que no quita para que su actividad sea netamente jurisdiccional.
- Que el procedimiento sea alternativo (para el demandante) es propio y característico de la técnica monitoria, pero que no sea obligatorio (para el demandando) simplemente es falso, pues sin duda le vincula y le atribuye en tal caso expeditivos efectos.
- Que no tenga efecto de litispendencia y eficacia de cosa juzgada, aunque sirva para más o menos identificar la jurisdicción, no representa un criterio definitivo como ocurre con cualquier otro proceso sumario. Es más, en el año 1999, el Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Muria pasó de órgano administrativo –sin cosa juzgada– a judicial, con cosa juzgada. Si la ausencia de cosa juzgada fuera de verdad determinante, tal fenómeno hubiera sido impedido. La cosa juzgada, o su ausencia, en el mejor de los casos es una consecuencia del carácter jurisdiccional en la generalidad de ocasiones, no su causa. El criterio, en suma, sirve para saber lo que puede ser formalmente en un momento dado jurisdiccional, pero no lo que es en realidad, o lo que debería ser.
- Por último, los precedentes jurisdiccionales que cita la STJUE no son en absoluto significativos:

- A) La Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción núm. 4/2011, de 28 de septiembre de 2011, incurre en el mismo error que la STJUE, al resolver solamente atendiendo al aspecto subjetivo. En efecto, niega su carácter jurisdiccional para desestimar el conflicto pues «ha perdido el carácter jurisdiccional», solamente al producirse la sustitución del juez por el secretario. Como la STJUE, olvida que, siendo lo verdaderamente relevante la actividad que se realiza con independencia de quién la realice, el secre-

- tario judicial (LAJ) estaría invadiendo funciones judiciales. Cuestión que, desde luego, no era objeto de resolución, limitado a un mero conflicto de jurisdicción entre la Administración y la jurisdicción.
- B) El ATC 163/2013, de 9 de septiembre, no tiene utilidad al limitarse a decidir elevar al pleno la cuestión interna de inconstitucionalidad, resuelta por la STC 58/2016.
- C) La STC 58/2016, de 17 de marzo, tampoco resulta en absoluto relevante, pues no se refiere al procedimiento de los artículos 34 y 35, sino que resuelve la nulidad del artículo 102 bis.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA. Señala que debe garantizarse que toda resolución del LAJ en el proceso pueda ser sometida al control del juez o tribunal, lo que resulta una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 de la CE, así como en los textos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España (art. 10.2 CE). Cosa indudablemente cierta pero que supone que, si no se hace así, y la actividad es propia de órgano jurisdiccional, sencillamente, se invaden funciones, como ocurre con los artículos 34 y 35 en los que se vulnera el artículo 117.3 de la CE.

En fin, la STJUE se basa solamente en quién realiza la actividad, sin tener en cuenta que tal actividad puede ser propia de ámbitos reservados a la jurisdicción. De ese modo, como se ha señalado, se llegaría a la inadmisibile y absurda consecuencia de que el legislador podría vaciar de contenido el ámbito de la jurisdicción solamente atribuyendo la competencia a un funcionario. Un despropósito, sin ningún lugar a dudas.

La misma STC 58/2016 niega expresamente esta posibilidad cuando afirma que:

No es descartable la eventualidad de que existan supuestos en los que la decisión del letrado de la Administración de Justicia [...] concierna a cuestiones relevantes en el marco del proceso, que atañen a la función jurisdiccional reservada en exclusiva a jueces y magistrados (art. 117.3 CE), a quienes compete dispensar la tutela judicial efectiva sin indefensión que a todos garantiza el artículo 24.1 de la CE.

3. La STC de 14 de marzo de 2019, un importante pero insuficiente paso para recuperar el norte

La situación legislativa y jurisprudencial detallada exigía una respuesta urgente en el proceso por cuenta manifestada de los artículos 34 y 35, de un lado, dirigida frente al ejercicio usurpador y descontrolado de funciones jurisdiccionales por parte del LAJ; y, de otro, ante la desprotección del consumidor al haberse excluido erróneamente el control de cláusulas abusivas precisamente por la desenfocada STJUE de 16 de febrero de 2017, tal y como se ha resaltado anteriormente.

La respuesta tenía que llegar, y lo hizo de una forma casi casual. El pleno del Tribunal Constitucional se ha pronunciado como consecuencia de una cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por su Sala Segunda en el recurso de amparo núm. 4104-2017, respecto al artículo 35.2.II en relación con el artículo 34.2.II y III, en la redacción dada por la tan repetida Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por posible vulneración del artículo 24.1 de la CE (y del 117.3 de la misma).

Todo se origina porque Dña. Amelia de L. L. formuló recurso de amparo frente a la providencia que inadmitió el recurso de revisión y la nulidad de actuaciones interpuestas contra el decreto de 11 de mayo de 2017 desestimatorio de la oposición formulada, dictado por el LAJ del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid en procedimiento, denominado de jura de cuentas, para la reclamación de honorarios del letrado D. David L. R. M. por importe de 48.017,19 euros generados en un procedimiento de formación de inventario de bienes de régimen económico matrimonial.

Frente a este decreto de 11 de mayo de 2017, la impugnante interpuso recurso de revisión y subsidiariamente incidente de nulidad de actuaciones. Se basaba en su derecho a recurrir al amparo del artículo 454 bis y la nulidad con carácter subsidiario por la vulneración básicamente del artículo 24.1 de la CE por indefensión. Ambos inadmitidos por la providencia de 16 de junio de 2017 con base en los artículos 35.2 y 228.1, respectivamente. Providencia que es recurrida en amparo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al no permitir las impugnaciones, por «no respetarse el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho de que toda decisión de los letrados de la Administración de Justicia sea revisada y sujeta al control judicial [...] al impedir el control judicial del decreto del letrado de la Administración de Justicia». Se relaciona con la STC 58/2016, de 17 de marzo, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad del primer párrafo del artículo 102 bis.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. Pronunciamiento que es aplicable en el ámbito del orden jurisdiccional civil y que, en definitiva, debería declarar la inconstitucionalidad del artículo 35.2, ya que se estaría creando un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con el artículo 24.1 de la CE y con el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional del artículo 117.3 de la CE.

A pesar de las desenfocadas consideraciones que aporta la tan criticable STJUE de 16 de febrero de 2017, en lo referente a la naturaleza del proceso de manifestación de cuentas de los artículos 34 y 35, lo bien cierto es que en aquel momento ya podía afirmarse que, al margen de quién fuera el competente, era y había sido siempre un proceso en el que se realizaban funciones jurisdiccionales, principalmente porque actuaba el derecho objetivo mediante desinterés objetivo. Por tal motivo, la competencia sin control judicial alguno para su conocimiento no excluía la naturaleza jurisdiccional de la actividad desarrollada, como pretendía la citada STJUE citada, sino que sencillamente este funcionario había invadido funciones que corresponden a jueces y magistrados.

Ante esta tan irregular situación, era patente que en algún momento el titular de la potestad jurisdiccional había de recuperar la función de la que había sido despojado tras la Ley 13/2009. Y por la misma razón, resultaba urgente garantizar el control de cláusulas abusivas previo por el titular de la potestad jurisdiccional cuando el demandado por el proceso de los artículos 34 y 35 pueda considerarse consumidor. De otro modo, nos encontraríamos tanto ante un claro ejemplo de invasión de ámbitos competenciales de la jurisdicción como ante una patente desprotección del consumidor respaldada irónicamente por una sentencia del mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En todo este contexto llega la STC de 14 de marzo de 2019 a instancias de Dña. Amelia de L. L. en el procedimiento anteriormente indicado. Dado el *iter* procedimental antes señalado y en atención al precedente que representa la STC 58/2016, de 17 de marzo, en lo inmediato la impugnación parece limitarse a la circunstancia de que un decreto no tenga previsto recurso. Pero eso no es más que el efecto de la causa que lo motivó, y que es el verdadero problema que subyace en esta impugnación. En este caso, se centra en la atribución de competencia al LAJ con carácter exclusivo y excluyente para conocer de un proceso en el que se realiza función jurisdiccional y que, como es sabido, corresponde o debería corresponder «en exclusiva» a jueces y magistrados conforme al artículo 117.3 de la CE.

Lo bien cierto es que, aunque en este caso la duda de constitucionalidad que se plantea afecta al régimen de recursos contra los decretos de los LAJ en las reclamaciones de honorarios de abogados reguladas en la LEC, en realidad incide claramente en la cuestión de la posible invasión de función jurisdiccional por el LAJ, en la medida en que su aplicación pueda eventualmente impedir que las decisiones de aquellos letrados sean revisadas por los jueces y tribunales. Y como es patente, solamente estos últimos son titulares de la potestad jurisdiccional. Y si son sustituidos por otro personal, se les impide dispensar la tutela judicial efectiva sin indefensión que garantiza el artículo 24.1 de la CE.

De hecho, como reconoce el mismo Tribunal Constitucional, se crea un procedimiento en el que se dirimen derechos y obligaciones entre las partes que quedan totalmente al margen de la actividad propiamente jurisdiccional y que, además, al no haber recurso alguno, no puede ser objeto de revisión para tutelar los derechos e intereses en presencia de ningún órgano propiamente jurisdiccional. Se impide así la posibilidad de una tutela de derechos e intereses legítimos que la Constitución quiere que sea siempre dispensada por los jueces y tribunales, creando un sector de inmunidad que no se compadece con el artículo 24.1 de la CE. Y concluye esta sentencia que la exclusión de recurso frente al decreto priva del acceso al control jurisdiccional de una decisión adoptada en el seno de un proceso por un órgano no investido de función jurisdiccional y da lugar al inicio del procedimiento de ejecución, prescindiendo de ese control y excluyendo la posibilidad de impugnación contra la decisión del LAJ.

En definitiva, estima la cuestión planteada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional y, en su virtud, como se ha indicado, declara la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo tercero del artículo 34.2 y del inciso «y tercero» del párrafo segundo y del párrafo cuarto del artículo 35.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Y mientras el legisla-

dor no se pronuncie al respecto, el recurso judicial procedente frente al decreto LAJ es el de revisión al que se refiere el artículo 454 bis de la LEC.

De este modo, la STC de 14 de marzo, de modo similar a lo que ocurre con el monitorio de los artículos 812 a 818, donde puede entenderse que el LAJ actúa por delegación y en todo caso con el control judicial, salva la constitucionalidad del procedimiento de los artículos 34 y 35. Esta inconstitucionalidad derivaría de la invasión de funciones jurisdiccionales en cuanto se somete a control judicial la decisión del LAJ, no solamente por la cuestión formal de que un decreto del LAJ sea inimpugnable ante la jurisdicción, sino porque es jurisdiccional la actividad que se realiza en el procedimiento regulado en los artículos 34 y 35. Si este procedimiento consistiera, como incorrectamente califica la misma STJUE de 16 de febrero de 2017, en un mero expediente administrativo, no se hubieran declarado inconstitucionales los preceptos que autorizan el descontrol judicial de este decreto. En tal caso, hubiera bastado con la eventual impugnación a través del «ordinario ulterior» sobre la misma cuestión y entre las mismas partes. Pero el Tribunal Constitucional, aunque sea precariamente –y todavía con ciertas dudas, pues es criticado por algunos autores como Herrero Perezagua (2010, pp. 81 y ss., y 2014, pp. 68-74)–, al menos introduce el control judicial del decreto del LAJ en el que determina la cantidad debida tras la oposición. De ese modo, se intenta orillar parte del problema que planteaba la regulación de los artículos 34 y 35, el de la invasión de funciones jurisdiccionales por un funcionario público, aunque mantiene subsistente el descontrol de «abusividad» en este proceso.

4. Algunas consecuencias *de lege ferenda*

El Tribunal Constitucional ofrece una solución transitoria –que la experiencia demuestra que podría llegar a ser más que duradera– a la inconstitucionalidad que declara en su Sentencia de 14 de marzo de 2019. Esta solución consiste sencillamente en que el decreto del LAJ que resuelve la oposición en el proceso de los artículos 34 y 35 sea recurrible en revisión ante el titular de la potestad jurisdiccional. A pesar de esto, tanto el legislador español como la posible jurisprudencia futura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea deberían tomar buena nota de la doctrina y fundamentos de esta sentencia.

4.1. La posible configuración del papel del LAJ en la llamada jura de cuentas

Ciertamente se cuenta con una solución transitoria, quizá duradera, sobre el sistema de control judicial del decreto del LAJ al resolver la oposición: permitir el recurso de revisión frente al decreto que dicte al resolver la oposición. Solución que, por si fuera poco, se corresponde con la ofrecida en el procedimiento de tasación de costas en el artículo 246.3 y 4 cuando se regula la impugnación contra el decreto que se dicta cuando se impugnan

por excesivos e indebidos, respectivamente. Concretamente dispone que «contra dicho decreto cabe recurso de revisión» (y contra el auto resolviendo el recurso de revisión no cabe recurso alguno). Además de que, como siempre es más fácil no hacer nada, de modo que es esperable la pasividad del legislador, también cabe una actitud más ambiciosa que ofreciera, por ejemplo, una solución semejante a la que se mantuvo en su momento con la regulación del juicio cambiario. Recordemos que, por algún ignoto motivo –probablemente por los conocimientos de derecho cambiario que se requiere–, este procedimiento quedó exento de ser alcanzado por la Ley 13/2009, de modo que quedó libre de intervenciones esenciales distintas a las del propio titular de la potestad jurisdiccional. Lo bien cierto es que, además de la simple pasividad, el legislador podría ofrecer alguna de estas soluciones:

- 1.º Volver a la situación anterior a la Ley 13/2009, de modo que el titular de la potestad jurisdiccional se apoderara para de nuevo conocer en exclusiva de la jura de cuentas. Esta solución expulsaría cualquier duda sobre invasiones en el ámbito competencia de la jurisdicción.
- 2.º Mantener la actividad del LAJ pero con intervención judicial similar a la del proceso monitorio, no solo autorizando el recurso de revisión frente al decreto que determine la cuantía debida tras la impugnación, sino trasladando esta decisión al titular de la potestad jurisdiccional. Se subrayaría de ese modo el carácter subsidiario o por delegación de la actividad del LAJ, que estaría siempre gravitando alrededor del poder controlador del titular de la potestad jurisdiccional.
- 3.º Solución taxativa pero nada desdeñable podría ser también derogar el procedimiento especial, y, solamente si se considera imprescindible, introducir especialidades en la regulación general del monitorio de los artículos 812 a 818. La solución sería semejante a la anterior pero alcanzada por otra estrategia legislativa. Se trata de no llevar la estructura del procedimiento monitorio a la regulación específica de los repetidos artículos 34 y 35, basada más en la tradición que en conveniencia práctica alguna, sino en todo lo contrario, en llevar las especialidades que se requieran a la regulación general del proceso monitorio. Por cierto, algo similar a lo que hizo el legislador con la reclamación de gastos de comunidad, que remitió a la regulación general del proceso monitorio en los citados artículos 812 a 818, introduciendo alguna previsión específica y manteniendo especialidades en el artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal, remitiéndose para lo demás a la regulación general de los artículos 812 a 818.

Ciertamente, esta última no ha sido la práctica habitual del legislador, pues suele optarse por regular de forma autónoma, aunque sea con estructuras esencialmente idénticas. Piénsese en el modo en que se ha regulado la reclamación del crédito cambiario en los artículos 819 a 829; en el monitorio previsto en el artículo 101 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social; en los artículos 70 y 71 de la Ley del Notariado, que regula la denominada «reclamación de deudas no contradichas»; y, por supuesto, también en el monitorio regulado en el Reglamento (CE) núm. 1896/2006, de 12 de diciembre. Sin

embargo, remitir a la regulación general y establecer, en caso de considerarse necesarias, algunas especialidades, además de resolver todos los problemas de fondo, se presenta sin duda como la solución más sistemática.

4.2. El necesario control judicial de la inadmisibilidad del procedimiento

Nada dicen los artículos 34 y 35 sobre la competencia para la eventual inadmisibilidad del procedimiento de los mismos preceptos que regulan. El artículo 34.2 se limita a disponer que «presentada la cuenta y admitida por el secretario judicial, este requerirá al poderdante...» Y aunque más discretamente, parece que hace básicamente lo mismo el artículo 35.2 cuando se limita a disponer que «presentada esta reclamación, el secretario judicial requerirá...». Así, hasta la STC de 14 de marzo de 2019, podía entenderse que correspondía al LAJ tanto la admisión como la inadmisión del procedimiento según el tenor literal de los preceptos antes señaladas. Sin embargo, desde esta relevante sentencia tal interpretación se presenta claramente incorrecta si consideramos el carácter básicamente jurisdiccional del procedimiento llamado de jura de cuentas, como ratifica su fundamento.

Nada que decir sobre el papel del LAJ en la admisión de la demanda. Pero en caso de que el mismo funcionario considere que corresponde la inadmisión, debería procederse tal y como es regla general en nuestro ordenamiento procesal desde el año 2009, esto es, conforme previenen los artículos 404.1, 438.1, para el juicio ordinario, o los artículos 813.III, 815.1 para el monitorio. De ese modo, aunque no haya una previsión expresa en los artículos 34 y 35, si el LAJ considera que concurren motivos para la inadmisión, debería proceder del modo siguiente: «Dará cuenta al juez para que resuelva lo que corresponda sobre la admisión a trámite de la petición inicial». Si procede de tal forma, nada qué indicar. Pero de no hacerlo así y dictar un decreto de inadmisión, el Tribunal Constitucional no habría de limitarse a establecer la necesaria vía de recurso frente a tal decreto (se supone que un idéntico recurso de revisión ante el titular de la potestad jurisdiccional), sino que, en coherencia con la consideración de proceso que debe corresponder al procedimiento de reclamación de abogados y procuradores frente a sus clientes, en mi opinión debería declarar expresamente la inconstitucionalidad derivada por el hecho de que un funcionario decida negar o impedir el ejercicio de un derecho fundamental como el del acceso a la jurisdicción.

4.3. El necesario control judicial sobre la eventual «abusividad»

El fundamento de la STC de 14 de marzo de 2019 apuntala también la posición por la que, a pesar de la desenfocada STJUE de 16 de febrero de 2017, este procedimiento todavía queda huérfano de un tratamiento adecuado para el control judicial de las eventuales cláusulas abusivas. Carencia que debería abordarse por el legislador español, así como

también ser tenida en consideración en el caso de que la cuestión volviera al conocimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a los efectos de revisar su más que discutible decisión, aunque sea *obiter dictum*, basada en la naturaleza administrativa del mal llamado expediente de jura de cuentas.

Ocioso resulta recordar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea supuso un giro copernicano en el papel del órgano jurisdiccional en el control de las cláusulas abusivas que causen, en detrimento del consumidor, un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes. Actualmente se presenta nítido que el Derecho de la Unión Europea no solo exige facultar la intervención, sino que impone al juez el deber de intervenir, aun cuando no haya sido alegado por las partes en el procedimiento, para declarar el control abusivo de las cláusulas, cualquiera que sea el procedimiento en el que se suscite y cualquiera que sea la fase del procedimiento.

Esta jurisprudencia parte originariamente de la STJ, entonces denominado de las Comunidades Europeas, de 9 de marzo de 1978, en el caso *Simmenthal*; y de 14 de febrero, de 27 de junio de 2000 (asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, caso *Océano-Murciano Quintero*). Y ha sido desarrollada, además por la STJUE de 14 de junio de 2012, en el asunto *Banco Español de Crédito* (C-618/10), y el Auto de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13); así como por numerosas sentencias del mismo órgano, entre otras, la de 4 de junio de 2009 (asunto C-243/08, caso *Pannon*); y de 30 de mayo de 2013 (asunto C-488/11). Y desembocó inicialmente en la promulgación de las Leyes 1/2013 y 8/2013, para su adecuación en el procedimiento ordinario de ejecución y en el hipotecario.

En realidad, la influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la configuración del proceso para que sea efectivo el control de cláusulas abusivas se presenta como el rayo que no cesa. De hecho, entre otras muchas, la disposición transitoria tercera de la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, además de reconocer que «se persigue impedir la inclusión en el contrato de cláusulas que pudieran ser abusivas y, a la vez, robustecer el necesario equilibrio económico y financiero entre las partes», establece incluso un régimen especial en los procesos de ejecución en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, para dar cumplimiento a las sentencias de 29 de octubre de 2015 y 26 de enero de 2017 dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De ese modo se pretende otorgar a los deudores hipotecarios contemplados en la disposición transitoria cuarta de la citada ley un nuevo plazo de diez días para formular oposición sobre la base de la posible existencia de cláusulas abusivas cuando se den determinadas circunstancias.

Resulta cuando menos curioso que este control de «abusividad» no haya sido introducido todavía en el proceso por cuenta manifestada que ahora nos ocupa. La razón se encuentra en la atribución competencial al LAJ de este procedimiento, que, a pesar de ser indebidamente descontrolada, llevó a la poco afortunada STJUE de 16 de febrero de 2017 a considerarlo *obiter dictum* como un simple expediente administrativo en el que, en consecuencia, no resultaba preciso este control judicial previo.

Pero ya en el momento en que se dictó era posible afirmar que esta atribución competencia al LAJ introducida en la Ley 13/2009 no determinaba la naturaleza administrativa del procedimiento, sino más bien la invasión de funciones del LAJ, como mínimo por no establecerse un sistema de control judicial. Así y todo, desde el punto de vista del derecho de la Unión, no hay duda de que el control de las cláusulas abusivas únicamente corresponde al titular de la potestad jurisdiccional y en modo alguno a un funcionario, como es el LAJ, con independencia del relativamente amplio ámbito de gestión en el procedimiento por parte de este funcionario.

Recordemos en este sentido los términos de la STC 58/2016, de 17 de marzo, por la que se declaró la inconstitucionalidad y nulidad del primer párrafo del artículo 102 bis.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en la redacción dada por la Ley 13/2009. Con similar fundamento a la STC de 14 de marzo de 2019, la inconstitucionalidad se basa en el descontrol del decreto dictado por el LAJ, en ese caso, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra diligencias de ordenación o decretos no definitivos. Y en esta sentencia se establecía que:

- 1.º Al LAJ corresponden funciones en materias colaterales a la función jurisdiccional (preámbulo de la Ley 13/2009), se le reconoce la facultad de dictar determinadas resoluciones motivadas, como son los decretos, aunque se atribuirán a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional.
- 2.º Describe el esquema diseñado legalmente, esto es, la toma de decisiones en el proceso que se distribuye entre jueces y magistrados, por un lado, y LAJ, por otro. Se reservan a los primeros, como es obligado, las decisiones procesales que puedan afectar a la función o potestad estrictamente jurisdiccional, que les viene constitucionalmente reservada en exclusiva (art. 117.3 CE); y se atribuye a los segundos, que asumen la dirección de la oficina judicial, aquellas funciones que no tienen carácter jurisdiccional, lo que incluye el dictado de resoluciones procesales que no tengan este carácter.
- 3.º Y resuelve diciendo que son los jueces y magistrados quienes ejercen en exclusiva la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE); en última instancia, se pretende garantizar que toda resolución del LAJ en el proceso pueda ser sometida al control del juez o tribunal, lo que resulta una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 de la CE, así como en los textos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España (art. 10.2 CE).

El Tribunal Constitucional, por tanto, ya había establecido, en correlación con los términos del artículo 117.3 de la CE, que la función jurisdiccional corresponde exclusivamente a los jueces y magistrados. El problema se limita a determinar con alguna precisión cuándo se está ejerciendo jurisdicción y, en concreto, si esto ocurre en el proceso de manifestación de cuentas de los artículos 34 y 35.

Para ello, resultan de interés las consideraciones que, como hemos visto, aportó la abogada general para describir la llamada jura de cuentas como proceso en el que se ejerce jurisdicción, por cuanto, señala, en definitiva, que dictan en ellos resoluciones de carácter jurisdiccional. Y lo anterior sin dejar de reconocer que resulta correcto negar legitimación al LAJ para formular cuestión prejudicial, pero no porque el procedimiento sea administrativo, como malentendió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino sencillamente porque este funcionario no es titular legítimo para el ejercicio de jurisdicción. Además, las conclusiones de la abogada general, en cuanto afirma que en el procedimiento de los artículos 34 y 35 se ejerce jurisdicción, se refuerzan si atendemos a los elementos identificadores de esta función.

Aunque el procedimiento sea esencialmente revocable por carecer de efecto de cosa juzgada, de modo que sus decisiones podrán ser conocidas en ulterior ordinario, no puede afirmarse que solo por ello se excluya la jurisdicción. Si bien todas las decisiones irrevocables integran la jurisdicción, no todas las revocables quedan fuera de la misma, como constata la misma existencia de los procesos sumarios que no están dotados de eficacia de cosa juzgada (art. 447.2 a 4), pero que sin duda se ejerce jurisdicción en los mismos. Siendo así, la irrevocabilidad tiene efectos identificadores limitados. Además, la irrevocabilidad no es criterio válido para valorar si una determinada actuación no debería merecer ser considerada como jurisdiccional; o si, siendo revocable, merecería serlo. De hecho, si la irrevocabilidad hubiera sido un criterio definitivo, no hubieran sido posibles fenómenos, como ciertos tránsitos de administración a jurisdiccional producidos, como ocurrió con el caso del Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia, órgano administrativo que dictaba resoluciones revocables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, hasta que empezó a dictar resoluciones irrevocables al adquirir la categoría de órgano jurisdiccional, conforme al artículo 19.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducido por la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, en relación con el artículo 125 de la CE.

Asimismo, llevar a sus últimas consecuencias el criterio de la irrevocabilidad para identificar la jurisdicción podría conducir a admitir la arbitrariedad de excluir al legislador cualquier condicionamiento constitucional para establecer los casos en que la jurisdicción ha de conocer *ab initio*. Por ello, Ortells Ramos (2018, pp. 123-4) estima que la determinación de en qué consiste la potestad jurisdiccional debe tener en consideración el conjunto del texto constitucional y el contexto de la tradición jurídica en el que se inserta, sin que la irrevocabilidad tenga relevancia exclusiva en esta determinación. En definitiva, el carácter revocable de la decisión, por carecer de cosa juzgada material, no excluye el carácter jurisdiccional del procedimiento por «cuenta manifestada» de los artículos 34 y 35.

De otro lado, resulta igualmente significativo que en el procedimiento que nos ocupa se actúe con desinterés objetivo, tal y como implica la misma actividad de juzgar, en la que será un tercero quien juzgue (en ese sentido, Chiovenda [1922, pp. 344, 347 y 349], Gómez Orbaneja [1976, pp. 49-53], De la Oliva Santos [2004, p. 26] y Ortells Ramos [1985, p. 417]). Ahora bien, deberíamos reparar en que los intereses generales, en continua expansión, en ocasiones llegan a solaparse con otros intereses privados. De ese modo, derecho privado y autotutela administrativa no resultan necesariamente incompatibles en todos los casos.

Pero no parece que la aplicación del derecho objetivo al caso concreto por el LAJ en este procedimiento se vea afectado por este solapamiento.

Y en el procedimiento por cuenta manifestada o de jura de cuentas no puede afirmarse que se protegen intereses generales, ni, por tanto, que suponga autotutela administrativa alguna. En este procedimiento actúa el derecho objetivo con imparcialidad para resolver conflictos de forma contradictoria. Y es claro que cuando el acreedor opta por el mismo procedimiento, como ocurre con cualquier otro procedimiento en que se instrumenta la técnica monitoria, lo hace de forma vinculante y eficaz para el demandado. Todo esto permite afirmar que el LAJ actúa con desinterés objetivo o mediante «heterotutela», y consecuentemente estará juzgando en los términos del artículo 117.3 de la CE. Y solamente si entendemos que actúa como especie de delegado o colaborador judicial, y siempre bajo su supervisión y control, podrá salvarse el modelo de gestión seguido en el que se le otorga tan significativo protagonismo.

No hay, en definitiva, resquicio para excluir el necesario control de cláusulas abusivas en el procedimiento por cuenta manifestada de los artículos 34 y 35. En correlación con las consecuencias señaladas antes que derivan de la STC de 14 de marzo de 2019, sea cual sea la alternativa que adopte el legislador, será necesario introducir este control judicial de cláusulas abusivas:

- 1.º En caso de volver a la situación anterior a la Ley 13/2009, sería consecuencia necesaria de la recuperación de competencia judicial que el mismo juez controlara las cláusulas abusivas en el momento de admisión del procedimiento, y no a la hora de su ejecución.
- 2.º Lo mismo si se ofrece una solución similar a la que actualmente articula el procedimiento monitorio, con gestión del LAJ pero el control o la supervisión judicial, se articule como procedimiento *ad hoc* o reconduciéndolo a la regla general estableciendo en su caso especialidades. Incluso será lo mismo aunque este control judicial sea mínimo, sometiendo el decreto que decide la oposición al recurso de revisión ante el titular de potestad jurisdiccional del tribunal correspondiente, como solución transitoria establecida en la STC de 14 de marzo de 2019 en correspondencia con lo previsto en el artículo 246.3 y 4 para el procedimiento de tasación de costas al que, por cierto, remite el artículo 35.2.III.

Precisamente, en la línea de influencia doctrinal del TJUE en materia de control de cláusulas abusivas, merece destacarse ahora la reforma de la LEC operada por la Ley 42/2015 en la que, entre otras muchas cosas, modifica el artículo 552.1.II para dar cobertura a la STJUE de 6 de octubre de 2009; e introduce, por mor de su apartado 76, el artículo 815.4, para acomodarlo a la STJUE de 14 de junio de 2012, en el asunto Banco Español de Crédito, C-618/10.

Las palabras del punto V del preámbulo de la Ley 42/2015 resultan ilustrativas cuando literalmente se refieren a que:

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil da cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el asunto Banco Español de Crédito, C-618/10, donde, tras el examen de la regulación del proceso monitorio en España, en relación con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, declaró que la normativa española no es acorde con el derecho de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores, en la medida «que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio *–in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición». Por esta razón se introduce en el artículo 814 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un nuevo apartado 4, un trámite que permitirá al juez, previamente a que el secretario judicial acuerde realizar el requerimiento, controlar la eventual existencia de cláusulas abusivas en los contratos en los que se basen los procedimientos monitorios que se dirijan contra consumidores o usuarios y, en su caso, tras dar audiencia a ambas partes, resolver lo procedente, sin que ello produzca efecto de cosa juzgada, como exige la normativa europea. Igualmente, se da cobertura a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2009 y al criterio consolidado en nuestra jurisprudencia al incorporar la posibilidad del control judicial de las cláusulas abusivas en el despacho de ejecución de laudos arbitrales, al igual que ya está previsto para los títulos no judiciales.

Este artículo 815.4 dispone que cuando la reclamación de la deuda se funde en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, «el secretario judicial, previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible». A continuación, el juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas puede ser calificada como abusiva, en tal caso, «dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas estas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes». Y si las considerara abusivas «el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas». Además, el auto que se dicte «será directamente apelable en todo caso».

El modo con que se ha afrontado la acomodación del control de cláusulas abusivas en el ámbito del proceso monitorio es relevante ahora por las indudables afinidades que mantiene con los procedimientos en los que se instrumenta la misma «técnica monitoria», como es el de «manifestación de cuentas» que nos ocupa. En el caso probable de que se mantenga la gestión del LAJ meramente bajo el control y la supervisión judicial, aunque solamente sea sometiendo el decreto al posible recurso de revisión, deberá articularse un mecanismo de control de cláusulas abusivas en el que se presenta de interés inmediato el modelo del artículo 815.4.

Sin duda este control ha de atribuirse al titular de la potestad jurisdiccional. Recuérdese que cuando el Anteproyecto de ley de reforma de la LEC, de 3 de mayo de 2013, pretendió que las cláusulas abusivas quedaran en manos del secretario judicial, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, el 11 de julio siguiente, en sus puntos 47 y 48, afirmó que «no cumple con los términos de la sentencia del TJUE», y también que «es una clara invasión de la función jurisdiccional».

El texto literal que pretendía introducir el anteproyecto era el siguiente:

Si el Secretario judicial, tratándose de una reclamación de deuda fundada en un contrato entre un profesional y un consumidor, apreciase el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible, dará cuenta al Tribunal quien, en su caso, oirá a las partes por cinco días, resolviendo lo procedente mediante auto dentro de los cinco siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención ni de Abogado ni de Procurador. De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte, que será directamente apelable, determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas.

Y el informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 11 de julio de 2013, en sus puntos 47 y 48, señaló literalmente que:

El Anteproyecto viene a atribuir esa obligación al Secretario judicial y no al Juez, articulando un procedimiento para decidir sobre el carácter abusivo o no de la cláusula que solo se iniciará si el Secretario judicial entiende que algunas de las cláusulas pueden tener tal carácter. Lo que es distinto a lo que dice la STJUE, que, insistimos, indica que es el Juez quien, de oficio y en todo caso, sin necesidad de oposición del demandado ni a instancia de otra persona, ha de examinar las cláusulas de un contrato suscrito entre un profesional y un consumidor a fin de valorar la existencia o no de posibles cláusulas abusivas. Se considera, en consecuencia, que la nueva regulación es una clara invasión de la función jurisdiccional y no cumple los términos de la sentencia del TJUE.

Al final, según el artículo 815.4, cuando la deuda se funde en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el secretario judicial... dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula... de oficio.

Como ha quedado patente tras la STC de 14 de marzo, aunque sea mínima al menos por el momento, la gestión que realiza el LAJ es como en cualquier otro procedimiento monitorio de colaboración y sometido al discreto control judicial, por el momento, a través del recurso de revisión frente al decreto que decide la oposición en equivalencia, como se ha indicado a lo previsto en el artículo 246.3 y 4. Y partiendo de la actividad jurisdiccional

de la función que se realizaba en el monitorio, basada en que declarar la «abusividad», en su caso, previa actividad probatoria, sin duda supone «juzgar», en el sentido de aplicar el derecho objetivo en el caso concreto con desinterés objetivo para resolver un conflicto, el control de «abusividad» ha de corresponder al titular de la potestad jurisdiccional y no a ningún funcionario, por cualificado que esté y por mucho que sea el jefe de la oficina judicial.

La STJUE de 16 de febrero de 2017 resulta útil para considerar al LAJ incompetente para formular cuestión prejudicial alguna, puesto que en modo alguno cabe entender que no pueda tener la consideración de órgano jurisdiccional, incluso en los supuestos más o menos puntuales y transitorios de invasión de ámbitos reservados a la jurisdicción. Pero no puede considerarse de interés para entender este procedimiento como no contrario al derecho de la Unión en cuanto pueda ser considerado erróneamente como procedimiento de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.

Con todo, se presenta necesaria una reconsideración profunda de la regulación sobre el procedimiento para la reclamación de créditos por abogado y procurador frente a sus clientes. No resulta suficiente introducir un control judicial, por lo demás mínimo, sobre la actividad del LAJ, como recientemente ha hecho la STC de 14 de marzo de 2019. Resulta urgente proteger a los consumidores en este procedimiento, amparándoles con un adecuado sistema de control judicial de oficio de las eventuales cláusulas abusivas, al menos, de modo equivalente al previsto en el artículo 815.4 para otros procedimientos en los que se instrumenta la técnica monitoria. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene la responsabilidad de haber dictado la STJUE de 16 de febrero de 2017 y de revisar esa doctrina para declarar que los artículos 34 y 35, si el defecto no es subsanado antes por el legislador español, son contrarios a la Directiva 93/13/CEE, en relación con la Directiva 2005/29/CE y con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Asimismo, este control de cláusulas abusivas convendría que fuera plenario, a pesar de que el procedimiento pudiera tener la condición de sumario, incluso aunque esta sumariedad se limitara exclusivamente a los medios de prueba admitidos para su oposición.

Para la abogada general en el asunto C-503/15, *Ramón Margarit Panicello contra Pilar Hernández Martínez*, que desembocó en la reiterada STJUE de 16 de febrero de 2017, entendía que la Directiva 93/13/CEE no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal. Esto era así cuando se cumpliera una condición: «Que dicha normativa admita una práctica de prueba suficiente como para permitir la comprobación efectiva de si existen cláusulas abusivas, extremo que corresponde comprobar al tribunal nacional». Y a continuación entendía que esto era posible por regla general por cuanto las facultades de investigación deberían bastar para que se pueda analizar y apreciar si existen cláusulas abusivas. Solamente en el caso de que el contrato de prestación de servicios fuera oral –como, por cierto, suele ser lo habitual– podría ser imprescindible contar con la posibilidad de que se practicaran otro tipo de pruebas, como la testifical, para poder examinar la existencia o no de cláusulas abusivas. Y esto sería posible porque, siempre en opinión de la abogada general, las disposiciones de la LEC podrían interpretarse de conformidad con el

derecho de la Unión en la medida en que, en casos justificados, las facultades de control de los secretarios judiciales pudieran ir más allá del examen de la prueba documental, incluyendo la declaración de testigos.

En definitiva, la actividad probatoria sería suficiente en la práctica y, si fuera necesario, no habría más que realizar una interpretación lo suficientemente amplia como para permitir otros medios de prueba distinta a la documental. El único problema es que se daría una cierta incoherencia entre un control sumario del proceso principal y otro plenario de «abusividad» previo al mismo. Y, al final, quizá este control plenario vendría de un modo a frustrar la pretendida utilidad práctica de la sumariedad derivada de la inmediatez en la respuesta. Pero esto no es más que un problema que se disipa ante la urgencia de proteger al consumidor, también en este procedimiento, y quizá relativizando la utilidad práctica de la tutela sumaria.

Referencias bibliográficas

- Achón Bruñén, M.^a J. (2008). *Las costas procesales y las denominadas «juras de cuentas»: Soluciones a problemas que la LEC silencia*. Barcelona: Bosch.
- Asencio Mellado, J. M. (2001). El proceso monitorio. En *Derecho Procesal Civil. Parte Segunda*. Valencia.
- Banacloche Palao, J. (2015). *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*. Madrid: La Ley.
- Bonet Navarro, J. (2010). *El procedimiento por «cuenta manifestada». Reclamación de la cuenta del procurador y de los honorarios del abogado* (pp. 298-312). Madrid: La Ley.
- Bonet Navarro, J. (2012). Reclamación litigiosa de honorarios: diagnóstico y terapia ante demasiada patología legal. En Blasco (Coord.), *El trabajo profesional de los abogados*. Tirant lo Blanch.
- Bonet Navarro, J. (2014). *Los procedimientos monitorios civiles en el derecho español*. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi.
- Cedeño Hernán, M. (2002). *Retribución de Abogados y Procuradores: la llamada «Jura de Cuentas»*. Aranzadi, Elcano.
- Chiovenda, G. (1922). *Principios de Derecho Procesal, I* (trad.: Casáis). Madrid: Editorial Reus.
- Correa Delcasso, J. P. (2000). El proceso monitorio. En Alonso-Cuevillas (Coord.), *Instituciones del nuevo proceso civil, IV* (pp. 188-92). Barcelona.
- Díez-Picazo Giménez, I. (1997). Extensión de las posibilidades de defensa en el procedimiento de jura de cuentas. *Tribunales de Justicia*, 6, 697.
- Garnica Martín, J. F. (2000). Cuenta del Procurador. En Fernández-Ballesteros, Rifá y Valls (Coords.). *Comentarios a la nueva*

- Ley de Enjuiciamiento Civil. Art. 1 al 280.* Barcelona: Iurgium-Atelier.
- Gómez Amigo, L. (1999). La introducción del proceso monitorio en el sistema procesal español. *Actualidad Civil*, 38.
- Gómez Orbaneja, E. (1976). *Derecho procesal civil, I* (con Herce). Madrid.
- Guasp Delgado, J. (1943). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I*. Madrid: Aguilar.
- Gutiérrez de Cabiedes y Fernández de Heredia, E. (1972). Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España. *Revista de Derecho Procesal*.
- Herrero Perezagua, J. F. (2001). Arts. 34 y 35. En Cordón, Muerza, Armenta y Tapia (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I* (pp. 378-92). Aranzadi, Elcano.
- Herrero Perezagua, J. F. (2014). *Lo jurisdiccional en entredicho*. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi.
- Hinojosa Segovia, R. (2001). El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *Revista de Derecho Procesal*, 1-3.
- López Muñoz, M. Á. (2011). *Los créditos procesales de Procuradores, Abogados, Peritos y Testigos: soluciones de la práctica penal para las Juras de Cuentas*. Barcelona: Bosch.
- López Sánchez, J. (2001). Naturaleza jurídica de los procesos monitorio y cambiario. *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales, VII*.
- Martín Contreras, L. (2015). *Las costas procesales: tasación de costas en todas las órdenes jurisdiccionales, provisión de fondos y jura de cuentas*. Hospitalet de Llobregat: Bosch.
- Montero Aroca, J. (1994). Sobre la constitucionalidad de la jura de cuentas (Comentario a la Sentencia 110/1993, de 25 de marzo). *Derecho Privado y Constitución*, 2, 283-304.
- Muñoz Sabaté, Ll. (1987). Riesgos y posible inconstitucionalidad del art. 8 sobre jura de cuentas de unos honorarios de abogado de 5 millones de pesetas pagados por su procurador. *Revista Jurídica de Catalunya*, 86, 541-6.
- Oliva Santos, A. de la (2004). *Derecho Procesal, I*, (con otros). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Ortells Ramos, M. (1985). Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*. Cáceres.
- Ortells Ramos, M. (2018). La potestad jurisdiccional. *Introducción al Derecho Procesal* (con otros). (8.ª ed.). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Pillado González, E. (14 de junio de 2016). Procedimiento notarial de reclamación de deudas dinerarias no contradichas. *Diario La Ley*, 8782.
- Prieto Castro y Ferrándiz, L. (1950a). La jura de cuentas en general y aplicada a profesionales no jurídicos. En *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil, II*. Madrid: Editorial Reus.
- Prieto Castro y Ferrándiz, L. (1950b). *El procedimiento privilegiado de exacción de los arts. 7.º, 8.º, y 12.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, II*. Madrid: Editorial Reus.
- Robles Garzón, J. A. (2000). Los procesos especiales. El proceso monitorio. En Cabañas (Coord.), *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (pp. 722-8). Madrid.
- Tomé García, J. A. (2000). El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *Revista de Derecho Procesal*.



El Tribunal Supremo invierte la carga de la prueba y favorece a los consumidores en los contratos de cajas de seguridad

María Magdalena Pérez de Prada

*Abogada
Doctoranda de Derecho y Ciencias Sociales de la UNED*

Teresa Núñez Sanz

Abogada

Mercedes de Prada Rodríguez

Profesora titular (AC) de Derecho Procesal

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pedro Vela Torres, doña Rocío Fernández Domínguez, doña María de las Heras García, don Carlos Lema Devesa, don Juan José Marín López y don Miguel Ruiz Muñoz.

Extracto

En el presente trabajo analizaremos cómo la STS de 26 de febrero de 2018 resuelve, definitivamente, un debate doctrinal suscitado desde hace una década acerca de la naturaleza jurídica de los contratos de alquiler de cajas de seguridad. A partir de esta sentencia, los contratos de alquiler de cajas de seguridad son calificados como contratos atípicos y de naturaleza mixta, es decir, aúnan características y rasgos tanto de los contratos de arrendamiento como de los contratos de depósito.

En este sentido, el Tribunal Supremo considera de aplicación analógica el régimen jurídico de los contratos de depósito cerrado y sellado, previsto en el artículo 1.769 del CC. Como comprobaremos, esta interpretación sobre la naturaleza jurídica, lejos de mantenerse en un plano teórico, incidirá en cuestiones sustantivas y procesales de carácter práctico tan relevantes como las reglas de la carga de la prueba.

De este modo, a través de la inversión de la carga de la prueba a favor del cliente se presumirá la culpa de la entidad bancaria en el defectuoso cumplimiento de su obligación de custodia y se otorgará valor probatorio a su declaración en cuanto al valor de los bienes depositados en ella, protegiendo así a la parte más débil del contrato: los consumidores.

Palabras clave: contratos de alquiler de cajas de seguridad; naturaleza jurídica; contratos atípicos; carga de la prueba; consumidores.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Pérez de Prada, M.^a M., Núñez Sanz, T. y Prada Rodríguez, M. de (2020). El Tribunal Supremo invierte la carga de la prueba y favorece a los consumidores en los contratos de cajas de seguridad. *Revista CEFLegal*, 232, 37-66.



The Spanish Supreme court reverses the burden of proof and favors consumers within safe deposit box contracts

María Magdalena Pérez de Prada

Teresa Núñez Sanz

Mercedes de Prada Rodríguez

Abstract

In this paper we will analyze how the Supreme Court's Ruling dated February 26, 2018 definitively resolves a doctrinal debate that has arisen over the past decade regarding the legal nature of safe deposit box rental contracts. As of this ruling, security box rental contracts are described as atypical contracts with mixed nature, that is, they combine characteristics and features of both rental and deposit contracts.

In this sense, the Supreme Court considers that the legal regime of closed and sealed deposit contracts, regulated in article 1769 of the Civil Code, is applicable by analogy. As we shall verify, the interpretation of the legal nature, far from being maintained at a theoretical level, will affect relevant substantive and procedural issues (i.e. the rules on the burden of proof).

Therefore, by reversing the burden of proof in favor of the consumer, the bank will be presumed to have breached its custody obligation and the consumer's testimony regarding the value of the goods deposited will be given evidential value. By doing so, the weaker party to the contract, the consumer, is protected.

Keywords: safe deposit box rental contracts; legal nature; atypical contracts; burden of proof; consumer.

Citation: Pérez de Prada, M.^a M., Núñez Sanz, T. y Prada Rodríguez, M. de (2020). El Tribunal Supremo invierte la carga de la prueba y favorece a los consumidores en los contratos de cajas de seguridad. *Revista CEFLegal*, 232, 37-66.



Sumario

1. Introducción
 2. Concepto y evolución de la naturaleza jurídica del contrato de alquiler de cajas de seguridad
 3. Supuesto de hecho
 - 3.1. Argumentos esgrimidos por las partes y su resolución
 - 3.1.1. La nulidad de la cláusula de exoneración de responsabilidad
 - 3.1.2. La legitimación activa de la sociedad para el ejercicio de la acción de daños por incumplimiento contractual
 - 3.1.3. El incumplimiento contractual del Banco
 - 3.1.4. La valoración de la indemnización reclamada: *propter rem ipsam non habitat*
 4. Recursos extraordinarios frente a la sentencia de la audiencia provincial
 - 4.1. Motivo único del recurso de casación: inversión de la carga de la prueba
 - 4.2. Motivo único del recurso extraordinario de infracción procesal
 - 4.3. Fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018
 5. Conclusión
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Siguiendo el hilo conductor de un procedimiento ordinario que culmina con la resolución, por el Tribunal Supremo, de los recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación, se rescata una doctrina que ha permanecido latente durante más de 10 años.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de noviembre de 2008, analizó la naturaleza jurídica del llamado contrato de alquiler de cajas de seguridad que calificó como un contrato atípico y con causa mixta, lo que supuso un cambio sustancial en la doctrina que había imperado hasta ese momento. Además, la novedosa interpretación y aplicación –analógica– de lo previsto en el restrictivo artículo 1.769 del Código Civil modificó el régimen aplicable en materia de carga probatoria.

Desde entonces, y hasta la reciente Sentencia de 26 de febrero de 2018 (rec. núm 3309/2014 [NCJ063160]), el Tribunal Supremo no había vuelto a pronunciarse en el mismo sentido. Escoge hacerlo ahora, 10 años después, y con ocasión de resolver los recursos extraordinarios interpuestos frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, que se alejó del criterio sentado en 2008 y que el Tribunal Supremo se ve obligado a recordar.

A través del análisis del *iter* procesal de este reciente caso, ahondaremos en cuestiones eminentemente prácticas, tales como la nulidad de la cláusula de exoneración de responsabilidad, la legitimación activa del demandante para el ejercicio de la acción en reclamación de daños por incumplimiento contractual, el importe de la indemnización debida y la preexistencia de las cosas objeto de custodia.

En definitiva, seguiremos el recorrido de este procedimiento que evidencia las consecuencias sustantivas y procesales que, a nivel práctico, se derivan de la determinación de una cuestión que podría parecer exclusivamente teórica, como es la naturaleza jurídica de un contrato.

2. Concepto y evolución de la naturaleza jurídica del contrato de alquiler de cajas de seguridad

El contrato de alquiler de cajas de seguridad tiene como objeto que el cliente de una entidad de crédito pueda usar un espacio cerrado, dentro de una cámara acorazada, para

introducir dinero u otras cosas de valor, a cambio de un canon o precio. El Banco de España define «caja de seguridad» como un lugar especialmente reservado en las cajas fuertes de las entidades bancarias para su alquiler por parte de los clientes. Debe destacarse que en estos espacios pueden depositarse todo tipo de bienes o dinero en efectivo sin necesidad de declarar su contenido. Es decir, nos encontramos ante un servicio bancario en el que la entidad de crédito se limita a satisfacer la necesidad de custodia física del cliente.

Este tipo de contratos se caracterizan porque la entidad de crédito no recibe –materialmente– los objetos que el cliente desea confiarle, sino que es el propio cliente quien los introduce en la caja de seguridad y los retira, bien por sí mismo o por una persona autorizada¹. Es un contrato consensual y no formal, aunque suele documentarse en una póliza de abono en la que se especifican los derechos y obligaciones de las partes².

Durante mucho tiempo la jurisprudencia de nuestros juzgados y tribunales fue dispar a la hora de determinar la naturaleza jurídica de los contratos de alquiler de cajas de seguridad. A este respecto, hasta ahora, han coexistido dos corrientes jurisprudenciales claramente diferenciadas en atención a la consideración de estos contratos como (a) un contrato de arrendamiento o como (b) un contrato de depósito:

- La teoría del contrato de arrendamiento³, de la que fue precursora la STS de 14 de diciembre de 1928⁴, otorgaba preeminencia a la cesión de uso de la caja sobre la obligación de custodia, enfatizando el carácter consensual del negocio y su proximidad con, por ejemplo, el contrato de aparcamiento o garaje⁵. En este sentido, el Tribunal Supremo destacaba, entre otras cuestiones, la naturaleza atípica del

¹ Vara de Paz (1992), Garrigues y Sánchez-Calero (1986), Sánchez-Calero Guilarte (1997, p. 328) y Garrigues (1958, p. 467).

² Gaitán Rebollo (2017) afirma que tampoco es un contrato real porque no se exige que el cliente bancario entregue cosa alguna al banco para su perfeccionamiento. Sin embargo, el banco entrega a su cliente una de las dos llaves necesarias para la apertura de la caja, sin esa entrega «no puede ejercitar los derechos nacidos del contrato, por lo que tampoco queda obligado a contraprestación alguna (ni siquiera el pago del canon arrendaticio). En la práctica siendo simultáneos los dos actos (entrega de llaves y cargo de la comisión bancaria), el contrato puede calificarse como materialmente real». Existe, por otra parte, «un aspecto formal de ejecución de las prestaciones contractuales, es el libro de visitas. Este es un registro en que la entidad anota cada una de las aperturas realizadas en las cajas por sus clientes, a los que previamente se identifica por el mecanismo que contractualmente se haya pactado y a quienes se le exige (por pacto) la firma previa a cada apertura, con constancia de la fecha de la misma».

³ Valenzuela Garach (1993) encuadra esta figura como un arrendamiento de cosa. Por el contrario, Arrillaga (1958, pp. 635 y ss.) lo califica como arrendamiento de servicios.

⁴ *Vid. Jurisprudencia Civil*, colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 186, 1965, sentencia núm. 122, pp. 586 a 601.

⁵ Sobre la naturaleza del contrato de aparcamiento es ilustrativa la STS de 22 de octubre de 1996.

contrato, al carecer de regulación propia en nuestro ordenamiento, así como su índole mixta, pues «su configuración contiene elementos del contrato de arrendamiento (parcela expedita donde estacionar) y del contrato de depósito (obligación de restitución), junto con las demás prestaciones accesorias que se pacten».

- La teoría del contrato de depósito, sin embargo, arraigó con posterioridad (García-Pita y Lastres, 2016). La STS de 21 de abril de 1933 expuso que, independientemente de la denominación que este contrato reciba, su principal función descansa en, precisamente, la custodia de los bienes depositados: «Cualquiera que sea la denominación que se le diere por el influjo de sus complejas características de goce y custodia, es indudable que cuando el cliente solicita del Banco el servicio de una caja, tiene como fin principal y decisivo la custodia [...], de donde resulta que, en definitiva, prevalece siempre en este tipo de contrato la intención fundamental que imprime carácter a las distintas modalidades de depósito». A mayor abundamiento, en la STS de 25 julio 1991 se afirma contundentemente el carácter absoluto de la responsabilidad del banco depositario en su obligación de conservación y devolución de los bienes depositados y custodiados⁶.

Sin embargo, ambas teorías se encuentran, desde la STS de 4 de noviembre de 2008, ampliamente superadas por la actual doctrina jurisprudencial, que configura el contrato de caja de seguridad como un contrato atípico con causa mixta en el que se integra el arrendamiento de cosas y el depósito de las mismas. En palabras del Tribunal Supremo, este tipo de contrato surge

de la conjunción de prestaciones del arriendo de cosas y de depósito, en el que la finalidad pretendida por el cliente no es el mero goce de la cosa arrendada, sino el de la custodia y seguridad de lo que se guarda en la caja, que se consigue de una forma indirecta, a través del cumplimiento por el banco de una prestación consistente en la vigilancia de la misma y de su integridad a cambio de una remuneración»⁷. En definitiva, nos encontramos ante un contrato integrado por los elementos de otros contratos típicos pero con una finalidad y caracteres propios.

Así pues, el contrato de cajas de seguridad toma, por un lado, (a) del contrato de arrendamiento la denominada «cesión del uso» de la caja de seguridad, aunque no tanto el goce –si por goce entendemos un concepto más amplio que permite al arrendatario obtener frutos (Díez-Picazo y Gullón Ballesteros 2000, p. 324)–; y, por otro lado, (b) del contrato de depósito, la obligación impuesta al depositario (en este caso, el banco) de restituir la caja de

⁶ Álvarez Álvarez (2004) realiza un estudio para delimitar el régimen de responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los objetos depositados por los clientes en las cajas fuertes o también denominadas cajas de seguridad.

⁷ STS de 4 de noviembre de 2008, rec. núm. 1371/2003 (NCJ048177).

seguridad en el mismo estado, respondiendo por los daños ocasionados si hubiese sido forzada por su culpa⁸. Como hemos adelantado, *stricto sensu* no hay entrega de cosas del cliente al banco, ni este las devuelve como tal, por lo que, como establecen las STS de 4 de noviembre de 2008 y, en similar pero no idéntico sentido, la de 15 de febrero de 2013 (NCJ057677), no cabe hablar de depósito de cosas en sentido propio. No obstante, el banco asume el deber de custodiar⁹ el habitáculo en el que las cosas se guardan –esto es, la caja de seguridad–, lo que, a su vez, excede claramente de las obligaciones propias del arrendador. En suma, el denominado contrato de alquiler de caja de seguridad es un contrato único con causa mixta¹⁰: la entidad de crédito debe conservar y custodiar la caja que usa y entrega el cliente.

En este punto, debemos detenernos en la regulación del llamado «depósito cerrado y sellado», establecido en el artículo 1.769 del Código Civil (CC) y que será determinante en el estudio de esta cuestión. Esta figura impone al depositario la obligación de conservar el sobre «cerrado y sellado» que contiene las cosas depositadas, no las propias cosas. Así pues, tanto en un caso (depósito cerrado y sellado), como en otro (contrato de alquiler de cajas de seguridad), la custodia y conservación de lo depositado se efectúa de una forma indirecta (a través del sobre cerrado y sellado o de la caja de seguridad). En consecuencia, la citada STS de 4 de noviembre de 2008 prevé, en cuanto al régimen jurídico y normativa reguladora, que deberán aplicarse, con carácter principal, la normativa de obligaciones y contratos del Código Civil; supletoriamente, la voluntad de las partes; y, en su defecto, las normas de los contratos típicos anteriormente definidos que forman parte del contrato atípico de cajas de seguridad¹¹.

3. Supuesto de hecho

El relato de hechos del caso que nos ocupa es el siguiente: imagine el lector que, en vísperas de las vacaciones estivales, el representante legal de una determinada sociedad,

⁸ Las medidas de seguridad exigibles para la cámara acorazada, instalaciones conexas y medidas de vigilancia se regulan en el Real Decreto 2364/1994 (en lo que no se oponga a la Ley 5/2014).

⁹ Debe aclararse que la entidad bancaria no asume la custodia de ese contenido, sino del daño que la ruptura, sustracción o pérdida de la caja pueda ocasionar al cliente.

¹⁰ Se defiende que la causa contractual es mixta porque coexisten elementos de las causas de contratar, tanto del depósito como del arrendamiento de cosa. Así, será de aplicación, partiendo del contenido de las prestaciones: en el depósito, como fundamental la de guardar la cosa ajena, los artículos 1.758 del CC y 303 y ss. del CCom.; y, en el arrendamiento cesión del uso y goce de una cosa, el artículo 1.543 del CC.

¹¹ Según el tenor literal de la STS de 4 de noviembre de 2008:

Debe ser el de la aplicación, ante todo, de las reglas imperativas de la normativa sobre obligaciones y contratos en general; subsidiariamente, el de las estipulaciones de las partes en lo que no traspasen los límites de la autonomía de la voluntad; y, finalmente, se han de aplicar las normas del contrato típico que forma parte del contenido del atípico en cuestión, siempre que no pugne con la finalidad perseguida mediante la celebración de este último contrato.

llamémosla «la Sociedad», acudió a su entidad financiera de confianza, «el Banco», con objeto de poner a buen recaudo varios sobres con dinero en efectivo y valiosas joyas pertenecientes a sus socios, D. Gerardo y Dña. Magdalena, en la caja de seguridad que tenía contratada la Sociedad.

A los pocos días, tuvo lugar un sorprendente robo en la sucursal, en el que fueron asaltadas todas las cajas de seguridad. Según el atestado policial, los ladrones apenas tuvieron que forzar un bombón para entrar en la sucursal, giraron las cámaras de vigilancia hacia puntos ciegos y abrieron las cajas de seguridad «sin signos de fuerza». Pero, sin duda, lo más asombroso fue que, en ningún momento, saltaron las alarmas, ni siquiera cuando los ladrones arrancaron el cuadro de alarmas completo. De hecho, el Banco no se percató de lo ocurrido hasta la mañana siguiente, cuando uno de sus empleados acudió a su puesto de trabajo en la sucursal y se encontró la puerta abierta¹².

A pesar de las disculpas y las iniciales promesas de resarcimiento a los clientes afectados, finalmente el Banco eludió asumir cualquier tipo de responsabilidad. Todo ello a pesar de la innegable falta de funcionamiento de las medidas de seguridad y su aparente negligencia en la guardia y custodia de los objetos depositados, lo que originó el inicio del procedimiento que el presente trabajo analiza.

3.1. Argumentos esgrimidos por las partes y su resolución

Tras haber agotado todas las vías de resolución extrajudicial, la Sociedad se vio obligada a presentar una demanda de juicio ordinario contra el Banco, con objeto de resarcirse de los daños causados por el robo del dinero y joyas depositados. Así, el suplico de su demanda rezaba del siguiente modo: (a) se solicitó que se condenara al Banco al pago de la cantidad de 168.876 euros, correspondiente al valor total de los bienes que se encontraban depositados en la caja de seguridad, más los intereses legales. Todo ello, en concepto de daños y perjuicios; y (b) para ello, se solicitó la declaración de nulidad de la cláusula 14.^a del contrato de alquiler de caja de seguridad suscrito con el banco, que, como veremos, le exoneraba expresamente de responsabilidad en los supuestos de «expoliación, robo y situaciones análogas».

Una vez celebrada la audiencia previa y el juicio, la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Villanueva de la Serena el 26 de diciembre de 2012 (la «sentencia de primera instancia») estimó parcialmente la demanda en los siguientes términos: (a) por un lado, tras analizar el contrato, estimó la acción de nulidad de la cláusula 14.^a; (b) pero, por otro lado, desestimó la acción de reclamación de daños y perjuicios ejercitada, al considerar que la depositante (la Sociedad) carecía de legitimación activa,

¹² Según consta en los autos de diligencias previas, la llave de la puerta principal de la caja fuerte de clientes se encontraba junto a la clave de acceso colgada en un simple cajetín dentro de la sucursal bancaria.

pues, a su juicio, los objetos depositados no eran de su propiedad, sino de terceros ajenos a dicho contrato (los socios D. Gerardo y Dña. Magdalena). Considerando ambas partes que la sentencia de primera instancia era manifiestamente contraria a sus intereses, interpusieron sendos recursos de apelación. En estas circunstancias, la Audiencia Provincial de Badajoz, en su Sentencia de 13 de noviembre de 2014 (la «sentencia de la Audiencia Provincial»), desestimó íntegramente el recurso de la entidad bancaria, que pretendía sustentar la validez de la cláusula contractual 14.^a y estimó parcialmente el recurso de apelación de la Sociedad.

A continuación, examinaremos: (a) la declaración de nulidad de la cláusula 14.^a del contrato, por la que se exoneraba de responsabilidad del Banco; (b) nos detendremos, brevemente, en la, a nuestro juicio, indebida apreciación de falta de legitimación activa para el ejercicio de una acción de naturaleza puramente contractual; (c) seguidamente, analizaremos el incumplimiento del Banco relativo a su obligación de guarda y custodia de los bienes que le fueron entregados en depósito en virtud del contrato suscrito con la Sociedad; y, por último, (d) analizaremos el importe de la indemnización solicitada por la Sociedad en concepto de daños y perjuicios causados por el incumplimiento de los deberes del Banco.

3.1.1. La nulidad de la cláusula de exoneración de responsabilidad

La cláusula 14.^a del contrato de caja de seguridad suscrito entre el Banco y la Sociedad preveía expresamente la exoneración de responsabilidad de la entidad bancaria en relación con los daños sufridos en las cajas o de seguridad o su contenido en aquellos casos de naturaleza imprevisible (tales como el robo). El tenor literal de la cláusula rezaba del siguiente modo:

La banca no responderá de los daños o menoscabos que se produzcan en las cajas o en sus contenidos por fuerza mayor, caso fortuito o por hechos que excedan de los previsibles dentro de una situación normal, ni tampoco por razón de su valor, cantidad o naturaleza de los objetos que el usuario haya depositado en las mismas, ni en los demás supuestos de expoliación, robo y situaciones análogas.

Con objeto de suplir la evidente sensación de inseguridad que esta situación provocaba en sus clientes, el Banco ofrecía un servicio exclusivo, consistente en la gestión de la contratación de una póliza de seguros:

Si el arrendatario desea cubrir la responsabilidad en los supuestos de robo, expoliación y situaciones análogas, con gastos a su cargo, la banca se ofrece a gestionarle la oportuna a póliza con una compañía aseguradora autorizada a actuar en estos ramos, sin perjuicio del derecho del arrendatario a concertar directamente el seguro.

No obstante, la sentencia de primera instancia consideró que la cláusula era abusiva y, por tanto, nula de pleno derecho, por cuanto implicaba un grave desequilibrio entre las prestaciones asumidas por las partes. Siguiendo el tenor literal de la sentencia de primera

instancia, esta limitación de responsabilidad suponía, asimismo, una vulneración de las reglas previstas para las situaciones en las que concurre dolo o negligencia, así como de la buena fe contractual:

La limitación de responsabilidad del banco en los supuestos de expoliación, robo y situaciones análogas produce un desequilibrio evidente en las contraprestaciones de los contratantes y vulnera lo dispuesto en normas de obligado cumplimiento. La cláusula 14.^a del contrato debatido excluye cualquier responsabilidad del Banco en los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, expoliación, robo y situaciones análogas, lo cual incluye, de acuerdo con su tenor literal, aquellos en que sea evidente o se acredite el incumplimiento o cumplimiento defectuoso o parcial de sus obligaciones por parte de la entidad bancaria, contraviniendo las reglas de la buena fe y las disposiciones imperativas de exigencia de responsabilidad en caso de dolo o negligencia de una parte contratante.

Ciertamente, coincidimos con la sentencia de primera instancia en que nos encontramos ante una cláusula abusiva¹³, pues supone la renuncia *ex ante* de los derechos del consumidor –incluida, además, en un contrato de adhesión tipo, no negociado individualmente–. Así lo ratifica la sentencia de la audiencia provincial al señalar que:

Las cláusulas incorporadas al contrato de apertura de caja de seguridad no fueron negociadas individualmente y, por tanto, no deben producir desequilibrio alguno, siendo indiferente a tal efecto la aceptación expresa por la demandante ya que esta, en ningún momento, tuvo la posibilidad de modificar o alterar el contenido de unas condiciones que no eran particulares, sino generales de este tipo de contratos.

En este sentido, el artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU), dispone que:

Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

¹³ Sobre cláusulas abusivas existe una abundante biografía de la que citamos, entre otros: Arias Rodríguez (3 de febrero de 2016); Gómez-Gállego (2017, pp. 6-11); Senés Motilla, (2016, pp. 2 y ss.); Senés Guerrero (2016) que afirma que «las cláusulas abusivas se definen por el procedimiento contractual (predisposición) y por los sujetos contratantes; además de por el contraste de su contenido con los parámetros normativos contenidos en los artículos 82 a 90 LGDCU»; Ballugera Gómez (4 de julio de 2016, pp. 26 y 27, y 28 de marzo de 2017), y Pérez Hereza (2017).

Y añade el artículo 82.4 de la LGDCU que «son abusivas las cláusulas que limiten los derechos del consumidor y usuario». Por su parte, el artículo 86 de la LGDCU puntualiza que:

En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean la imposición de cualquier renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.

Según declaró la sentencia de primera instancia, tan solo un verdadero supuesto de caso fortuito, fuerza mayor o riesgo imprevisible podría, en su caso, justificar la exoneración de responsabilidad del Banco. No obstante, el robo a la sucursal bancaria no puede ser considerado, en modo alguno, subsumible en ninguna de esas categorías, dado que, precisamente, la finalidad perseguida por el cliente es prevenir las situaciones de robo y proteger los objetos depositados. Y, para ello, alquila la caja de seguridad, por lo que la sentencia de primera instancia es clara al concluir que «resulta evidente que el Banco no puede quedar excluido de responsabilidades en tales supuestos».

En efecto, tal y como ha declarado unánimemente la jurisprudencia, el robo o atraco de un banco no constituye ni caso fortuito ni fuerza mayor, habida cuenta de la naturaleza, finalidad y causa del contrato de caja de seguridad. A este respecto, la sentencia de la audiencia provincial puntualizó que el atraco a una entidad bancaria no es una circunstancia imprevisible o de fuerza mayor:

[...] invocándose por el Banco también apelante el no haber incurrido en responsabilidad toda vez que nos encontramos ante un supuesto de fuerza mayor, prescrito incluso en los contratos de alquiler de Cajas de Seguridad como causa de exención de responsabilidad, tal motivo es de obligado pericimimiento toda vez que, como indica la SAP de 5 de mayo de 1995, de la Secc. 19.^a, de la Audiencia Provincial de Madrid no podemos entender comprendido en el caso de fuerza mayor el «atraco» a una sucursal bancaria por tres individuos, pues este acontecimiento no se presenta como imprevisible, así nos lo demuestra la realidad social, ni tampoco como inevitable o que exija medidas exorbitantes para su evitación, siendo de tener en cuenta en relación con el caso concreto, como a través del contrato de caja de seguridad el cliente busca o pretende prevenirse precisamente de las situaciones de robo o «atraco» y desde ello cobra sentido la no exclusión de responsabilidad del Banco¹⁴.

La principal defensa esgrimida por el Banco para fundamentar la validez de la cláusula 14.^a consistía en afirmar que la Sociedad, como cliente, suscribió el contrato aceptando, con pleno conocimiento, la existencia de estas causas de exoneración de responsabilidad. Más aún cuando el representante legal de la Sociedad firmante era abogado en ejercicio. Pues

¹⁴ SAP de Madrid de 17 de marzo de 2003.

bien, a diferencia de lo que alegaba el Banco, la nulidad de pleno derecho de la cláusula 14.^a no puede sanarse a pesar de que el representante legal de la Sociedad tuviera suficientes conocimientos jurídicos para comprender las implicaciones de la cláusula, o por muy clara –o en mayúsculas– que se exprese la declaración de voluntad. No olvidemos que es la propia ley la que sanciona de nulidad las cláusulas abusivas (art. 83 LGDCU): «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas».

En este sentido, la proporcionalidad de las prestaciones no solo se evalúa en cifras nominales, sino en función de variables como el riesgo y la probabilidad (por ejemplo, el cálculo de la prima de un contrato de seguro). La propia LGDCU determina que «el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato» (art. 82.3 LGDCU). En este caso, debe tenerse en consideración que (a) la finalidad que persigue el Banco no es de carácter monetario o la rentabilidad directa del servicio, sino que el principal objetivo es la captación de clientes; y, que (b) como declara la sentencia de la audiencia provincial, la finalidad que persigue el cliente es:

Obtener un lugar seguro para guardar dinero, joyas u otras cosas de valor, previo ofrecimiento por parte de la entidad bancaria de un sistema que se anuncia fiable y arropado por medidas de seguridad¹⁵, en principio, solventes, todo ello a cambio de la contraprestación económica que recibe la entidad bancaria.

Por este motivo, eximir de responsabilidad al Banco implicaría una grave desnaturalización del contrato.

En una lógica aún más sencilla, si tenemos en cuenta que el contrato de caja de seguridad «comparte en esencia los rasgos definitorios del depósito» y, precisamente, en el contrato de depósito, que es gratuito salvo pacto en contrario (art. 1.760 CC), el depositario responde de la pérdida de la cosa depositada (art. 1.766 CC); ¿cómo va a eximir su responsabilidad una entidad bancaria que, además, cobra una contraprestación económica por custodiar y preservar el contenido de la caja de seguridad?

Nuestra más autorizada doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre este tipo de cláusulas exoneradoras de responsabilidad en caso de robo de la entidad bancaria, concluyendo que la presencia de las mismas en documentos de adhesión o cláusulas generales conllevan su sumisión a la normativa de la LGDCU y, por tanto, que puedan ser declaradas abusivas (Martínez Espín, 2012).

Nótese que una cláusula casi idéntica fue declarada nula por la Audiencia Provincial de Huelva en su Sentencia de 5 de junio de 2002. En ese supuesto, la cláusula establecía un límite

¹⁵ Huerta Viesca (2019) expone una alternativa jurídica para la conservación de los ahorros con un nivel distinto de seguridad al de los depósitos bancarios, las inversiones financieras, etc.

máximo de responsabilidad en caso de robo de 6.000 euros y, al igual que en nuestro caso, añadía –en letras mayúsculas– que el banco se ofrecía a gestionar un seguro para ampliar la cobertura. Resulta especialmente relevante que la Audiencia Provincial de Huelva entendiera que dicha cláusula era limitativa de los derechos del cliente y, por consiguiente, que era abusiva, puesto que, en ese caso, el banco había actuado de forma manifiestamente negligente. Todo ello, en los siguientes términos: «No resulta admisible la exención o limitación de responsabilidad del banco en los supuestos de actuación negligente de la entidad, sobre todo, en aquellos casos en que la cláusula que así lo disponga venga incorporada a un contrato de adhesión». Por otro lado, esta sentencia afirma categóricamente que, dado que el principal propósito del cliente es, precisamente, evitar el robo de los objetos, el banco debe responder por los daños y perjuicios causados: «La finalidad perseguida por el cliente es, esencialmente, prevenir las situaciones de robo de los objetos depositados en la caja y por ello resulta evidente que el Banco no puede quedar excluido de responsabilidad en tales supuestos»¹⁶.

En atención a todo lo anterior, la sentencia de la audiencia provincial confirmó la declaración de nulidad de la cláusula 14.^a del contrato de caja seguridad suscrito, desestimando, en este punto, el recurso de apelación del Banco.

3.1.2. La legitimación activa de la sociedad para el ejercicio de la acción de daños por incumplimiento contractual

A continuación, se resolvió la excepción de falta de legitimación activa invocada por el Banco en su contestación a la demanda, por cuanto, a su juicio, los objetos y el dinero depositados en la caja de seguridad no pertenecían a la Sociedad, sino a terceros (en este caso, los socios). A este respecto, la sentencia de primera instancia acogió esta alegación con base en que la Sociedad, aparentemente, reclamaba el perjuicio o los daños sufridos por terceros, pues no era la perjudicada por el incumplimiento contractual:

La parte no funda su pretensión en el daño ocasionado a la misma por las acciones entabladas en su contra por los perjudicados por el robo o las pérdidas producidas en su patrimonio derivadas de su responsabilidad frente a terceros, sino que directamente reclama el perjuicio o los daños que alega producidos a terceros, debiendo, en consecuencia, estimarse la excepción de falta de legitimación activa, puesto que la Sociedad no es la titular de los derechos que reclama, no es la perjudicada por el incumplimiento contractual alegado.

A nuestro juicio, la sentencia de primera instancia incurrió en una manifiesta contradicción, pues afirmó que la sociedad no estaba reclamando daños propios, sino de terceros

¹⁶ El Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de una cláusula que establecía una limitación de responsabilidad de 12.000 euros en su Sentencia de 10 de febrero de 2012.

–los socios–, cuando lo cierto es que solo la Sociedad (como parte firmante del contrato) es susceptible de sufrir los daños contractuales derivados del incumplimiento por el Banco del contrato de caja de seguridad. Si bien la Sentencia de primera instancia subrayó la idea de que «quien actúa como parte en el proceso lo hace por un derecho o relación jurídica de la que afirma ser titular», en este caso, la parte actora (la Sociedad) es la única titular de los derechos y obligaciones dimanantes del contrato de caja de seguridad suscrito con el Banco, por lo que, indudablemente, le correspondía el ejercicio de la acción de daños por incumplimiento contractual ejercitada.

De hecho, la propia sentencia de primera instancia reconoció que la acción ejercitada es de naturaleza contractual, no extracontractual:

La actora no está ejerciendo una acción de responsabilidad extracontractual, sino una acción de responsabilidad contractual; y así lo determina expresamente al señalar que se ejerce la acción derivada de los artículos 1.124 y 1.101 CC con relación a los artículos 1.766 y 1.769 CC.

Recordemos que el contrato de alquiler de caja de seguridad es un contrato atípico que aúna características del contrato de alquiler y del contrato de depósito compartiendo, en esencia, el contrato de alquiler de cajas de seguridad la mayoría de los rasgos definitorios del depósito.

Pues bien, un rasgo definitorio típico del contrato de depósito es que lo único relevante a la hora de su constitución es la posesión legítima de la cosa depositada, careciendo completamente de importancia a quién corresponda el título de propiedad en última instancia (Castán Tobeñas, 1992, pp. 288-290). Tanto es así que el propio artículo 1.771 del CC, dispone que «el depositario no puede exigir que el depositante pruebe ser propietario de la cosa depositada». Y ello porque lo que se entrega en depósito es, únicamente, la posesión, por lo que resulta irrelevante a quién pertenece la cosa depositada, siempre y cuando el depositante la posea legítimamente¹⁷.

La doctrina ha afirmado, en relación con el artículo 1.771 del CC, que no cabe excluir la obligación de restituir lo depositado –o su valor– exigiendo al depositante acreditar su título de propiedad:

¹⁷ El propio contrato de caja de seguridad que nos ocupa define el objeto del contrato como la cesión de «cajas de alquiler encerradas en departamentos acorazados instalados en los locales de sus oficinas, con destino a la guarda por parte del arrendatario de títulos, alhajas, piedras preciosas, objetos de arte y toda clase de documentos y efectos consentidos por la legislación en vigor, siempre y cuando no constituyan un peligro para la Banca, la cual se reserva el derecho de comprobar cuantas veces lo estime oportuno la aplicación del compartimento, examinando su contenido en presencia del interesado». En ningún momento se exige que los objetos depositados sean propiedad del depositante.

El sentido estricto del art. 1.771 CC es que el depositario no puede excepcionar su obligación de restituir exigiendo al depositante la prueba de ser propietario. El art. 1.771 CC es radical y excluye esta excepción en todos los casos [...]. Por tanto, la eliminación de esta excepción se mantiene incluso cuando se haya destruido la presunción de titularidad del art. 448 CC (Badosa Coll, 1993, pp. 1.697 y ss.).

Sin embargo, la sentencia de primera instancia puso el acento en el título de propiedad del dinero y joyas depositadas, cuando lo único relevante a la hora de efectuar el depósito, ya sea este convencional o en una caja de seguridad, es la legítima posesión sobre los bienes que se van a depositar.

En el caso que nos ocupa, efectivamente, el dinero y las joyas depositadas pertenecían a terceros (los socios), pero ello no supone –en modo alguno– que la Sociedad estuviera reclamando por cuenta o en beneficio de esos terceros. Todo lo contrario, la Sociedad reclamó en su propio nombre y derecho un perjuicio que había sufrido en primera persona, pues solo ella era titular del contrato de cajas de seguridad y es la Sociedad quien deberá resarcir a los propietarios por la pérdida de objetos depositados. En este contexto, la Sentencia de primera instancia olvida que, en este caso, existen dos relaciones jurídicas perfectamente diferenciadas: (a) la relación entre la Sociedad y el Banco, y (b) la relación entre la Sociedad y los terceros propietarios del efectivo y las joyas depositados en la caja de seguridad:



- Relación jurídica (a): Es la única que debe enjuiciarse, pues lo que se ejercita es una acción de incumplimiento contractual. Por tanto, la Sociedad ostenta legitimación activa para entablar el procedimiento y reclamar los daños y perjuicios.
- Relación jurídica (b): Es completamente ajena a la acción contractual ejercitada y tiene como única finalidad la de probar, por un lado, el título en virtud del cual la Sociedad era legítima poseedora de los bienes depositados y, por otro, el *quantum* de los daños ocasionados como consecuencia del robo. Y es que, aunque la Sentencia de primera instancia afirmó que los terceros «son los perjudicados y únicos legitimados para reclamar el daño producido por la pérdida de los efectos custodiados en la caja robada», lo cierto es que a la Sociedad se le ocasionó un perjuicio patrimonial igual al valor de lo sustraído, puesto que tiene obligación de resarcir por dicho importe a los terceros que le confiaron la posesión de sus bienes y que la Sociedad decidió, en legítimo uso de su derecho, depositar en la caja de seguridad que tenía contratada (Fernández-Merino, 1998, p. 1.069).

Así pues, en nuestra opinión, la Sentencia de primera instancia yerra al resolver que la Sociedad «no es la perjudicada por el incumplimiento contractual alegado», dado que conceptúa la reclamación por daños con desprecio a los vínculos contractuales que existen entre las partes. Los terceros podrán, ciertamente, efectuar una reclamación contractual frente a la Sociedad con base en la relación jurídica (a), del mismo modo que la Sociedad está legitimada para demandar al Banco por incumplimiento de sus deberes contractuales en virtud de la relación jurídica (b). Lo que carece de todo sentido es contemplar la posibilidad de que los terceros demanden directamente al Banco por el incumplimiento de un contrato que, en realidad, ni siquiera existe¹⁸.

Sobre esta cuestión se pronuncia la SAP de Badajoz, concluyendo que, en efecto, la acción de reclamación se fundamenta en la relación jurídica que vincula al Banco y a la Sociedad, sujetos intervinientes y, por tanto, legitimados activa y pasivamente:

La cuestión nuclear para fijar la legitimación activa es la titularidad de la relación contractual en cuyo ámbito surge la acción ejercitada de indemnización. Bastando, a este respecto, la remisión al documento número dos de la demanda, el contrato de arrendamiento de caja de seguridad suscrito. La acción de indemnización ejercitada se fundamenta en el contrato referenciado, y siendo una acción de responsabilidad contractual, la legitimación activa y pasiva se construyen sobre la base de los sujetos intervinientes en la relación contractual, con independencia de la titularidad de los bienes depositados, pues los titulares de los indicados bienes son terceros ajenos a la relación contractual. Sin perjuicio, en su caso, de las eventuales acciones que pudieran entablar contra la mercantil¹⁹.

¹⁸ Si se nos permite la licencia, imaginemos que Ticio toma prestado el abrigo de Cayo y lo mancha en una cena. Cayo lleva a la tintorería el abrigo de Ticio para que lo limpien pero el encargado de la tintorería es poco diligente en su trabajo y estropea el abrigo. ¿Quién estará legitimado para reclamar a la tintorería por incumplimiento contractual? ¿Cayo, que contrató y pagó por el servicio de limpieza, o Ticio, que ni siquiera sabe que su abrigo está en la tintorería? ¿Podría el encargado de la tintorería excepcionar que Cayo no es propietario del abrigo para evitar indemnizarle por su pérdida? ¿Acaso frente a Ticio no es Cayo el único responsable de la pérdida del abrigo? Y si Ticio decidiera reclamar el abrigo directamente, ¿qué le respondería el encargado de la tintorería, que ni siquiera sabe de su existencia?

¹⁹ La Audiencia Provincial de Badajoz indicó que, en relación con la cuestión relativa a la legitimación en la causa, es de destacar la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, de la que es una muestra la Sentencia de 28 de febrero, la cual afirma que:

La legitimación *ad causam* consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar.

Es ilustrativa la STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2009, que aclara que:

El problema de la legitimación solo puede ser resuelto desde el análisis de la relación jurídico-material controvertida con respeto a la causa de pedir, si bien es asunto distinto y previo al examen de la determinación de la existencia del derecho discutido, de modo que se puede estar legitimado, pero carecer del derecho litigioso.

En definitiva, el silogismo es sencillo: la Sociedad estaba legitimada activamente para instar la reclamación ya que en la demanda se ejercitaba una acción contractual –y la única relación contractual existente vinculaba al Banco y a la Sociedad– por lo que, necesariamente, es la Sociedad la única legitimada activamente.

3.1.3. El incumplimiento contractual del Banco

En cuanto al incumplimiento contractual del Banco, la sentencia de primera instancia consideró probado que el Banco incumplió sus obligaciones contractuales y, en particular, su obligación *in vigilando*: «En el presente caso ha quedado probado que el Banco no dio cumplimiento a sus obligaciones contractuales y, en especial, a la señalada en la cláusula 13.^a del contrato según la cual "la banca dedicará una cuidadosa vigilancia a este servicio"». En efecto, el Banco incumplió su obligación de guarda y custodia de la caja de seguridad, que suponía, precisamente, su principal obligación frente al actor. La cláusula 13.^a del contrato imponía al Banco no solo la obligación de mantener la caja de seguridad vigilada, sino a que «las cajas permanezcan cerradas y solo sean abiertas por sus titulares, por personas autorizadas por estos o que tengan facultades legales para hacerlo». Lejos de ello, en el caso que nos ocupa, la caja de seguridad fue violentada dentro de la propia sucursal bancaria y su contenido íntegramente sustraído, lo que constituye un flagrante incumplimiento contractual.

El propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de febrero de 1993, manifiesta, a este respecto, que:

El Banco no se compromete a prestar una determinada diligencia, sino a facilitar al cliente un resultado que consiste en la conservación del «*statu quo*» de la caja, obligación que se desdobra en una obligación relativa a la integridad interna (garantía de clausura) y una obligación relativa a la integridad externa (garantía de conservación), y para liberarse de la consiguiente responsabilidad en caso de robo habría de demostrar el perfecto funcionamiento del servicio de vigilancia y de los mecanismos o sistemas de seguridad, lo que aquí no ha ocurrido. Hay razones, consiguientemente, para imponer al Banco una responsabilidad directa²⁰.

En cualquier caso, debemos destacar que el Banco, en su contestación a la demanda, reconoció expresamente que las medidas de seguridad no solo no funcionaron para impe-

²⁰ González Castilla (2012) afirma que

la guarda y custodia que debe desarrollar la entidad se desdobra en una obligación relativa a la *integridad interna* –*garantía de clausura*– y una obligación relativa a la *integridad externa* –*garantía de conservación*– (expresamente, STS 26 febrero 1993 [RJ 1993, 1516]). En ambos casos estamos ante una *obligación de resultado* porque el banco no se compromete a prestar una determinada diligencia sino a la conservación del *statu quo* de la caja (Garrigues). Por esta razón, ante el deterioro del contenido de la caja, el banco deberá demostrar el perfecto funcionamiento del servicio de vigilancia y de los mecanismos o sistemas de seguridad.

dir el robo, sino que ni siquiera sirvieron para alertar del mismo. En este sentido, el Banco se limitó a alegar que el sistema de seguridad cumplía con la normativa administrativa relevante en materia de medidas de seguridad²¹. No obstante, el cumplimiento de la normativa administrativa carece de relevancia en este caso, pues lo que se enjuicia no es si el Banco tenía implantadas las medidas de seguridad que la legislación administrativa vigente en el momento del robo le exigía, sino si estas medidas eran suficientes y, en definitiva, si funcionaron correctamente y lograron evitar el robo de la caja de seguridad.

En este caso en concreto, la perpetración del robo constituye *per se* un incumplimiento contractual. Tal y como pone de manifiesto el Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia de 4 de noviembre de 2008: «Es la entidad bancaria quien debe asumir el correcto funcionamiento del sistema de cajas de seguridad y debe responder de los daños ocasionados a consecuencia de un servicio que se presenta como seguro y del cual obtiene beneficios».

3.1.4. La valoración de la indemnización reclamada: *propter rem ipsam non habitat*

La Sociedad cifró en su demanda el importe del daño ocasionado como consecuencia del negligente incumplimiento del contrato de caja de seguridad por parte del Banco en la cantidad de 168.876 euros, que consideró correspondiente al valor de las cantidades y efectos depositados en la caja de seguridad asaltada (dinero en metálico y joyas).

A la hora de identificar los bienes depositados en una caja de seguridad bancaria y el valor de los mismos, la jurisprudencia viene aplicando criterios probatorios amplios en atención a que la prueba directa resulta dificultosa o, directamente imposible, dada la ausencia de exteriorización que se sigue respecto de los objetos depositados (la llamada prueba diabólica). Por consiguiente, como han concluido nuestros tribunales, la exigencia de probanza en cuanto a la existencia de los efectos sustraídos no debe ser rígida, sobre todo teniendo en consideración la evidente dificultad que presenta la prueba en estos supuestos, ya que el hecho generador de la reclamación es la sustracción de los objetos y, por tanto, no se hallan en poder del perjudicado. A ello debe unirse que tampoco existe la obligación de presentar una lista detallada de los objetos que van a introducirse en la caja de seguridad²².

²¹ Como normas especiales debemos destacar, tanto el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, como la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación. Además, no se debe olvidar que sobre la entidad prestadora del servicio recaen todas las obligaciones nacidas de las normas de transparencia bancaria, así como las generales relativas a la ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito (Ley 10/2014 y Real Decreto 84/2015).

²² SAP de Huelva de 5 de junio de 2002. En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Madrid de 5 mayo de 1995: «Una excesiva rigidez en el orden probatorio en estos casos llevaría en la generalidad de los casos a la exoneración de responsabilidad a la entidad bancaria».

Así pues, en este ámbito, cobra plena validez la prueba por presunciones. En este caso en particular, las siguientes presunciones fueron tenidas en consideración: (a) en primer lugar, y aunque parezca una cuestión baladí, se presumió que la caja de seguridad no estaba vacía, pues había sido contratada onerosamente por la Sociedad para guardar en ella dinero y joyas que deseaba mantener a salvo de terceros; y (b) asimismo, se presumió que los objetos depositados en la caja de seguridad eran valiosos pues, de otro modo, la Sociedad no se hubiera molestado en depositarlos en una caja de seguridad.

A mayor abundamiento, debe tenerse en consideración que, respecto del valor de los concretos bienes depositados, el Tribunal Supremo recurre a la aplicación analógica del artículo 1.769 del CC en atención a la gran similitud existente entre el depósito cerrado y el contrato de caja de seguridad²³.

En el caso objeto de estudio, la Sociedad afirma haber depositado dinero y joyas por valor de 168.876 euros en la caja de seguridad (que estaba cerrada y sellada) y, en principio, debería restituirse el contenido «en la misma forma». No obstante, habiendo sido forzada –y robado el contenido de la misma– por negligencia de la depositaria, la Sociedad exige que el Banco responda de los «daños y perjuicios». A este respecto, Badosa Coll (1993, pp. 1.697 y ss.) señala que:

El quebrantamiento de la clausura muestra que ha habido incumplimiento de la obligación de guarda y el art. 1.769 II le añade una presunción de culpa como causa de la infracción obligacional. Por tanto, es un supuesto excepcional de presunción *culpa-negligencia*, a diferencia de la regla general contraria que se aplica a la culpa-hecho propio.

Una vez establecida la responsabilidad del Banco con una expresa presunción legal de culpa que no fue desvirtuada, nos encontramos ante el reto de determinar cuál es el valor de lo depositado. Siguiendo a Badosa Coll (1993, pp. 1.697 y ss.), el valor de lo depositado es equivalente al daño sufrido y, de conformidad con el artículo 1.769 de la CC –y la jurisprudencia del Tribunal Supremo–, la prueba descansará en la presunción de veracidad de la declaración unilateral del perjudicado:

El valor de lo depositado es equivalente al daño sufrido [...]. A partir de este criterio, que puede considerarse general, el problema es la prueba del valor de la cosa

²³ A tenor del citado artículo 1.769 del CC:

Quando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubiese sido forzado el sello o cerradura por su culpa. Se presume la culpa en el depositario, salvo prueba en contrario. En cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario.

depositada dado que, por hipótesis, solo lo conoce el depositante. De ahí que el art. 1.769 CC deba inclinarse por dar crédito a la declaración unilateral del depositante, declaración que presupone la identificación de la cosa, de modo que el depósito deja de ser secreto.

El hecho de que una parte importante de lo depositado fuera dinero en efectivo no resta validez a la presunción legal pues, como manifiesta la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 25 de octubre de 2007, siendo la caja de seguridad un lugar para guardar en ella dinero en metálico, «es lícito presumir su presencia, sin que pueda exigirse al perjudicado demostrar la preexistencia, dada la fungibilidad de los bienes y la práctica imposibilidad de acreditar cuánto dinero estaba allí depositado²⁴.

La sentencia de la audiencia provincial reconoció, con independencia de la interpretación del objeto del contrato, que el Banco adoptó en materia de seguridad una conducta imprudente, reveladora de una absoluta falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad, lo que, a su parecer, constituye un flagrante incumplimiento contractual. Sin embargo, la cuestión central, al objeto de determinar la cuantía indemnizable, es la prueba de la existencia de los objetos en la caja de seguridad en el momento de perpetrarse el robo, así como el valor de los objetos.

Adicionalmente, la sentencia de la audiencia provincial consideró que todos los hechos alegados en un proceso están sometidos a las reglas de distribución de carga de la prueba reguladas en el artículo 217 de la LEC, concluyendo que, por tanto, la carga de la prueba sobre la existencia de los objetos depositados recae sobre la Sociedad: «La consecuencia jurídica del citado artículo es que la prueba de la existencia de los objetos en la caja de seguridad y su valor corresponde al actor, pues constituyen el hecho constitutivo de su pretensión».

Por otro lado, respecto de la aplicación analógica de la presunción contenida en el artículo 1.769 del CC, referente al depósito cerrado y sellado, la sentencia de la audiencia provincial consideró que es una interpretación jurídica un tanto desmesurada, por cuanto se fuerza la verdadera naturaleza y características del contrato de alquiler de caja de seguridad: los objetos no se entregan cerrados y sellados, sino que se introducen directamente y, además, el arrendatario tiene la facultad de modificar o cambiar a su antojo el contenido de la caja arrendada.

La sentencia de la audiencia provincial concluyó que para determinar la existencia de los daños y su correspondiente cuantificación se ha de atender lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC y que, en este caso, la Sociedad no había acreditado ni la existencia de los objetos relacionados en la caja de seguridad en el momento del robo ni el valor que se les otorgaba.

²⁴ SAP de Madrid de 25 de octubre de 2007.

4. Recursos extraordinarios frente a la sentencia de la audiencia provincial

Siguiendo el transcurso de los hechos, la Sociedad presentó escrito de interposición conjunta de recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, por interés casacional²⁵, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial.

En primer lugar, la Sociedad denunció la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en virtud de la cual el contrato de caja de seguridad es un contrato atípico en el que la obligación de custodia no se proyecta sobre los objetos depositados –como si ocurre en el depósito puro–, sino en la propia caja de seguridad, lo cual determina la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1.769 CC para el depósito cerrado. Con objeto de acreditar dicha infracción, se invocó la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008 y, en similar sentido, de 15 de febrero de 2013 (recurso 1090/2010). En efecto, la orientación jurisprudencial de las mencionadas Sentencias proclamaba la atipicidad del contrato de caja de seguridad y la custodia indirecta de lo depositado a través de la vigilancia y protección de la propia caja de seguridad, por oposición a la custodia directa de los objetos depositados en un contrato de depósito puro²⁶.

4.1. Motivo único del recurso de casación: inversión de la carga de la prueba

Como hemos anticipado, el motivo único que se alegó fue la infracción de la normativa aplicable al contrato de caja de seguridad, es decir, la falta de aplicación analógica del artículo 1.769 del CC, en relación con la inversión de las reglas de la carga de la prueba. Como ya señalamos, según la sentencia de la audiencia provincial, la carga de probar el contenido de lo depositado en la caja de seguridad no se invertía, a diferencia de lo que proclama el apartado 3 del artículo 1.769 del CC, sino que, por aplicación de la regla general sobre carga de la prueba, la prueba sobre la existencia del daño le correspondía a quien reclamaba haberlo sufrido (art. 217.2 LEC).

²⁵ Se alegó que concurría interés casacional en virtud del artículo 477.2.3º y 3 de la LEC, tal y como ha sido interpretado en el acuerdo alcanzado por los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre los criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 30 de diciembre de 2011 (epígrafe III, 1, pp. 13-15).

²⁶ La STS de 15 de febrero de 2013 afirma que:

A diferencia de la obligación de custodia del contrato de depósito, dicha obligación no se centra directamente sobre los objetos depositados, salvo pacto expreso en contrario, sino en la vigilancia y seguridad que ofrece la propia caja, como prestación dispensada a cambio de una remuneración. De ahí que la entidad bancaria responda cuando dicha vigilancia y seguridad ofrecida resulte vulnerada ocasionando pérdidas o daños a los clientes.

Por el contrario, la aplicación analógica del artículo 1.769 del CC al contrato de caja de seguridad determinaría una inversión en la carga de probar el contenido y valor de lo sustraído, debiendo estarse, salvo prueba en contrario, a lo declarado por el depositante (art. 1.769. 3 CC).

Por lo que respecta a la obligación de custodia de la caja de seguridad, en el recurso extraordinario se puso de manifiesto que las normas del contrato típico que forman parte del contenido atípico en cuestión no son cualesquiera normas reguladoras del contrato de depósito (Magro Servet, 2012, p. 5). Como bien precisa la STS de 15 de febrero de 2013, «no es posible, por tanto, reconducir el incumplimiento contractual y la responsabilidad derivada al campo de la tipicidad de la obligación de custodia en el contrato puro de depósito», sino a las propias del depósito cerrado contenidas en el artículo 1.769 del CC pues, como ha establecido el Tribunal Supremo, «es claro que la situación más análoga a la descrita es la determinada por la existencia de un depósito cerrado y sellado, contemplada en el artículo 1.769 del CC».

El motivo que justificaría la aplicación analógica de la regulación del depósito cerrado al contrato de caja de seguridad es que ambos comparten la custodia indirecta del sobre cerrado y sellado, en un caso, y de la caja de seguridad en el otro, como elemento integrante de su causa. En otras palabras, el contrato de caja de seguridad comparte con el de depósito cerrado la custodia indirecta, que no mediata, que la entidad de crédito se compromete a prestar respecto de los objetos introducidos en la caja en condiciones de especial seguridad. Entre otras cosas porque la custodia de los bienes guardados en la caja de seguridad se obtiene, a diferencia de lo que ocurre con el depósito común, de modo indirecto, esto es, a través de la protección que el banco ejerce sobre la caja de seguridad, y no sobre los propios bienes introducidos en la caja (Garrigues, 1975, p. 448). O, en palabras del Tribunal Supremo, «la entidad bancaria no asume la custodia de ese contenido, sino del daño que la ruptura, sustracción o pérdida de la caja pueda ocasionar al cliente». No obstante, el Tribunal Supremo aplica analógicamente la regulación del depósito cerrado (art. 1.769 CC) al contrato atípico de caja de seguridad, porque

ciertamente que no existe depósito de cosas porque al Banco no se le entregan las mismas para su depósito, pero ha de conservar y custodiar la caja que usa y entrega el cliente, lo mismo en que, por imperativo del artículo 1.769 del CC ha de conservar el depositario el sobre cerrado y sellado en que se contienen las cosas, no estas mismas. Su custodia y conservación se efectúa, tanto en un caso, como en otro, de una forma indirecta, a través de la caja de seguridad o del sobre cerrado y sellado²⁷.

En definitiva, se denuncia la falta de aplicación analógica por parte de la sentencia de la audiencia provincial del artículo 1.769 del CC y, en particular, en su vertiente consistente en la inversión de la carga de la prueba.

²⁷ STS de 4 de noviembre de 2008.

4.2. Motivo único del recurso extraordinario de infracción procesal

Como consecuencia de lo anterior, se denunció, asimismo, la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso (art. 469.1, apdos. 3.º y 4.º LEC –Ley de Enjuiciamiento Civil–) en su vertiente del artículo 24 de la CE en relación con los artículos 1.769 del CC y 217 de la LEC, por desconocer las reglas de carga de la prueba que procede aplicar en este caso.

Si, efectivamente, consideramos que al contrato de caja de seguridad le resulta de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 1.769 CC, que establece una presunción *iuris tantum* de culpa del Banco en caso de apertura no autorizada de la caja y otra presunción, también *iuris tantum*, sobre el contenido y valor de lo depositado, nos encontramos ante una verdadera inversión de la carga de la prueba.

Debemos recordar que la sentencia de la audiencia provincial consideraba que la sociedad no había probado los daños reclamados por entender que: «Para determinar la existencia de daños y su correspondiente cuantificación se ha de estar al artículo 217 de la LEC».

Sin embargo, si atendemos a lo dispuesto en el artículo 1.769 de la CC:

- a) En primer lugar, el apartado 1 establece que «cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubiese sido forzado el sello o cerradura por su culpa». En este sentido se pronuncia la STS de 15 de febrero de 2013 cuando afirma: «De ahí que la entidad bancaria responda cuando dicha vigilancia y seguridad ofrecida resulte vulnerada ocasionando pérdidas o daños a los clientes».
- b) A continuación, el apartado 2 dispone que «se presume la culpa en el depositario, salvo prueba en contrario». En este caso, sin embargo, la culpa se probó en la instancia y así lo recoge la sentencia de la audiencia provincial: «Por tanto, con independencia de la interpretación del objeto del contrato, ya sea en su vertiente más estricta y cercana al depósito o más laxa y concomitante con el alquiler de una caja que permite disfrutar de las medidas de seguridad de la entidad bancaria en la que se encuentra incardinada, la existencia del hecho manifestado anteriormente, revelador de una absoluta falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones encomendadas al arrendador en materia de seguridad, constituye un incumplimiento contractual flagrante por parte de la entidad bancaria».
- c) Por último, el apartado 3 del artículo 1.769 del CC establece una segunda presunción *iuris tantum*: «En cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario». Es de destacar que la regla probatoria de este precepto pre-

tende paliar, precisamente, las dificultades de prueba con que se encontraría la pretensión de responsabilidad del usuario de una caja de seguridad que ha sido robada en atención al carácter secreto de lo que en ella se contiene²⁸.

En palabras de Jordano Fraga (1994, p. 376), se trata del respaldo normativo de un entendimiento flexible de la carga probatoria del daño resarcible que incumbe al usuario de este contrato bancario. Sin esta regla probatoria, el régimen de responsabilidad del banco sería un esquema teórico vacío de contenido. Así, si el ordenamiento exigiera al usuario de la caja de seguridad la prueba fehaciente de la concreta identidad y valor de los bienes ubicados en la caja en el momento del robo, se generaría una patente situación de desequilibrio entre las partes, de forma que el Banco, aun cuando hubiera sido evidenciado su incumplimiento o incluso su culpabilidad, prácticamente nunca respondería por la quiebra de su obligación de custodia.

De este modo, la regla probatoria del artículo 217.2 de la LEC, en virtud de la cual corresponde al actor la prueba de la certeza de los hechos en que se fundamenta su pretensión, cedería en favor de lo dispuesto en el apartado 6 del mismo artículo²⁹ en relación con el apartado 3 del artículo 1.769 del CC, por lo que la prueba del valor de lo depositado en la caja de seguridad se obtiene, no mediante prueba directa, sino aplicando una verdadera presunción *iuris tantum*.

Sin embargo, no basta con la mera declaración del usuario si esta no va acompañada de un principio de prueba que permita establecer que el usuario de la caja de seguridad era el propietario o legítimo poseedor de los bienes que dice estaban custodiados en la caja en el momento del robo. Admitir la mera declaración del usuario sin ningún tipo de cortapisas equivaldría a desequilibrar el contrato en perjuicio de la entidad bancaria. Podría incluso servir para encubrir reclamaciones ilegítimas de algunos usuarios de cajas de seguridad que se vieran tentados a exagerar el contenido y valor de lo depositado. Por este motivo, la jurisprudencia exige una prueba, siquiera indiciaria, de la preexistencia de los bienes depositados, así como de que quien alega haber sufrido un perjuicio derivado del robo de la caja era el propietario o legítimo poseedor de los bienes por cuya pérdida reclama ser indemnizado. Y es, en este punto, donde sucumben la mayoría de las reclamaciones por este concepto. Así, por ejemplo, la STS de 4 de noviembre de 2008, cuya doctrina se invocó por la sociedad como fundamento del interés casacional, desestima la reclamación

²⁸ El origen de esta regla probatoria del artículo 1.769.3 del CC se encuentra en su antecedente inmediato, el artículo 1.672 del Proyecto de Código Civil de 1951 que, en correspondencia con los artículos 1.233 y 1.689 de ese mismo proyecto, García Goyena justificó (1973, pp. 91 y 103) «pues, de otro modo sería las más de las veces imposible la prueba».

²⁹ El artículo 217.6 de la LEC señala que: «Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes».

de la sociedad porque considera que no está suficientemente probada la preexistencia de los objetos que reclama:

Pues la misma [la declaración por la actora del valor de lo depositado] no va acompañada de ningún indicio de propiedad sobre las joyas y objetos preciosos desaparecidos. Solo se remite a que han sido heredados, y a la tradición de que pasen de madre a hija, pero, repetimos, sin el más mínimo indicio de su adquisición.

La otra sentencia invocada por la sociedad para fundamentar el interés casacional, de 15 de febrero de 2013, tampoco condenaba al banco a indemnizar, pero lo hacía por otro motivo completamente distinto, ya que el demandante en ese caso –el viudo de la titular de la caja– no había declarado que hubiera nada de valor, ni por tanto cuantificado dicho valor, sino tan solo «dos recibos de una joyería» por cuya sustracción –por la madre de la fallecida– no alegaba haber sufrido ningún perjuicio económico concreto³⁰.

En nuestro caso, sin embargo, debemos resaltar que la razón de la desestimación parcial del recurso de apelación por la sentencia de la audiencia provincial no tenía nada que ver con una eventual falta de prueba de la preexistencia de los efectos y dinero robados, sino con la aplicación de la regla probatoria del artículo 217.2 de la LEC. De hecho, la propia sentencia de la audiencia provincial declaró probada la preexistencia de lo que había sido robado. Así pues, se reconoció que:

La prueba documental y testifical señalada por el apelante [solo] permite constatar la adquisición de determinadas joyas y relojes en una tienda, la extracción de una cantidad en metálico de una entidad bancaria o la percepción del dinero en metálico procedente de una herencia o encargo profesional.

Existiendo indicios suficientes –o prueba plena en este caso– de que el usuario de la caja poseía legítimamente, bien como propietario o por cualquier otro título, el contenido de la caja de seguridad, la Sociedad solicitó que se aplicara la presunción del apartado 3 del artículo 1.769 del CC y ello, en relación con el contenido y valor de lo que estaba custodiado en la caja. La carga del usuario se desplaza a probar que lo poseía legítimamente pero, habiéndolo probado –siquiera por indicios según admite la jurisprudencia–, debería, en efecto, operar la presunción de que introdujo cuanto dice haber en la caja y que lo introducido tiene el valor que declara, en este caso, la Sociedad.

Lo contrario equivaldría a vaciar de contenido la protección dispensada por el apartado 3 del artículo 1.769 de la CC, cuando con la inversión de la carga de la prueba el legislador pretende, precisamente, paliar la enorme dificultad que el secreto confiere al *onus*

³⁰ En el mismo sentido resuelve la SAP de Valencia de 30 de septiembre de 2009.

probatorio del cliente, habida cuenta del carácter secreto de lo que se guarda, y posibilitar siquiera que la responsabilidad en que incurre la entidad de crédito llegue a hacerse efectiva. Lo anterior se ve reforzado, sin duda, por la función propia de las cajas de seguridad, que avala no solo la existencia de los daños, sino la considerable cuantía de los mismos.

De hecho, si la presunción de validez del valor de lo depositado ex artículo 1.769.3 CC no se extendiera también a los concretos objetos introducidos en la caja de seguridad, no sería necesario facilitar un principio de prueba sobre la preexistencia y legítima posesión por el usuario de los bienes que han sido robados³¹. Sin embargo, la jurisprudencia exige dicho principio de prueba como forma de control de posibles reclamaciones ilegítimas y, precisamente, porque la presunción de este precepto no solo alcanza al valor de lo depositado en la caja de seguridad, sino también a su contenido.

Debemos reseñar que la sentencia de la audiencia provincial indica que no procede aplicar la presunción *iuris tantum* del apartado 3 del artículo 1.769 del CC «ya que en el presente contrato los objetos no se entregan cerrados y sellados al arrendador, sino que se introducen directamente en la caja de seguridad de la entidad bancaria». Sin embargo, el Tribunal Supremo resolvió un supuesto prácticamente idéntico, extendiendo la aplicación de la inversión de la carga de la prueba a los bienes depositados en una caja de seguridad, aun cuando no existía cierre y sello de la cosa, ni inventario de los objetos depositados, en atención a la identidad de razón que comparten ambos casos. Veámoslo:

Aunque no hay prueba exacta de que las cosas cerradas se entregaran cerradas y selladas, es indudable que las circunstancias del caso puestas de relieve aconsejan una procedente aplicación analógica cuando no se contemple el supuesto específico acreditado, pero regulan otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón (entrega de joyas cerradas y selladas o entrega de joyas y su encierro en caja fuerte), todo ello con la medida y ponderación que exige una realidad social que se presenta dinámica y con profusión en la actualidad y que impone la respuesta judicial que aquí se defiende, como se deduce de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988 y de la de esta Sala de 18 de mayo de 1992³².

Como indicamos, la sentencia de la audiencia provincial eludió la aplicación de la presunción contenida en el apartado 3 del artículo 1.769 del CC con el argumento de que «el

³¹ El ATS de 3 de mayo de 20017 admite el motivo planteado en el recurso de casación en el que se argumenta acerca de la infracción del artículo 1.769 del CC

al considerar la recurrente que el contrato de alquiler de cajas de seguridad guarda mayor relación con el depósito que con el arrendamiento, siendo perfectamente aplicable lo dispuesto en el artículo citado respecto al depósito, por lo que no debe recaer sobre ella la obligación de acreditar el valor y los bienes depositados en la caja de seguridad del banco y que fueron sustraídos con motivo del robo producido en la entidad bancaria demandada.

³² STS de 27 de enero de 1994.

arrendatario tiene la facultad de modificar o cambiar a su antojo el contenido de la caja arrendada». Sin embargo, a diferencia del depositante, que el usuario de la caja tenga la facultad de acceder a ella y modificar el contenido de lo depositado no debe considerarse óbice para la aplicación analógica del artículo 1.769 del CC³³. Y ello, por las siguientes cuatro razones: (a) en primer lugar, porque el contrato de caja de seguridad no es un depósito puro sino un contrato atípico, por lo que las obligaciones y facultades que lo conforman no son exactamente las mismas; (b) en segundo lugar, porque la facultad de acceder a la caja de seguridad tan solo afecta en el hecho de que la caja habrá de considerarse «cerrada y sellada» a los efectos del artículo 1.769 CC cada vez que el usuario la vuelva a cerrar; (c) en tercer lugar, porque la Sociedad no reclamaba el valor de cualesquiera cosas que hubiera introducido alguna vez en la caja de seguridad, sino tan solo las que había cuando accedió por última vez antes del robo, en vísperas de las vacaciones; (d) y, por último, el propio Tribunal Supremo ha declarado con anterioridad que la falta de inventario de lo introducido en la caja de seguridad –que, por naturaleza, tiene carácter secreto– no obsta la aplicación analógica de la presunción de prueba contenida en el apartado 3 del artículo 1.769 del CC.

4.3. Fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018

Tras analizar los recursos planteados por la Sociedad, el Tribunal Supremo, en primer lugar, determinó cuáles son los principales criterios que vertebran el régimen de aplicación del contrato de alquiler de cajas de seguridad:

- 1.º La existencia de un especial deber de custodia por parte del depositario (que se traduce en la vigilancia y seguridad de la caja, de su clausura o cierre) como contraprestación a una remuneración. En este sentido, el depositario responde, objetivamente, en virtud del régimen de responsabilidad agravado, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.769.2 del CC.
- 2.º El carácter secreto que justifica esta modalidad de depósito incide, inexorablemente, en la determinación de los daños indemnizables, pues otorga un especial valor a la declaración del depositante, que tendrá carácter determinante, salvo prueba en contrario (ex art. 1.769.3 CC). Esta presunción no queda desvirtuada por el hecho de que la entidad de crédito se reserve la facultad de comprobación del contenido de la caja, a los solos efectos de su licitud con arreglo a la normativa aplicable.

³³ Botana García (2018) indica como consecuencias prácticas que:

La entidad bancaria responde cuando dicha vigilancia y seguridad ofrecida resulte vulnerada ocasionando pérdidas o daños a los clientes. No es posible, por tanto, reconducir al incumplimiento contractual y la responsabilidad derivada al campo de la tipicidad de la obligación de custodia en el contrato puro de depósito.

Aplicando estos criterios al caso planteado, el Tribunal Supremo consideró que, en cuanto al deber de custodia, se ha constatado el claro incumplimiento de los deberes de la entidad bancaria, sin que haya probado la existencia de caso fortuito o de fuerza mayor. Por otra parte, resulta especialmente relevante que la declaración del depositante sobre el contenido y el valor de los bienes depositados se sustenta en un principio de prueba reconocido por la propia sentencia de la audiencia provincial.

Finalmente, nuestro Alto Tribunal estimó el recurso de casación interpuesto por la Sociedad contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz y, en consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia estimando la demanda interpuesta y condenando al Banco al pago de 168.876 euros en concepto de daños y perjuicios, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

5. Conclusión

El Tribunal Supremo, mediante la sentencia objeto de estudio, ha resuelto, definitivamente, una disyuntiva jurisprudencial sostenida en el tiempo y que, sin duda, suponía un claro perjuicio para los consumidores.

Los contratos de caja de seguridad, en los que una entidad bancaria asume la custodia –bajo su vigilancia– de efectos valiosos a cambio una remuneración, han sido calificados por nuestros tribunales como un contrato de alquiler o como un contrato de depósito. Sin embargo, ninguna de estas aproximaciones ha logrado dar respuesta a la problemática contractual que se produce cuando la caja de seguridad es violentada y su contenido sustraído. Normalmente, las entidades bancarias se amparaban bajo cláusulas exoneradoras de responsabilidad incluidas en los contratos suscritos con sus clientes. No obstante, una vez consolidada la jurisprudencia que declara la nulidad por abusiva de este tipo de cláusulas exoneradoras de la responsabilidad en caso de robo, el principal debate jurídico se traslada a la naturaleza del contrato de caja de seguridad y el régimen jurídico aplicable.

La relevancia de la Sentencia de 26 de febrero de 2018 radica en el afianzamiento de la doctrina jurisprudencial que configura el contrato de cajas de seguridad como un contrato atípico de naturaleza mixta con rasgos tanto del arrendamiento como del depósito. Además, resulta especialmente notable que, en este tipo de contratos, es de aplicación –por analogía– el artículo 1.769 del CC sobre el depósito cerrado y sellado pues, aun cuando al banco no se le entregan las cosas para su depósito, tiene la obligación de conservar y custodiar la caja que usa y entrega al cliente. La fijación de esta doctrina tiene un claro y directo efecto procesal que desemboca, en última instancia, en la protección material de la parte más débil del contrato bancario. Así pues, por imperativo del artículo 1.769 del CC opera una inversión de la carga probatoria en una doble vertiente: (a) de un lado, se presume la culpa del depositario que no ha custodiado con éxito la caja de seguridad; y (b)

de otro lado, establecida la culpa, «se estará a la declaración del depositante en cuanto al valor de lo depositado».

De esta forma, la difícil carga probatoria que, hasta esta sentencia, frustraba invariablemente las legítimas aspiraciones de resarcimiento de los clientes bancarios, quienes tenían el «diabólico» cometido de probar la introducción física de los objetos sustraídos en la caja de seguridad, se ve notablemente aligerada en beneficio del titular de la caja. En este sentido, a pesar de que no sea suficiente la mera afirmación de la parte perjudicada por el robo, bastará un principio de prueba que permita acreditar la preexistencia y propiedad o legítima posesión del perjudicado.

En definitiva, tras muchos años de injusticia material y desprotección del cliente bancario, finalmente, el Tribunal Supremo ha optado por desplazar la dificultad probatoria a la entidad bancaria que ha incumplido la obligación de resultado del contrato atípico de caja de seguridad, esto es, custodiar los bienes del cliente.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Álvarez, H. (2004). Distinción entre contrato de depósito y contrato de arrendamiento de cajas fuertes. *La Ley Digital*. La Ley 1519/2004.
- Arias Rodríguez, J. M. (3 de febrero de 2016). Notas sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto a las cláusulas abusivas. *Diario La Ley*, 8694.
- Arrillaga, J. I. de (1958). *Cajas de Seguridad en los Bancos*. Madrid: RDP.
- Ballugera Gómez, C. (4 de julio de 2016). Los requisitos de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente. *Diario La Ley*, 8795, 26-27.
- Ballugera Gómez, C. (28 de marzo de 2017). La cuestión prejudicial del Tribunal Supremo sobre el vencimiento anticipado. Integración de cláusulas abusivas y falta de confianza del Supremo en el mercado hipotecario. Comentario del auto TS 8 febrero 2017. *Diario La Ley*, 8950.
- Badosa Coll, F. (1993). *Comentarios del Código Civil*, t. II. Ministerio de Justicia.
- Botana García, G. (2018). Indemnizados los daños provocados por robo en caja de seguridad. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 26 de febrero de 2018. Ponente: Sr. Orduña Moreno Rec. 3309/2014. *La Ley Digital*. La Ley 2958/2018.
- Castán Tobeñas, F. (1992). *Derecho Civil Español, Común y Foral*.
- Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, L. (2000). *Sistema de Derecho civil*, v. II. Madrid: Tecnos.
- Fernández-Merino, J. (1998). Las Cajas de Seguridad. En *Contratos Bancarios y Parabancarios*. Valladolid: Lex Nova.

- Gaitán Rebollo, J. (2017). *Memento práctico Francis Lefebvre. Contratos Mercantiles* (capítulo 12, pp. 6942-6955). Lefebvre-El Derecho.
- García Goyena, F. (1973). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, vol. II., Barcelona: Editorial Base.
- García-Pita y Lastres, J. L. (2016). Bases para una revisión del régimen de los depósitos bancarios de efectivo. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 143.
- Garrigues, J. (1958). *Contratos bancarios*. Madrid.
- Garrigues, J. y Sánchez-Calero, F. (1986). Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria. *RDBB*.
- Gómez-Gállego, J. (2017). Cláusulas suelo y cláusulas abusivas. *El Notario del Siglo XXI*, 71.
- González Castilla, F. (2012). El alquiler de cajas de seguridad. *Contratos mercantiles*. (5.^a ed.). Aranzadi. 2013\195.
- Huerta Viesca, I. (2019). Crisis económica, crisis bancaria, inseguridad y cajas de seguridad. *La Ley Digital*. La Ley 215/2009.
- Jordano Fraga, F. (1994). Responsabilidad de un hotel por la custodia de joyas y dinero entregados por unos clientes durante su estancia en él. Prueba del alcance de la sustracción o pérdida padecida. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 34.
- Magro Servet, V. (2012). Casuística sobre el contrato de depósito y sus variantes. Respuesta de los tribunales. *Revista de Jurisprudencia. El Derecho*, 4.
- Martínez Espín, P. (2012). Cláusulas abusivas en contratos bancarios. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 4.
- Pérez Hereza, A. (2017). Transparencia y seguridad jurídica. *El Notario del Siglo XXI*, 71.
- Sánchez-Calero Guilarte, F. (1997). *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. II. Madrid: McGraw-Hill.
- Senés Guerrero, A. (2016). Condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas e intereses de demora: estudio jurisprudencial. *Práctica de Tribunales*, 120.
- Senés Mottilla, C. (2016). Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria. *Práctica de Tribunales*, 120.
- Vara de Paz, N. (1992). Las Cajas de Seguridad. En *Contratos bancarios*. Madrid: Civitas.
- Valenzuela Garach, F. (1993). La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo. *Derecho de los Negocios*, 37.

Tutela o curatela

Comentario a la STS de 19 de febrero de 2020

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten cuando la situación se compadece mal con una limitación total de la capacidad de obrar y del sometimiento a tutela. La curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad. La institución que mejor garantiza la autonomía y protección es la curatela, dado que posee un margen de autonomía que le permite un espacio de desarrollo personal que no es digno de un control exhaustivo, sin perjuicio de la necesaria asistencia del curador.

Palabras clave: modificación judicial de la capacidad de las personas; tutela y curatela.

Fecha de entrada: 07-04-2020 / Fecha de aceptación: 24-04-2020

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de marzo de 2020).

La sentencia que se comenta incide nuevamente en qué régimen de protección es más adecuado para la persona afectada en aquellos casos en que esta no tiene limitada las capacidades cognitivas de manera plena, sino que puede realizar actos por sí misma o en su caso complementados por el apoyo de un tercero.

En síntesis, la situación planteada es la siguiente: el fiscal, a instancia de los familiares del demandado, presenta demanda de modificación de la capacidad en el juzgado de 1.^a instancia competente. Tras los trámites legales se declara la modificación total de la capacidad, acordando la incapacidad absoluta, que la extiende a la facultad de testar y la realización de actos de administración económica complejos, al derecho de tenencia y porte de armas y al derecho de conducir vehículos a motor y nombra como tutor a su cónyuge.

El demandado, que se había personado en el procedimiento, presenta recurso de apelación del que conoce la audiencia provincial, que dicta sentencia declarando la modificación parcial de la capacidad que relativamente impedía para regir el ámbito patrimonial de su actividad, precisando el consentimiento del tutor para todos los actos de contenido patrimonial que excedan de la administración del peculio para sus gastos cotidianos, que fijará el tutor, y gestiones administrativas, en especial para actos de disposición patrimonial, para contratar préstamos y créditos, donaciones, e inhabilitación para el uso y tenencia de armas y para conducir vehículos a motor y ciclomotores; y en lo concerniente al ámbito personal, la función de control para que la afectada se someta a las pertinentes revisiones médicas y al tratamiento prescrito para su enfermedad, otorgándose la facultad de gestionar dicha cuestión, y para el caso de incumplir sus indicaciones, solicitando el auxilio necesario de las autoridades.

El demandado interpone recurso de casación frente a la sentencia dictada por la audiencia provincial cuya estimación fue interesada por el Ministerio Fiscal. Según el forense, aunque es incapaz de gobernar por sí misma tanto su persona como sus bienes, también dice que es capaz de vestirse, organizar las tareas habituales del hogar, gestionar las com-

pras diarias y cocinar, si bien precisa una supervisión o seguimiento por terceras personas en el sometimiento a tratamiento médico y cumplimiento de las prescripciones facultativas y toma de la medicación.

En relación con la situación legal existente en España debe decirse lo siguiente:

- El Código Civil, desde la Ley 13/1983, de 24 de octubre, regula en el artículo 200 del Código Civil (CC), las causas de incapacitación atendiendo no al mero diagnóstico de una determinada enfermedad o deficiencia, física o psíquica, sino a los efectos que la persistencia de la enfermedad o deficiencia provoca en el autogobierno de la persona que los padece y sus consecuencias en el desarrollo de su vida ordinaria. El mencionado precepto dispone que son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.
- Lo importante a estos efectos es la capacidad de autogobierno como presupuesto de la modificación de la capacidad, sea total o parcial.
- De acuerdo con la formulación legal, cualquier enfermedad o deficiencia que origine en la práctica una necesidad de apoyo y protección originará una discapacidad en la persona que podrá ser apreciada como causa de incapacitación.
- A partir de los datos que tenga el juez derivados de la documentación médica, del informe del médico forense y de la exploración de la persona, en función del caso concreto acordará el régimen legal que proceda en interés de esa persona que padece la enfermedad o deficiencia física o psíquica, que determine esa situación de discapacidad.
- Por ello, y a la vista de lo anterior, el juez determinará en la sentencia la extensión y límites de la incapacitación, acordando el régimen a que ha de estar sometida la persona incapacitada (art. 760 LEC), siempre teniendo en cuenta que el artículo 761 de la LEC dispone que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.
- Es necesario mencionar que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que fue ratificada por el Estado español por instrumento de 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008), conforme a lo previsto en el artículo 96 de la Constitución Española forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.
- Siendo así, es necesario mencionar que el artículo 12 de la Convención de Nueva York pretende asegurar el pleno respeto de la personalidad jurídica de las personas afectadas por una discapacidad, y que cuando sea necesario se proporcione a estas personas el apoyo que pudieran necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica:

1. Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, desde la Sentencia 282/2009, de 29 de abril (NCJ049951), ha entendido que el régimen legal de incapacitación y tutela es compatible con la Convención de Nueva York, siempre que se interprete como un sistema de protección de la persona afectada por una discapacidad y en función de sus necesidades e intereses. Así, la incapacitación, entendida como modificación de la capacidad de una persona, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. Por ello el juicio sobre la modificación de la capacidad ha de ser flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación, que puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas.

Así se dijo por la misma sala mencionada del Tribunal Supremo en la Sentencia 341/2014, de 1 de julio, (NCJ058663) que el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona debe ser la fijación de un traje a medida de la persona afectada por el procedimiento de modificación de la capacidad, y dice:

Para ello hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda.

Por ello, de acuerdo con la convención mencionada, para que la persona afectada por una discapacidad pueda ejercitar por sí sus derechos y pueda desarrollar al máximo sus posibilidades de autogobierno, el juez, al resolver sobre el grado de capacidad y autogobierno de esa persona, y constituir los apoyos necesarios mediante un apropiado régimen de guarda legal, debe afinar y ajustarse a solo a aquellos ámbitos en los que precisa los apoyos. En este sentido el Código Civil regula fundamentalmente la tutela y la curatela.

En primer lugar, la tutela es una forma de apoyo, la más intensa, que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su interés, ni en el ámbito personal ni en el patrimonial, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. Para estas situaciones este régimen legal sería el más aconsejable, al tratarse de personas con un deterioro cognitivo moderado o severo, lo que en la práctica ocurre en un elevado número de asuntos que en su mayoría afectan a personas muy mayores. Como dice el Código Civil en el artículo 267, el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia.

La curatela tiene un contenido que está en función del alcance de la modificación de la capacidad acordada y, en concreto, de los ámbitos para los cuales se haya previsto la protección y su contenido (representación, supervisión, asistencia, cuidado...).

Como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 2014 anteriormente mencionada,

la curatela de los incapacitados se concibe en términos más flexibles, desde el momento en que el art. 289 CC declara que «tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya

establecido». Está pensando en incapacitaciones parciales, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacidad, y consecuentemente determina la competencia del órgano tutelar. Solo en el caso en que «la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que esta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según el Código, autorización judicial» (art. 290 CC), enumerados en el art. 272 CC. En el Código Civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el art. 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad [...]. En puridad, para distinguir cuándo procede una institución tutelar u otra, hay que atender a si la sentencia de incapacitación atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es esta la característica diferencial entre la tutela y la curatela. En el primer caso, aunque la representación tan solo sea patrimonial, debe constituirse la tutela, aunque sus funciones serán las que se correspondan con la extensión de la incapacidad; mientras que en el segundo caso, en que no se atribuye representación, procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado.

Por tanto, en aquellos casos en que es necesario representar a la persona que se incapacita debe establecerse la tutela, sin embargo, para aquellos otros en que no es necesario atribuir dicha representación procede la curatela.

En la sentencia que se comenta, teniendo en cuenta el informe el médico forense y la exploración de la persona afectada, el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina establecida desde la ratificación de la convención de Nueva York (SSTS 69/2018, de 7 de febrero; 124/2018, de 7 de marzo, y 362/2018, de 15 de junio; entre otras), establece que lo que debe tener la persona afectada por el procedimiento de modificación de la capacidad es acordar la curatela, sistema de guarda legal, con el contenido que se establece en la sentencia de la audiencia provincial.

Consideración como usurario del interés de un crédito. Contrato de tarjeta *revolving*

Comentario a la [STS de 4 de marzo de 2020](#)

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Es evidente que la usura deviene como consecuencia de pactar un interés superior al normal (art. 1 de la Ley de represión de la usura) y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; aceptado, dicho interés, a causa de la situación precaria del prestatario, bien por angustia, por inexperiencia o por las limitaciones de sus facultades mentales. La crítica del Supremo es muy sutil, pues no se puede hacer recaer en el consumidor honesto, que cumple y devuelve el crédito, la obligación de soportar un interés superior al normal por el argumento del elevado riesgo de impago de este tipo de créditos, concedidos muchas veces de manera irresponsable y sin comprobar el banco la auténtica capacidad para obligarse del prestatario. En este caso ha de entenderse que el interés fijado en el contrato de crédito *revolving* es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto, usurario; porque el interés normal del dinero para las operaciones de crédito de esta naturaleza estaba en el 20 %, y ya es excesivo, y el TAE que aplica el banco es del 26,82 % (que en el momento de interposición de la demanda se había incrementado hasta el 27,24 %). Este criterio que adopta la doctrina del pleno del Tribunal Supremo es importante y necesario, porque si no se llegaría al absurdo de que para que una operación de crédito *revolving* pudiera ser considerada usuraria el interés tendría que acercarse al 50%.

Palabras clave: contrato de tarjeta de crédito *revolving*; usura; interés remuneratorio.

Fecha de entrada: 13-04-2020 / Fecha de aceptación: 24-04-2020

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de marzo de 2020).

La demanda inicial solicita la declaración de nulidad de un contrato de crédito al consumo en su modalidad de tarjeta *revolving*, que pacta unos intereses remuneratorios por el pago aplazado superiores a los normales en contratos de la misma naturaleza, y atendiendo al interés o al índice de referencia para estos casos. Se dice lo siguiente en la demanda: se fijó un tipo de interés inicial para pagos aplazados y disposiciones a crédito del 26,82 % TAE, que en el momento de interponer la demanda es del 27,24 % TAE. Por ello pide la nulidad del contrato de tarjeta de crédito, «por existencia de usura en la condición general que establece el interés remuneratorio, al serle de aplicación los artículos 1, 3 y 9 de la Ley de 23 de julio de 1908, de Usura, así como el artículo 6.3 del Código Civil». Si bien el pronunciamiento de la sentencia del Supremo se hace determinando el criterio interbancario de referencia, o la modalidad del interés de referencia para este tipo de préstamos, hay otros elementos que pudieron ser tenidos en cuenta por el actor para valorar el carácter abusivo o no de la condición general de la contratación que integra el interés pactado. Y a ellos nos vamos a referir en el presente comentario, pues se nos antoja que es básico para un entendimiento más enriquecedor de esta materia de consumo.

Al decir esta sentencia que el interés forma parte del precio y es, en consecuencia, un elemento esencial del contrato, en el que, en principio, no se debería entrar, también añade que la transparencia o la información son datos que permiten cuestionar la legalidad o nulidad de esa condición general de la contratación; sin embargo, como se ha dicho, el Supremo solo desestima el recurso de casación del banco, que se fundamenta en infracción de la doctrina sobre el artículo 1 de la Ley de la usura y en la contradicción de las sentencias de las distintas audiencias provinciales, por la determinación del criterio de valoración del interés normal en estos casos de créditos al consumo, asimilando las tarjetas revolving a este tipo de créditos, pero haciendo abstracción a la condición de consumidora de la prestataria, solo mencionándola de manera sucinta; pero, en cualquier caso, danto a entender que podría fundamentarse el abuso de la condición general en los criterios del desequilibrio entre las partes, la desinformación, la falta de transparencia y cualesquiera otros derivados de la directiva comunitaria básica de consumo y de la legislación interna.

Insistimos, por tanto, en que la desestimación al final del recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria puede estar fundada en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que en su artículo 2 define al consumidor como «toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión».

De ahí que el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, nos indica que son consumidores «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», y, sin duda, la persona que contrata con un banco este tipo de créditos al consumo lo son, al margen de un propósito empresarial, de oficio o profesión.

Si buscamos en la información y en la transparencia, no es que entremos en el precio, pero sí en legalidad del pacto a sabiendas entre las partes, de lo que pacta y de las consecuencias de ello. Y si buceamos en la condición general que contiene el interés pactado para el pago del precio aplazado en este tipo de créditos, acogiéndonos, una vez más, a la condición de consumidora de la actora, no tendríamos que acudir exclusivamente a la usura, a la infracción del interés normal del dinero prestado para estos casos, sino a la combinación de todos los argumentos indicados que nos llevan a la usura y, por consiguiente, a la nulidad de la cláusula; porque el artículo 5,5 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación «establece que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez». Y el artículo de la norma dispone:

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

- a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas que hubieran sido aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Por consiguiente, sin necesidad de analizar el criterio del interés interbancario, la transparencia, la información al consumidor, puede determinar la nulidad del contrato, y si, además, el interés es abusivo, el artículo 1 de la Ley de usura corrobora, reafirma, la nulidad y la indemnización que se solicita por la demandante. En este sentido nos recuerda el Tribunal Supremo, en su sentencia de la Sección 1.ª, de 24 de enero de 2020, núm.121/2020,

rec. núm. 3164/2017 (NCJ064686), que invoca la STUE de 26 de enero de 2017, C-421/14 (NCJ062005), Banco Primus, a efectos del juicio de abusividad, que para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, se observarán las normas internas para determinar si existe el desequilibrio, «Y respecto a en qué circunstancias se causa ese desequilibrio contrariamente a las exigencias de la buena fe, habrá que comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa» con el cliente se habría suscrito el contrato.

En fin, quiero decir que la sentencia que se comenta, aun centrándose en el interés abusivo, y fundamentalmente en la del pleno de Tribunal Supremo (la número 628/2015, de 25 de noviembre [NCJ060574]), analiza la usura del interés y no la falta de transparencia o de información, o deduce la ausencia de estos elementos en la condición general de la contratación. Pero sin olvidarnos de que era necesario hacer este apunte antes de entrar en el contenido sustancial de la sentencia, porque otras, de la misma naturaleza, sí analizan en profundidad cuanto queda dicho, mientras que esta se centra, no en negar la condición de consumidora de la actora, sino en la usura del interés remuneratorio y en las bases o los criterios para su cálculo.

La primera y esencial discrepancia de la entidad apelante con la sentencia recurrida radica en no considerar aplicable al supuesto aquí analizado la Ley de represión de la usura, y en particular, sus artículos 1 y 3, es decir, si el tipo de interés remuneratorio fijado puede ser calificado como usurario, con base en dicha normativa. El planteamiento y las alegaciones que formula la parte apelante respecto del interés remuneratorio fijado en el contrato origen de este procedimiento deben rechazarse, en cuanto entendemos que la aplicación que sobre la cláusula, que lo fija en el 26,82 % TAE, hace la magistrada de primera instancia de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 es correcta y, por tanto, debe mantenerse la declaración de dicho interés como usurario. Sin embargo, como ya se viene diciendo –no solo por la sentencia que comentamos, sino por otras muchas de las Audiencias Provinciales–

la aplicación de dicha normativa de la Represión de la Usura al supuesto aquí analizado es acertada y correcta, pues, como señala el Tribunal Supremo, las previsiones que en dicha ley se establecen son de aplicación a operaciones de crédito sustancialmente equivalentes a los préstamos al consumo, y la operación en que sustenta sus pretensiones la entidad demandante entra dentro de esas operaciones, tal como señalábamos en la sentencia de esta Sección de fecha 30 de diciembre de 2016 (recurso de apelación 725/2.016) (SAP de Madrid, Sec. 20.^a, de 6 de marzo de 2018, núm. 73/2018, rec. núm. 696/2017).

Es decir, no hay una diferencia sustancial entre las previsiones de la ley de la usura sobre las operaciones de crédito al consumo y el crédito deducido de una tarjeta revolving; participan de la misma naturaleza. Es lo mismo que indica la presente sentencia, y de ello se hacen eco las de las audiencias provinciales. La formalización y contratación de la tarjeta es una

condición necesaria para la obtención del préstamo, y su equivalencia viene expresamente contemplada en el artículo 9 de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios: «Lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualquiera que sea la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido». Esa calificación jurídica similar encaja perfectamente en la usura, porque, realizada la solicitud por el cliente, el banco abre una línea de crédito y entrega la tarjeta con la que compra en su condición de persona física consumidora; luego está la cláusula de los intereses, que debe ser examinada a la luz de la existencia de usura, determinando los criterios. Y eso es lo que hace el Supremo.

Como dice la sentencia de la AP de Madrid,

consideración general que no se pierde por el hecho de que exista una disposición sucesiva de crédito, ni por la posibilidad de optar por el pago aplazado o porque este se efectúe a través de entidades que no sean las tenedoras de las cuentas a cuyo cargo se pagan (sistema revolving).

Aclarado lo anterior, entramos en otro de los elementos poco definidos en esta sentencia, respecto del cual se debe hacer el siguiente comentario: la transparencia en la contratación de la condición, o de la cláusula de intereses remuneratorios en el caso de pago aplazado de dicha tarjeta, para deducir también la nulidad, antes de introducirnos en los motivos sustanciales de esta sentencia para desestimar la casación y declarar nulo el interés pactado. Pues bien, diremos que la fijación de un interés que afecta al precio definitivo no está excluida del control de la transparencia, cuando está inserto en una cláusula, en una condición general de la contratación que no ha sido negociada individualmente entre el empresario y el consumidor. Este, el consumidor, se adhiere a la cláusula y obtiene una línea de crédito a un interés desproporcionado, sin poder negociarlo. Podría argumentarse que esa persona es un consumidor medio que podría prever las consecuencias de lo que está pactando con el banco; de ahí que la información del banco sobre la carga económica sea trascendente, como sobre las consecuencias del impago.

Además, como nos recuerda el Tribunal Supremo, es a la entidad financiera a quien corresponde la prueba de que, en fase precontractual, «ha informado al prestatario de los riesgos, o de probar que no era necesaria por la formación o experiencia del cliente, eximiéndole de esas explicaciones». Pero, como se comprenderá, no todo cliente está en condiciones de entender lo pactado y las consecuencias de lo que pacta si no obtiene una información transparente y de las consecuencias de su firma. Además, es sabido que el consumidor normalmente en este tipo de contratos se halla en una posición de inferioridad respecto de la entidad bancaria. A ella, por tanto, le correspondería probar la diligencia en la información pertinente, y no al cliente.

Nos ha parecido adecuado complementar el comentario a la sentencia con todos los argumentos precedentes, como una manera de enriquecer el contenido de la misma, ilus-

trando sobre los otros elementos subyacentes –aunque no expresamente invocados por el recurrente ni el demandante–, precisos para entender la doctrina del consumo en estos contratos revolving, de naturaleza similar a los de crédito al consumo, y, por consiguiente, integrantes de la valoración de sus intereses dentro de una posible usura. Ahora corresponde analizar el núcleo del razonamiento del Supremo y de las razones de la desestimación del recurso de casación, una vez comentado que este tipo de contratos es asimilable, como se ha dicho, al préstamo para el consumo, lo cual permite, a su vez, valorar los criterios ya marcados desde la sentencia del pleno, núm. 628/2015, de 25 de noviembre, y utilizar los mismos argumentos jurídicos para reafirmar lo acertado de la primera sentencia del juzgado de Santander, cuya magistrada razonó impecablemente sobre la usura por el interés bancario pactado, y lo hizo de la siguiente manera: «la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Santander dictó sentencia 231/2018, de 15 de octubre, considerando que se trataba de "una operación de crédito en la que el demandante es consumidor"», y, con cita de la doctrina contenida en la sentencia de pleno de 25 de noviembre de 2015, declaró:

En el caso enjuiciado la diferencia existente entre el TAE pactado (26,82 %) y el interés medio de los préstamos y créditos a hogares, en concreto referido a tarjetas de crédito en el año 2018, que era de algo más del 20 %, conforme se desprende de los datos publicados por el Banco de España («Préstamos y créditos a hogares e ISFLSH»), permite considerarlo como «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», al no haber justificado la entidad financiera que concedió el crédito la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

Pues sucede que el crédito al consumo es normal y solo lo excepcional requiere de prueba. Como la entidad bancaria no ha probado las circunstancias excepcionales inherentes a ese crédito, no está justificado ese interés desproporcionado. Este razonamiento es impecable y lo sostiene el Supremo porque se trata de reafirmar su acuerdo del pleno de la sentencia ya indicada.

La solución al recurso de casación, el centro del razonamiento de la sentencia que comentamos, pasa por la doctrina fijada por la del pleno de la sala, 628/2015, de 25 de noviembre; es decir, por un lado, la normativa sobre los contratos concertados con consumidores, en lo relativo a las posibles cláusulas abusivas, no permite el control del precio, libremente contratado entre las partes y, por tanto, si el precio deriva también del interés remuneratorio pactado, cuando hay transparencia, no se puede revisar. Según la entidad bancaria, la expresión TAE es lo suficientemente transparente como para que la cláusula no sea abusiva. Es evidente que la usura deviene como consecuencia de pactar un interés superior al normal (art. 1 de la Ley de represión de la usura) y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

Aceptado, dicho interés, a causa de la situación precaria del prestatario, bien por angustia, por inexperiencia o por las limitaciones de sus facultades mentales, por tanto, para

valorar la usura del interés pactado hay que tener unos índices de referencia, que bien pueden ser en nuestro caso el TAE. Hasta aquí, nada que objetar al planteamiento de la entidad bancaria, siempre y cuando se hayan tenido en cuenta unos estándares de aplicación al dicho interés.

Como base o fundamento de referencia, el Supremo recuerda que es «el interés normal del dinero» el criterio a seguir; es decir, el tipo medio de interés de los créditos al consumo (recordemos que se trata de una tarjeta revolving, que participa de la misma naturaleza que cualquier otro crédito de consumo). La audiencia provincial se equivocó al considerarlo no superior al normal del dinero en este caso. Si sucede que la carga de la prueba le corresponde al prestamista, que a él le corresponde probar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de un interés superior al normal en operaciones de este tipo, no acepta como argumento la resolución

el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

Obsérvese que la crítica del Supremo es muy sutil, pues no se puede hacer recaer en el consumidor honesto, que cumple y devuelve el crédito, la obligación de soportar un interés superior al normal por el argumento del elevado riesgo de impago de este tipo de créditos, concedidos muchas veces de manera irresponsable y sin comprobar el banco la auténtica capacidad para obligarse del prestatario.

Se ha dicho más arriba que el tipo medio normal del dinero aplicable a este supuesto lo dedujo la juzgadora de instancia del de operaciones crediticias al consumo similares (específicas), porque el Banco de España, en el momento de la resolución del caso, no tenía publicados ni establecidos criterios estándares de interés normal del dinero para las tarjetas revolving. Por tanto, para saber si el interés era o no abusivo, evidentemente se partió del tipo medio de créditos al consumo similares, pues, como se ha dicho también, participan de la misma naturaleza. El Tribunal Supremo coincide con la juzgadora de instancia al declarar lo siguiente:

«Interés normal del dinero» para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la

de tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuales el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio.

De ahí que cuando la entidad bancaria fijó un TAE del 26,82 % del crédito revolving, incrementado al 27,24 %, en el momento de la interposición de la demanda, el tipo medio para el cálculo del interés normal se debió hacer con relación al que publicaba el Banco de España para operaciones crediticias específicas o similares, y el mismo era aproximadamente del 20 %. Claro, que partimos de la observación de transparencia según el banco, pero el elemento definidor, o de comparación, para la TAE de referencia es ese 20 %, y la información o transparencia son ajenas al criterio del cálculo del interés normal del dinero.

En otros países se establecen los límites de interés, siendo así más fácil determinar cuando el pactado es abusivo por sobrepasar el normal del dinero para ese crédito. En nuestro caso, se utilizan criterios de ponderación, máxime cuando el actor no invocó la transparencia o la falta de información como medios para impugnar una condición general como abusiva. Por consiguiente, el Tribunal Supremo está abocado a resolver este asunto desde la perspectiva de la nulidad de la cláusula, por haber superado o no el nivel que dicta las reglas de ponderación. Así lo aclara la sentencia, conviniéndose en que la resultancia de una resolución positiva para el demandante habría sido igual utilizando la vía de su condición de consumidor. Pero, no obstante la sucinta mención, la solución pasa por otra vía diferente, cual es la del tipo medio tomado como referencia y el margen hacia arriba pactado como remuneración en los créditos de las tarjetas revolving. Cuanto más alto sea el tipo medio del cual se parta (es decir, el criterio de ponderación del Banco de España), más cerca de la usura nos encontramos, sea cual sea el margen, porque el 20 % (tipo medio del cual se parte) ya es excesivo, y el TAE que aplica el banco es del 26,82 % del crédito revolving (que en el momento de interposición de la demanda se había incrementado hasta el 27,24 %). El razonamiento definitivo de la sentencia es este:

El tipo medio del que, en calidad de «interés normal del dinero», se parte para realizar la comparación, algo superior al 20 % anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito revolving pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%.



La contratación verbal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones?

Eva M.^a Menéndez Sebastián

Catedrática de Derecho Administrativo.

Universidad de Oviedo

Vocal del Consejo Consultivo del Principado de Asturias

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don César Tolosa Tribiño, don Xabier Arzo Santisteban, don José Luis López González, don Juan Francisco Mestre Delgado, don Ángel José Sánchez Navarro y don Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

Extracto

La Administración recurre a procedimientos de revisión de oficio, en el mejor de los casos, o al reconocimiento extrajudicial de créditos, con la finalidad de abonar las facturas presentadas por supuestos «contratistas» con los que ha concertado prórrogas ilegales de contratos anteriores o contratación verbal de nuevas prestaciones. Se trata de analizar cuál de las opciones es la legalmente correcta y a qué figura responde el pago a que alude el artículo 42 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Palabras clave: contratación irregular; revisión de oficio; límites a la potestad de revisión.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Menéndez Sebastián, E. M.^a (2020). La contratación verbal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones?. *Revista CEFLegal*, 232, 81-118.



Irregular verbal contracting. New solutions to old problems?

Eva M.^a Menéndez Sebastián

Abstract

The Administration resorts to ex officio review procedures, in the best of cases, or to the extra-judicial recognition of credits, in order to pay the invoices presented by alleged «contractors» with whom it has arranged illegal extensions of previous contracts or verbal contracting of new features. The aim is to analyze which of the options is the legally correct one and to which figure the payment referred to in article 42 of the Public Sector Contract Law 9/2017 of November 8.

Keywords: irregular contracting; ex officio review; limits to the power of review.

Citation: Menéndez Sebastián, E. M.^a (2020). La contratación verbal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones?. *Revista CEFLegal*, 232, 81-118.





Sumario

1. Planteamiento
 2. Estado de la cuestión
 3. Marco normativo
 - 3.1. La regulación hecha desde la perspectiva contractual
 - 3.2. El prisma adoptado por la normativa presupuestaria
 - 3.3. La cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad de autoridades y empleados públicos
 - 3.4. La regulación de las instituciones clásicas presentes en el tema: la LPACAP
 4. ¿Cuál es el fundamento real del pago al contratista por la prestación realizada?
 5. Conclusión
- Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo se incardina dentro del Programa de ayudas a grupos de investigación (Grupo: Servicios Públicos, Administraciones y Garantías) Ref. IDI/2018/000219.

1. Planteamiento

En un momento como el actual, en que uno de los pilares de la contratación pública es la transparencia¹ –entendida esta desde diversas perspectivas–², sorprende encontrar que las Administraciones públicas sigan obviando de manera burda y grosera no solo la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), sino los principios más básicos de la contratación pública y sigan concertando prórrogas tácitas e ilegales, contratos verbales sin ser supuestos de emergencia, etc. Digo que sigan, pues no es ni mucho menos un problema novedoso, sino una práctica clásica, a pesar de lo cual, a mi juicio, el tratamiento dado a la misma carece de la claridad y consistencia deseada.

En este trabajo se persigue llevar a cabo un estudio de este problema que, por lo demás, puede encontrarse sin mayor esfuerzo en multitud de dictámenes de los órganos consultivos –lo que avala su actualidad–³, desde una perspectiva clásica, es decir, acudiendo a las instituciones y conceptos más arraigados en nuestra disciplina, con la finalidad de hallar en los mismos las claves esenciales para dar respuesta a una cuestión que, como esta, a mi juicio, adolece de ciertas incoherencias y está rodeada de dudas sin resolver.

¹ Se trata de un tema de máxima actualidad, como ha puesto de manifiesto la doctrina, que ha dedicado importantes denuedos al tema, por ejemplo, Martínez Fernández (2016).

² Recuérdese que para el TJUE no se trata solo de la publicación de las licitaciones y resto de información relevante al respecto, sino de la necesaria claridad de los pliegos, como así lo ha afirmado, entre otras, en la Sentencia de 16 de septiembre de 2013, Comisión contra Reino de España, T-402/06 (ECLI:EU:T:2013:445); así sostiene en la misma que:

El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 *supra*, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia *Parking Brixen*, citada en el apartado 66 *supra*, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, citada en el apartado 66 *supra*, apartado 111).

³ Valgan de ejemplo los dictámenes del Consejo de Estado núms. 1724/2011, 1312/2015, 378/2016, 379/2016, 506/2017 o 843/2017, entre muchos otros.

Y es que, aunque pudiera parecer, como se expone a continuación, que hay ciertas novedades en la cuestión, a mi juicio, más que haberse introducido innovaciones significativas en esta figura, lo que se está produciendo es un cambio de enfoque, especialmente desde la perspectiva de las propias Administraciones, que lejos de invocar la nulidad de esa contratación para no hacer frente al pago de las pretensiones del contratista, acuden a su revisión con la finalidad de hallar la vía marcada por el ordenamiento e indicada tanto por los órganos de fiscalización como consultivos, para satisfacer las mismas –muy probablemente, cuando a dicha finalidad se ponen trabas desde la intervención–, o, incluso, a otros procedimientos, como el reconocimiento extrajudicial de créditos, confundiendo en más de una ocasión lo que es la declaración de nulidad del acto con el modo en que pueda hacerse efectivo el pago.

De todas las posibles irregularidades que se producen en la contratación y que dan o pueden dar lugar a la nulidad de la misma, este estudio se centra en aquellos supuestos en que se encarga o «contratan» determinadas prestaciones, de hacer, de resultados, de entrega de bienes, es decir, el objeto propio de las diversas modalidades contractuales de la LCSP. No obstante, en muchos de los casos se articulan como prórrogas tácitas e ilegales de contratos previos⁴, lo que no tiene por qué afectar necesariamente en el resultado, puesto que si dichas prórrogas no están permitidas por la ley, lo que corresponde es una nueva adjudicación, de tal modo que el procedimiento que se omite es ese, es decir, la nueva contratación que debería haberse efectuado conforme a la normativa aplicable en ese momento y no la aplicable al contrato supuestamente prorrogado⁵. A este respecto cabe tener en cuenta además lo dicho por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que sí ha venido aceptando en determinados casos excepcionales contratos puente⁶. En concreto, deja claro que los supuestos en que cabe aplicar el artículo 29.4 la continuidad en la prestación no viene articulada a través de un contrato menor, sino que se trata de una prórroga permitida solo en determinados casos por la propia norma; mientras que admite que en casos muy excepcionales, y siempre que la naturaleza del servicio público lo justifique, se acuda al contrato menor puente cuando no sea de aplicación el artículo 29.4⁷. Y sin olvidar aquellos casos en que puede haber una modificación pero no se sigue el procedimien-

⁴ A este problema concreto se ha dedicado el trabajo de Aguado i Cudolà (2017), del que destaca su conclusión en cuanto a la necesidad de hallar el equilibrio entre la necesidad de erradicar prácticas irregulares, al mismo tiempo que prever compensaciones a los contratistas que de buen fe se ven compelidos a continuar prestando el servicio en virtud del deber de colaboración con la Administración pública, deber al que alude también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de junio de 2004, recurso de casación núm. 2000/1999.

⁵ Esta diferenciación puede encontrarse en diversos dictámenes, como los del Consejo Consultivo del Principado de Asturias núms. 51/2019 o 53/2019.

⁶ A este respecto véanse los informes emitidos en los expedientes 73/18 y 86/18.

⁷ En relación con los llamados contratos puente –vía procedimiento supersimplificado– hay que atender también a lo dicho por la JCCP del Estado en el expediente 86/18.

to establecido para tales casos, sino que se hace forma verbal incurriendo, por ello, en la causa de nulidad del artículo 47.1 e) de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)⁸.

2. Estado de la cuestión

En primer lugar, es preciso partir del artículo 37.1 de la LCSP, es decir, de aquel que prohíbe, salvo en supuestos de emergencia, la contratación verbal, tal y como hacían sus predecesores. Una vez que el punto de partida es claro, el tema adquiere matices y presenta aristas que hacen ciertamente complicada la cuestión.

Y es que en los últimos tiempos asistimos a una revitalización de esta cuestión, que para nada es novedosa, sino que despierta los clásicos debates a los que se lleva asistiendo desde las primeras regulaciones de la contratación pública. Además, a mi juicio, se trata de un tema de suma relevancia doctrinal, dado que tiene la virtud de que en él confluyen instituciones básicas de nuestra disciplina, como la invalidez, las causas de nulidad o anulabilidad, la potestad de revisión y sus límites, la prohibición del enriquecimiento injusto, la contratación pública o la responsabilidad patrimonial, entre otros.

Sin embargo, como ya se ha apuntado brevemente, lo novedoso no es que la Administración fraudulentamente acuda a la contratación verbal, ni que de la misma se deriven efectos –de uno u otro tipo– incluso cuando el contrato se declare nulo –aspectos a los que ya la jurisprudencia y doctrina dedicaron desde el siglo pasado importantes esfuerzos–⁹, sino que lo que en los últimos tiempos se está produciendo es un importante afloramiento de supuestos en que es la propia Administración contratante la que recurre a diversas figuras: revisión de oficio, reconocimiento extrajudicial de créditos o convalidación, por ejemplo, con la finalidad de pagar al contratista por las prestaciones realizadas o los bienes entregados, en una especie de depuración de sus propios actos fraudulentos.

Sin duda, uno de los principales debates que se están produciendo en estos momentos, especialmente en el ámbito local, es el del modo de sanear esas «facturas en el cajón»¹⁰ que responden a la contratación verbal, en diversos grados y circunstancias, proscrita por la normativa de contratación.

⁸ Es el caso analizado en el Dictamen 43/2020 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

⁹ A este respecto, cabe destacar el trabajo del profesor Rebollo Puig (1995, pp. 339 y ss.) y la jurisprudencia que exhaustivamente estudia en el mismo.

¹⁰ Como lo calificara Arias Rodríguez, A. (2016). «Las facturas en el cajón». Recuperado el 26 de febrero de 2019 de <https://fiscalizacion.es>.

Sin embargo, ni esa prohibición general de contratación verbal es reciente, valga remontrarse al Reglamento General de Contratación de 1967¹¹ o el de 1975¹², ni los mecanismos legales para depurarla son nuevos, al contrario, se trata, como seguidamente expondré, de instituciones clásicas del derecho administrativo.

Lo que quizás pueda ser más novedoso es que sea la propia Administración la que recurra a ellas con la finalidad de satisfacer lo que el contratista le reclama, o la dudosa regulación que se contiene en el artículo 28 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local¹³, que si bien en cierto modo está tomada de las previsiones ya contenidas en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), el texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL) y el Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado, introduce respecto a dichas normas ciertas previsiones que, a mi juicio, vienen a enturbiar –aún en mayor medida– una cuestión farragosa y llena de matices que la hacen ciertamente compleja.

Precisamente, la falta de claridad y unanimidad en la propia calificación y tratamiento de la cuestión lleva a que no todas las Administraciones reaccionen de igual modo ante estos supuestos, así, acuden a diversas vías para hacer efectivo el pago. Tampoco la postura

¹¹ Con el problema en este caso de la falta de sustento legal en la Ley de Contratos del Estado (Texto refundido aprobado mediante el Decreto 923/1965, de 8 de abril), que nada decía al respecto.

¹² En particular, los artículos 47, tanto del Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, como del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, contenían previsiones prácticamente idénticas a lo establecido en la actualidad en el artículo 42 de la LCSP, con la única salvedad de que los citados reglamentos se refieren a la «anulación» y el vigente precepto de la LCSP a la «declaración de nulidad», lo que sin embargo no supone en puridad consecuencias diferentes, puesto que la mención en los primeros a la «anulación» se refiere a causas de nulidad y anulabilidad previamente establecidas, y la redacción actual, si bien en primer lugar se ciñe a la nulidad, en el apartado 4 del mismo precepto permite que dichos efectos se establezcan en la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, es decir, a aquellos actos que adolecen de vicios de anulabilidad, extendiendo, por tanto, a ellos también las posibles consecuencias de la anulación por una u otra vía.

¹³ «Posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, que será apreciada por el interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de estas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido. Para ello, se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones de economía procesal, solo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone».

de los órganos consultivos es única –al menos, en algunos aspectos– e, incluso, el propio Consejo de Estado ha fluctuado en cuanto a esta cuestión¹⁴.

Precisamente porque, como he venido anunciando, no estamos ante situaciones novedosas ni siquiera ante un cambio normativo sustancial –por lo que al fondo de la cuestión se refiere–, sino ante una reacción particular –e incluso paradójica– de las Administraciones frente a un clásico problema, hay que considerar que la solución tampoco ha de ser innovadora, sino que es preciso, como casi siempre, acudir a las clásicas instituciones de nuestra disciplina para determinar el fondo del asunto y vislumbrar las posibles soluciones.

3. Marco normativo

Para tratar de comprender en toda su extensión este fenómeno y sus consecuencias, es preciso comenzar por exponer las diversas normas con incidencia en la materia. Por ello, con anterioridad a llegar a la exposición de esas diversas figuras y analizar cuál o cuáles de ellas encajan mejor en los distintos supuestos que pueden plantearse o pueden dar una solución más afinada, es preciso exponer el marco normativo que resulta, a mi juicio, imprescindible tener en cuenta, pues son diversas las normas con incidencia en el tema, que a su vez lo hacen desde prismas variados. Sin ánimo exhaustivo, basta indicar, al menos, cuatro perspectivas: la contractual, la presupuestaria, la visión ofrecida desde la responsabilidad de autoridades y empleados públicos y, finalmente, la propia de la teoría de las nulidades y la potestad de revisión.

3.1. La regulación hecha desde la perspectiva contractual

Así, en primer lugar, es preciso acudir a diversos preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en particular, al artículo 37.1 que proscribe la contratación verbal con carácter general, la cual queda reducida a los supuestos en que pueda proceder por razones de emergencia, según lo establecido en el artículo 120.1, es decir, cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastró-

¹⁴ Así, si bien es cierto que desde el Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre de 2011, viene entendiéndose que es necesario instar la revisión de oficio y que el pago no encaja en la responsabilidad patrimonial, no lo es menos que en el núm. 843/2017, de 20 de diciembre de 2017, concluye que en el caso concreto no procede la revisión de oficio, pero determina la indemnización que corresponde abonar a la empresa por la prestación realizada, de la que descuenta el beneficio industrial por entender que concurre mala fe en la actuación de la misma, actualizada –eso sí– con el interés legal del dinero.

ficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. Fuera de esos supuestos la Administración no puede contratar de forma verbal.

Pero, de otro lado, es preciso tener en cuenta también la regulación de la invalidez de los contratos que la norma establece, la cual, como bien ha indicado la mejor doctrina, es asistemática, confusa y parcial (Cano Campos, 2018, pp. 103-104). Y es que, sin ánimo exhaustivo, cabe recordar las incongruencias que dicho régimen contiene incluso respecto a su ámbito subjetivo, pues el artículo 38, referente a los supuestos de invalidez, se circunscribe a los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los subvencionados, mientras que el artículo 41, encargado de la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos, extiende aún más el ámbito de aplicación subjetivo de la misma, al establecer que a los exclusivos efectos de dicha ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la misma norma, remitiendo la revisión de oficio de dichos actos a lo establecido en el artículo 41.1 y, por ende, al capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. De igual modo el artículo 321.5 de la LCSP prevé la impugnación en vía administrativa, no sin ciertas dudas, respecto a las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores¹⁵.

Sin duda, esta previsión –sin precedentes–, es un paso decidido hacia la unidad de jurisdicción y régimen jurídico de estos actos preparatorios¹⁶, que llegan a considerarse «administrativos» aun cuando aplicando las reglas generales y básicas del derecho administrativo no lo serían; me refiero a la preparación y adjudicación de los contratos celebrados por entidades del sector público que carecen de la consideración de Administración pública, pues, si no fuera por esta previsión expresa y novedosa, esos actos nunca serían administrativos. Esta ampliación, que va en consonancia con lo que la mejor doctrina ha dado en llamar «retorno del derecho administrativo» (Cano Campos, 2018, pp. 103-104), y que no se encontraba en el anteproyecto de ley presentado a dictamen del Consejo de

¹⁵ Digo que no sin ciertas dificultades, dado que, en concreto, dicho precepto dice que «se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria», lo que no siempre es sencillo de determinar e, incluso, puede ser variable, como bien ha indicado Boto Álvarez (2017 y 2018).

¹⁶ Una tendencia que viene desde hace tiempo abriéndose camino; véase a este respecto Menéndez Sebastián (2002).

Estado¹⁷, constituye una tendencia que se ve ratificada también en la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa del conocimiento de las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores¹⁸.

Sin embargo, lo cierto es que probablemente debido a que no era una previsión propia del anteproyecto de LCSP, no se extendió a los artículos 38, 39 y 40, pues, como ya se ha indicado, los mismos, en cuanto a las causas de nulidad y anulabilidad, se refieren únicamente a los actos de los poderes adjudicadores, no así al del resto de entidades del sector público, como sí hace el artículo 41. No obstante, como bien ha venido señalando algún autor, lo lógico es considerar que ese régimen de invalidez les es igualmente aplicable, o acaso ¿un contrato verbal de una de esas entidades, sin que concurra la emergencia, no sería igualmente nulo? Cuestión distinta es que, como resulta evidente, dado que la regulación de los actos preparatorios y de adjudicación no es similar en la propia ley para los contratos de los distintos entes a que se aplica la misma, el canon o parámetro de validez no será igual en todos los casos (Cano Campos, 2018, p. 105).

Dentro de la regulación contenida en los artículos 38 a 43, es decir, los dedicados al régimen de invalidez de los contratos, interesa ahora destacar una cuestión que, a mi juicio, debe tenerse en cuenta porque de ello derivarán consecuencias importantes, al menos, desde los planteamientos que aquí se harán, me refiero a que el artículo 41, relativo a la revisión de oficio, se refiere a los actos preparatorios y de adjudicación, es decir, a los denominados –siguiendo a la doctrina francesa– «actos separables», y que en consonancia con ello el artículo 42.1 regula los efectos de la declaración de nulidad y los efectos en supuestos de anulabilidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, si bien en el apartado segundo establece que la nulidad de los actos que no sean preparatorios solo afectará a estos y sus consecuencias.

Una especial atención merece el artículo 42 al que he hecho referencia, pues, a mi juicio, en él residen las claves principales para determinar las consecuencias de la anulación de un contrato verbal y, en consecuencia, analizar bajo qué figura se amparan esos resultados.

Precisamente con ese mismo propósito, entiendo oportuno recordar la regulación que a este respecto hacía el TRLCSP, pues el mismo contenía una previsión –hoy suprimida– muy reveladora. De ahí que proceda, a continuación, a exponer brevemente ambas regulaciones.

Así, el artículo 42 de la nueva ley –como ya hacía el artículo 35.1 del texto de 2011–¹⁹, precisa que la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adju-

¹⁷ Véase al respecto lo dicho por el citado órgano consultivo en su Dictamen 116/2015, de 10 de marzo de 2016, respecto al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

¹⁸ Tal y como se prevé en el artículo 27.1 d) de la LCSP.

¹⁹ Por su parte el artículo 38 del TRLCSP, respecto a las causas de nulidad especiales previstas en el artículo 37, partía en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de los establecidos en el artículo 35, pero,

dicación²⁰, 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, y que la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido²¹.

Por otro lado, en el apartado 3 del citado precepto se matiza que si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

Por tanto, en este caso el legislador no solo especifica los efectos o consecuencias de la declaración de nulidad –algo que no se prevé con carácter general en la LPACAP–, sino

no obstante, en el apartado segundo hacía una precisión digna de mención especial, pues afirmaba que el órgano competente para declarar la nulidad, sin embargo, podría no declararla y acordar el mantenimiento de los efectos del contrato, si, atendiendo a las circunstancias excepcionales que concurriesen, consideraba que existían razones imperiosas de interés general que lo exigiesen. A cuyos efectos mataba seguidamente que:

Solo se considerará que los intereses económicos constituyen las razones imperiosas mencionadas en el primer párrafo de este apartado en los casos excepcionales en que la declaración de nulidad del contrato dé lugar a consecuencias desproporcionadas. Asimismo, no se considerará que constituyen razones imperiosas de interés general los intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión, tales como los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato o de las obligaciones jurídicas derivadas de la nulidad.

²⁰ A este respecto hay que tener en cuenta también, como bien ha indicado Cano Campos (2018, pp. 142-145), que la nueva LCSP, como ya se ha dicho, reconoce a efectos de la revisión de oficio como actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente ley, cuya revisión de oficio se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 de la LCSP, la cual se remite a la LPACAP. No obstante, no debemos olvidar que el artículo 38 de la LCSP, al referirse a las causas de invalidez de los contratos, lo hace exclusivamente de aquellos celebrados por los poderes adjudicadores. De tal modo, que ello implica diferentes consecuencias según que lo que determine la nulidad sea la propia de un acto preparatorio o de adjudicación, o sea, por ejemplo, el clausulado del contrato (art. 38). Y es que en el primer supuesto se incluirían en la revisión de oficio los actos de las entidades del sector público y se llevarían a cabo de conformidad con la LPACAP, con las matizaciones propias de la LCSP, por ejemplo, en cuanto al órgano competente; mientras que si se refiere a la nulidad del contrato por su clausulado, entiendo que no se extendería a los celebrados por las entidades del sector público que no sean poder adjudicador, y además habría que atender al artículo 191.3 a) de la propia LCSP, donde exige dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente solo si hay oposición del contratista, mientras que en el resto de supuestos no sería necesario, tal y como interpreta el citado autor.

²¹ Este es el caso del Dictamen 389/2013, de 8 de noviembre, del Consejo Consultivo de Canarias, en que además no se aprecia la vulneración del principio de confianza legítima, al haber actuado de mala fe la entidad financiera con la que contrató la Administración.

que además alude a la posibilidad de que, aun declarando nulo el contrato, se permita en esa declaración mantener temporalmente sus efectos por razón del servicio, es decir, con base en el principio de continuidad del mismo.

Vendría a ser lo que para algún autor es una declaración constitutiva por lo que a esos efectos se refiere²², además con carácter temporal y sin que ello suponga que no se anule el contrato, sino más bien que se adopten medidas para mitigar las posibles consecuencias de la misma en la prestación de los servicios públicos, hasta que la situación sea resuelta, es decir, hasta que normalmente se pueda solventar con un nuevo contrato.

Es claro, por tanto, que se trata de una modulación parcial –o más bien– temporal de los efectos propios de una anulación con base en el principio de continuidad del servicio.

Por el contrario, en el supuesto que se establecía en el artículo 38, ya mencionado, del TRLCSP, lo que se preveía era un límite a la propia potestad revisora, ya que en ese caso no se producía la declaración de nulidad, manteniendo los efectos del contrato, ya no temporalmente, sino precisamente como consecuencia de esa falta de anulación²³.

Sin embargo, esta cuestión desaparece con la nueva LCSP. Y es que la misma, si bien mantiene la regulación de las causas de nulidad propias de este ámbito, se remite a la LPACAP en cuanto a la revisión de las mismas, sin que, por tanto, sea el órgano especializado (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o el equivalente autonómico) el que proceda a realizarla.

Esta supresión, no obstante, conlleva algunas dudas, puestas de manifiesto ya por la doctrina, por ejemplo, respecto a la transposición que se hacía en el citado artículo 38 del TRLCSP de lo contenido al respecto en la Directiva 2007/66/CE, en cuanto a cuándo se en-

²² En cuanto al carácter declarativo o constitutivo de las anulaciones, véanse, entre otros, Cano Campos (2017, pp. 34 y ss.) o Baño León (2016, p. 91), quien viene a considerar que todas las sentencias que anulan un acto administrativo por razones materiales son constitutivas, con independencia de que se trate de nulidad o anulabilidad, ya que a tales efectos no hay diferencias prácticas. También cabe citar el estudio que al respecto ha llevado a cabo Tardío Pato (2017, pp. 200-203), en particular en cuanto al análisis de los argumentos jurisprudenciales.

²³ Aunque lo cierto es que literalmente decía que «podrá no declararla y acordar el mantenimiento de los efectos del contrato», cuando de no declararse la nulidad, en puridad, no es que fuera necesario acordar el mantenimiento de los efectos, sino que va de suyo que seguiría produciéndolos. Hay que reparar también en que se configuraba más bien como una posibilidad en manos del órgano, que resolvía que era un límite impuesto desde fuera a la Administración a la hora de ejercitar la potestad de revisión. Ahora bien, no debe perderse de vista que se trataba de un supuesto muy particular, en concreto, la revisión vendría instada a través de la acción de nulidad del artículo 39 del TRLCSP, no de oficio por la Administración. Además el órgano encargado de resolverla y, en consecuencia, de valorar si no lo hace en aplicación de dicha excepción, era el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o el equivalente autonómico.

tiende que hay «grave trastorno al servicio público», o por lo que respecta a la posibilidad de imponer sanciones alternativas a las que alude la norma comunitaria²⁴.

Por tanto, con la nueva LCSP las previsiones, por lo que respecta a la potestad de revisión, introducen dos matizaciones en relación con las reglas generales de la anulación, suprimiendo la posibilidad existente con anterioridad de no llegar a ejercitar la misma y, por ende, manteniendo los efectos del contrato. Lo que, a mi juicio, es relevante a la hora de interpretar correctamente y desde una visión global lo contenido en el artículo 42 de la LCSP.

En particular, cabe concluir que, de igual modo que sucede en otros ámbitos –valga de ejemplo de la Ley General de Subvenciones–, el legislador, a la hora de regular la invalidez de los contratos sí concreta –aunque como se verá no sin ciertas dudas–, los posibles efectos de esa anulación, introduciendo particularidades, modulando sus efectos, tanto desde el punto de vista temporal –permitiendo, incluso, la continuidad limitada en el tiempo con base al principio de continuidad del servicio (art. 42.3)–, como respecto a la liquidación del contrato, así como las posibles indemnizaciones. Efectos que, además, como ya se ha indicado, la norma establece tanto para los casos de nulidad como de anulabilidad, pues se concreta también que los mismos podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la LJCA. Lo que, a mi juicio, es un claro ejemplo más de que la diferenciación entre los efectos *ex tunc* y *ex nunc* no se deriva directamente del tipo de vicio del que adolezca el acto anulado, sino que los mismos pueden modularse, en uno y otro caso, atendiendo a las circunstancias, al resto de intereses en juego, a una serie de principios generales de derecho, como la buena fe, la confianza legítima, la continuidad del servicio público, la prohibición de enriquecimiento injusto, y, en fin, la equidad, lo que, por otro lado, es la esencia misma de los límites de la potestad de revisión a que alude el artículo 110 de la LPACAP con carácter general.

Sin embargo, se ha mencionado la previsión contenida en el artículo 38 del TRLCSP, en cuanto a la posibilidad de no declarar la nulidad y acordar el mantenimiento de los efectos del contrato –a pesar de que no se ha recogido en la LCSP, al desaparecer la acción especial de nulidad–, por su enorme interés, pues recuerda el dilema de las posibles interpretaciones del artículo 110 de la LPACAP a que se ha referido algún autor (Rebollo Puig, 2009, p. 33), por cuanto, en efecto, surge la duda de si debe entenderse que en esos casos no se declaraba la nulidad –a pesar de concurrir alguna de las causas que habilitaba para ello–, cuya principal consecuencia –apuntada por el citado autor– sería que un acto con vicios de nulidad no es igual a un acto nulo; o si por el contrario, en esos casos lo que se entiende es que era nulo igualmente pero produce efectos, es decir, que se trataba de una excepción al carácter *ex tunc* de la ineficacia de la nulidad. En todo caso, para el profesor Rebollo Puig es claro que la propia existencia del artículo 110 de la LPACAP sirve para probar la relativización de la nulidad y de la omnipotente fuerza destructiva de su ineficacia, tal y como aquí se sostiene.

²⁴ Como indica Díez Sastre (2018, pp. 592-594).

Como dije con anterioridad, aunque dicha previsión ya no se contenga en la nueva LCSP, es relevante, pues sirve para comprobar cómo la norma anterior preveía dos tipos de supuestos o límites a la potestad de revisión de un contrato inválido: aquella en que modula o limita sus efectos, así como la que parece evitar la propia anulación del mismo, lo que es relevante a efectos de discernir si la vigente ley, cuando precisa en el artículo 42 las consecuencias de la revisión y, en particular, prevé la liquidación del contrato, presupone que el mismo existe o no y, por ende, cuáles han de ser los términos en que opere esa liquidación.

Y es que se trata de un debate al que ya aludiera la doctrina a finales del siglo pasado atendiendo precisamente a la jurisprudencia entonces emitida²⁵, pues en ciertos casos parecía buscarse, e incluso en ocasiones se hacía referencia a ello de forma más o menos directa, el pago del precio del contrato ya ejecutado, aunque hubiera sido anulado. Debate al que luego me referiré más detenidamente, pues lejos de estar superado no hay que olvidar, como dije al comienzo de este breve estudio, que se trata de un tema de actualidad con un enfoque en cierto modo particular, pues a diferencia de lo que sucedía entonces, en que eran los tribunales quienes perseguían que el contratista –que era quien acudía a ellos ante el impago por parte de la Administración– recibiera el reembolso de las prestaciones ejecutadas, es ahora en muchas ocasiones la propia Administración la que acude a la revisión de oficio con esa misma finalidad, como puede comprobarse en infinidad de dictámenes del Consejo de Estado y órganos consultivos equivalentes²⁶, es decir, ya no es ella la que invoca la nulidad del contrato para eludir el pago de las prestaciones realizadas, sino la que busca la declaración de nulidad del mismo como paso previo a su liquidación y reembolso al contratista de lo ejecutado. Algo que por otro lado hasta tiempos recientes venían haciendo en gran medida a través del reconocimiento extrajudicial de crédito, en aquellos supuestos en que carecían del mismo y, muy probablemente, sin otro tipo de procedimiento cuando sí lo tenían.

3.2. El prisma adoptado por la normativa presupuestaria

Si hasta ahora se ha hecho referencia a la normativa contractual con repercusión en la materia, por más que el análisis exhaustivo de lo que debe o puede implicar la previsión del artículo 42 de la LCSP se realizará más adelante, es preciso hacer mención a otra serie

²⁵ A ello se refirió Rebollo Puig (1995).

²⁶ Como los ya citados del Consejo de Estado núms. 1724/2011, 1312/2015, 378/2016, 379/2016, 506/2017, 843/2017; los dictámenes del Consejo Consultivo del Principado de Asturias núms. 7/2016, 8/2016, 9/2016, 10/2016, 11/2016, 30/2016, 31/2016, 32/2016, 33/2016, 250/2017, 10/2018, 18/2018, 21/2018, 28/2019, 29/2018, 91/2018, 98/2018, 100/2018, 115/2018, 139/2018, 178/2018, 193/018, 204/2018, 228/2018, 275/2018, 276/2018, 277/2018, 38/2019, 51/2019, 53/2019, 102/2019, 115/2019, 265/2019, 291/2019, 297/2019, 304/2019; el núm. 513/2017 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid; del Consejo Consultivo de Canarias, entre otros, los núms. 283/2010, 181/2015 o 269/2018; el núm. 730/2018 del Consejo Consultivo de Andalucía; el núm. 57/2014 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares, etc.

de normas que tienen incidencia en la materia, aunque desde una perspectiva diversa. Me refiero al aspecto económico o presupuestario, que, a mi juicio, viene confundándose con cierta frecuencia con el aspecto sustancial o de fondo²⁷, es decir, si se estamos ante una nulidad o una anulabilidad del contrato y qué consecuencias implica.

Por lo que se refiere a dicho marco normativo, cabe destacar la LGP, en particular, sus artículos 46²⁸ y 156²⁹, el Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado, en concreto, el artículo 32; así como, desde el plano de las entidades locales, el TRLHL, particularmente, el artículo 173.5³⁰, y en la misma línea el artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, sin olvidar el artículo 60.2 del Decreto 500/1990, de 20 de abril por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988,

²⁷ Como ya ha advertido también, a mi juicio muy acertadamente, Leiva Escudero (2019).

²⁸ El cual establece que:

Los créditos para gastos son limitativos. No podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título VII de esta ley.

²⁹ Referente a la omisión de fiscalización y que determina que:

1. En los supuestos en los que, con arreglo a lo establecido en las disposiciones aplicables, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se subsane dicha omisión en los términos previstos en este artículo.

2. En dichos supuestos, será preceptiva la emisión de un informe por parte del órgano de la Intervención General de la Administración del Estado que tenga conocimiento de dicha omisión que se remitirá a la autoridad que hubiera iniciado las actuaciones. Este informe, que no tendrá naturaleza de fiscalización, pondrá de manifiesto, como mínimo los siguientes extremos: a) Las infracciones del ordenamiento jurídico que se hubieran puesto de manifiesto de haber sometido el expediente a fiscalización o intervención previa en el momento oportuno. b) Las prestaciones que se hayan realizado como consecuencia de dicho acto. c) La procedencia de la revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento. d) La existencia de crédito adecuado y suficiente para hacer frente a las obligaciones pendientes. Los interventores delegados darán cuenta de su informe a la Intervención General de la Administración del Estado en el momento de su emisión.

3. Corresponderá al titular del departamento al que pertenezca el órgano responsable de la tramitación del expediente o al que esté adscrito el organismo autónomo, sin que dicha competencia pueda ser objeto de delegación, acordar, en su caso, el sometimiento del asunto al Consejo de Ministros para que adopte la resolución procedente.

4. El acuerdo favorable del Consejo de Ministros no eximirá de la exigencia de las responsabilidades a que, en su caso, hubiera lugar.

³⁰ No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar.

de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos, que prevé el tan polémico reconocimiento extrajudicial de créditos³¹.

Las previsiones en estas normas son similares, en el sentido de que parten, en primer lugar, de que los créditos para gastos son limitativos, en segundo lugar, de que no pueden adquirirse compromisos de gasto ni obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación y, en tercer término, de que en los supuestos en los que, con arreglo a lo establecido en las disposiciones aplicables, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se subsane dicha omisión en los términos previstos en la citada normativa, donde ha adquirido una crucial importancia el informe por parte del órgano interventor.

Muy brevemente, en cuanto a estas previsiones cabe poner de relieve que son en cierto modo el precedente de la causa de nulidad expresamente establecida hoy en el artículo 39.2 b) de la LCSP, cuando se refiere a la carencia o insuficiencia de crédito, salvo los supuestos de emergencia, pues, no en vano, el citado precepto matiza que «de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley», como hacían también sus predecesoras³².

No obstante, hay que recordar que, de un lado, esa carencia o insuficiencia ha de ser originaria, es decir, debe concurrir dicha causa en el momento de contraer la obligación, en el caso aquí analizado, por tanto, cuando se hace el encargo o la contratación verbal y no cuando se pretende proceder al pago³³.

De otro lado, no debe confundirse que una cosa es que no se haya procedido a la autorización o retención de crédito, y otra, que es a lo que se refieren las diversas normas indicadas que establecen esta causa de nulidad concreta, que no exista crédito suficiente, en el entendimiento de que puede hablarse de existencia de una consignación presupues-

³¹ En concreto, establece que: «Corresponderá al Pleno de la Entidad el reconocimiento extrajudicial de créditos, siempre que no exista dotación presupuestaria, operaciones especiales de crédito, o concesiones de quita y espera».

³² Así, por ejemplo, el artículo 62 del TRLCSP de 2000 tipificaba como causa específica de nulidad en el ámbito contractual «la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley General Presupuestaria y las demás normas de igual carácter de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia»; o en términos coincidentes con la norma vigente, el artículo 32 c) del TRLCSP de 2011.

³³ Como recuerda el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en el Dictamen 51/2019 o en el 53/2019.

taria cuando se prevea en el presupuesto del año en que ha sido contraída la obligación una partida presupuestaria suficiente y especialmente prevista para su satisfacción³⁴; en conclusión, que existiera en el momento de contraer la obligación una partida suficiente y adecuada aunque no se produjera la retención de crédito o la autorización del gasto público correspondiente³⁵.

Asimismo, en esta normativa se prevé también el reconocimiento extrajudicial de créditos³⁶ como una excepción al carácter temporal de los presupuestos, es decir, se trata de un mecanismo presupuestario que supone una excepción al principio de anualidad presupuestaria, permitiendo imputar un gasto procedente de ejercicios anteriores, pero en absoluto, a mi juicio, puede servir para convalidar un acto que adolece de un vicio de nulidad de pleno derecho, pues estos por definición no son susceptibles de subsanación.

Así, aplicado al tema aquí tratado, deberá declararse la nulidad del contrato previamente a la liquidación como exige la LCSP, no siendo necesario llevar a cabo con posterioridad un reconocimiento extrajudicial de créditos para hacer frente al pago de la obligación, no ya contractual sino la derivada *ex lege*³⁷, puesto que en esos casos la obligación del pago

³⁴ Tal y como lo ha entendido Baca Oneto (2006, p. 196).

³⁵ Recuérdesse que la tramitación ordinaria del expediente de contratación, en cumplimiento del principio de legalidad presupuestaria, requiere de un certificado de existencia de crédito (art. 116.3 LCSP) como requisito previo a la aprobación del expediente de contratación, lo que contablemente supone la preceptiva retención del crédito presupuestario por parte de la Intervención; posteriormente, la aprobación del expediente de contratación y de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas implica la aprobación o autorización del gasto público –fase contable A– por el importe del presupuesto máximo de licitación (art. 117.1 LCSP: «Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución implicará también la aprobación del gasto», y art. 122.1 LCSP: «Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación»). Finalmente, la adjudicación del contrato requerirá de la preceptiva disposición del gasto público por el importe de adjudicación –fase contable D–.

³⁶ Artículos 26 c) y 60.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el Capítulo primero del Título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos.

³⁷ En esta misma línea de forma muy acertada se manifiesta Moreo Marroig (2018):

Al Pleno le puede corresponder la imputación al ejercicio corriente de gastos que hayan sido económicamente meritados en el ejercicio anterior, sin perjuicio de que la Administración deba llevar a cabo la tramitación de un expediente de revisión de oficio para posteriormente declarar la nulidad de los actos de adjudicación o del propio contrato, siguiendo el procedimiento y los trámites correspondientes entre los que cuenta la intervención del Consejo de Estado u órgano similar. Una vez declarado nulo el contrato este entrará en liquidación y, una vez llevada a cabo la correspondiente tasación de los daños y perjuicios sufridos por el contratista, se procederá a acordar la correspondiente indemnización.

surge a partir de ese momento³⁸, sin que pueda, por tanto, confundirse el mecanismo meramente presupuestario y la cuestión de naturaleza sustantiva³⁹.

Dentro de este tipo de normativa otra dificultad interpretativa de gran calado, quizás la mayor, a mi juicio, viene de la previsión contenida con cierta particularidad en el artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017. Y es que debe recordarse que varias de las normas citadas establecen que en los supuestos en los que, con arreglo a lo establecido en las disposiciones aplicables, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se subsane dicha omisión en los términos previstos en la citada normativa, donde ha adquirido una crucial importancia el informe por parte del órgano interventor; sin embargo, mientras que el artículo 156 de la LGP o el artículo 32 del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, fijan, entre el contenido de dicho informe, las infracciones del ordenamiento jurídico que, a su juicio, se hayan producido en el momento en que se adoptó el acto sin fiscalización o intervención previa, así como las prestaciones que se hayan realizado como consecuencia de dicho acto, la posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento y la existencia de crédito adecuado y suficiente para hacer frente a las obligaciones pendientes⁴⁰; el citado artículo 28.2 del Real Decreto 424/2017, que ha entrado en vigor el pasado 1 de julio de 2018, en cuanto al aspecto relativo a la revisión de los actos, introduce ciertos matices, incluso desconcertantes.

Me refiero a que mientras el resto de normas citadas se refieren exclusivamente a esa posibilidad, es decir, a que el informe de intervención deberá hacer un análisis de si cabe o resulta conveniente proceder a la misma –lo cual ya de por sí no deja de ser chocante en cierto modo–, el Real Decreto 424/2017 habla de la

posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento, que será apreciada por el interventor en función de si se han realizado o no las prestaciones, el carácter de estas y su valoración, así como de los incumplimientos legales que se hayan producido. Para ello, se tendrá en cuenta que el resultado de la revisión del acto se materializará acudiendo a la vía de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de haberse producido un enriquecimiento injusto en su favor o de incumplir la obligación a su cargo, por lo que, por razones

³⁸ Lo mismo cabe decir respecto al pago facturas de un contrato ya previamente anulado, pues en tal caso no es necesario proceder a una nueva revisión de oficio, sino a aplicar los efectos que el artículo 42 de la LCSP establece, como bien ha dicho el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en su Dictamen 15/2020, puesto que no se revisan facturas sino contratos.

³⁹ Tal y como, a mi juicio, muy acertadamente ha dicho Leiva Escudero (2019).

⁴⁰ Referencia que se contiene en la LGP, no así en el Real Decreto 2188/1995.

de economía procesal, solo sería pertinente instar dicha revisión cuando sea presumible que el importe de dichas indemnizaciones fuera inferior al que se propone.

Es decir, sí resulta cuestionable que pueda hablarse de la «conveniencia» de proceder a la revisión de los actos, pues en caso de nulidad de pleno derecho la LPACAP es clara al imponer su anulación por esta vía⁴¹ –cuestión distinta es que en algún supuesto pueda considerarse que el vicio es de anulabilidad–. Aún más, a mi juicio, lo es que dicha conveniencia se haga depender de las prestaciones y de los incumplimientos legales, a salvo de que, nuevamente, la duda se refiera a la concurrencia de causas de nulidad o anulabilidad.

Pero es más, lo que se infiere de dicha previsión, y con lo que –como explicaré– no puedo estar de acuerdo, es que, de un lado, en caso de proceder a la revisión del acto –decisión que parece dejar en manos del órgano interventor–, el pago al contratista se hará en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial, siendo el título de imputación el enriquecimiento injusto, y además que en caso de que el importe de la misma no sea inferior al que se propone –entiendo que por el contratista que presenta la factura–, es decir, cuando la Administración está de acuerdo con pagarla, no será necesario acudir a la revisión, por entender que por economía procesal, si el resultado es el mismo, puede prescindirse de la revisión de oficio.

Como ya he avanzado y explicaré más detenidamente, discrepo con dicho planteamiento por diversas razones, además de entender que es contrario a normas de rango superior, en particular, a la LPACAP y a la LCSP e, incluso, a las propias normas de carácter presupuestario que han sido mencionadas.

En primer lugar, no puedo compartir que la decisión de instar la revisión de oficio quede en manos del órgano interventor, pues, como ya he dicho, la LPACAP obliga a que en los casos de nulidad de pleno derecho se declare la misma, pues recuérdese que su artículo 106 habla de «declararán», lo que parece que es la imposición de una obligación⁴², mientras que, por ejemplo, el artículo 109 –dedicado a la revocación– utiliza la expresión «podrán revocar». Lo que de otro lado enlaza con una de las cuestiones respecto de las cuales no

⁴¹ Lo que, a mi juicio, se ve reforzado con el derecho a solicitar y a que se resuelva la cuestión, al que hace mención el artículo 125.3 de la propia LPACAP, en cuanto, a la hora de regular el recurso extraordinario de revisión, precisa que el mismo no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud y la instancia a que se refieren los artículos 106 y 109.2, ni su derecho a que las mismas se sustancien y resuelvan. Es decir, la propia norma reconoce el derecho a solicitar y que se tramite y resuelva la revisión del artículo 106.

⁴² Este carácter obligatorio fue introducido con la reforma de la Ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, tal y como bien ha explicado ya en su momento el profesor De la Quadra-Salcedo (1999, pp. 220-221), quien explica que la Ley no hace sino recoger la interpretación doctrinal y jurisprudencial imperante, que ya, a pesar de que la norma en su versión anterior utilizaba el término «podrán», venía entendiendo que se trataba de una auténtica acción de nulidad y, por ende, del carácter obligatorio.

existe unanimidad; me refiero a qué implica el carácter obligatorio de la revisión, al que sin duda alude el artículo 106 de la ley, es decir, si es suficiente con que inicie el procedimiento o implica también que si el dictamen preceptivo y vinculante es favorable a anulación, la Administración deba declararla, opción que entiendo más correcta⁴³.

Por tanto, el órgano interventor, a mi juicio, podrá valorar si existe o no nulidad de pleno derecho y, en consecuencia, si procede instar o no su revisión, pero una norma con rango reglamentario no puede otorgarle la potestad de decidir –habiendo causa de nulidad– si procede o no la revisión como si pudiera ser convalidable, pues un vicio de nulidad nunca lo es y un vicio de anulabilidad tampoco en muchos casos, pues téngase en cuenta que ha de tratarse de vicios subsanables⁴⁴.

Por más que en los últimos tiempos se haya producido un importante incremento de supuestos en que se ha instado la revisión –a buen seguro a causa de los reparos de la intervención al pago, así como de las responsabilidades en que se puede incurrir–, tal y como establece la LCSP y las reglas generales en la materia –fijadas en la LPACAP–, ello no justifica que una norma y, menos aún con rango reglamentario, pretenda evitar dicho procedimiento y su consecuente declaración de nulidad cuando la Administración esté de acuerdo en pagar al contratista lo que este le reclama. Es más, siendo partidaria de la teoría que considera que cuando la Administración está de acuerdo con la anulación de un acto desfavorable instada de oficio por el interesado, puede optar también por la vía más sencilla de la revocación del artículo 109⁴⁵, sin embargo, en este caso no encuentro el modo

⁴³ Siguiendo al profesor García de Enterría, quien afirmara ya en un trabajo de los años cincuenta del pasado siglo que la fundamental diferencia entre la revisión del artículo 106 y la lesividad del artículo 107 es precisamente la obligatoriedad de la primera, debe concluirse que la Administración no cumple únicamente con iniciar el procedimiento, sino que deberá anular el acto de concurrir –a juicio del órgano consultivo– alguna de las causas de nulidad de pleno derecho, y no siendo aplicables al caso los límites del artículo 110.

⁴⁴ Así, como bien advirtiera ya García Luengo (2016, p. 190), la relación entre la convalidación o subsanación de los actos por infracciones formales y la regla del artículo 48.2 de la Ley 39/2015 (que, recuérdese, establece que el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados) es una cuestión más compleja de lo que en una primera apreciación pueda parecer.

⁴⁵ Y es que, frente a los actos nulos de pleno derecho cuando son desfavorables, los particulares, además de la vía de recursos –que es la ordinaria–, disponen de la excepcional de la revisión de oficio, mientras que la Administración respecto a estos actos tiene la facultad de revocación tal y como han puesto de manifiesto Rebollo Puig y Carbonell Porras (2018), p. 182. Así, a mi juicio, nada impediría que si un interesado insta la revisión de oficio del artículo 106 y la Administración está de acuerdo con ello, esta ejercite esa facultad de revocación del artículo 109, acudiendo al procedimiento más sencillo que la norma le permite, pues se trata de un tema de garantías, y cuando estamos ante un acto desfavorable –cuestión distinta sería los de doble efecto–, la propia norma permite valerse de un procedimiento mucho más simplificado y, sobre todo, prescindir de la intervención del órgano consultivo. Si bien, podría criticarse esta opción, por cuanto podría estimarse que esa intervención no solo es una garantía para el ciudadano, sino también

ni siquiera de acudir a ese procedimiento, por cuanto se está ante la anulación de actos favorables, como es la adjudicación del contrato, por más que la anulación sea empleada precisamente para pagar al contratista.

De otro lado, tampoco comparto que el pago al contratista en caso de proceder a la revisión del acto se haga en concepto de responsabilidad patrimonial, pues en este caso, a mi juicio, la figura en la que encaja ese pago, por más que pueda también basarse en la prohibición de enriquecimiento injusto, no es la de la responsabilidad⁴⁶, la cual sí tiene cabida pero no en cuanto a la liquidación del contrato sino respecto a otros posibles daños, tal y como trataré de explicar con mayor detenimiento cuando analice las diversas instituciones a tener en consideración.

En conclusión, lo que parece decir dicho precepto es que en el caso de que la Administración esté de acuerdo con pagar el importe reclamado por el contratista⁴⁷ puede obviar la revisión de la contratación irregular, y que en el supuesto de optar por la revisión del acto –entendiendo que se hará cuando lo que pretenda pagársele sea inferior–, la cuantía vendrá determinada en concepto de responsabilidad patrimonial por el enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido la prestación, indemnización que es de suponer, aunque no se diga, que se fijará en la propia resolución por la que se declare la nulidad, tal y como permite el artículo 106.4 de la LPACAP, sin necesidad, por tanto, de instar después de la anulación el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Si bien, a mi juicio, dicha previsión además de contradecir lo establecido en la LCSP y la LPACAP, confunde instituciones básicas del derecho administrativo y, además, incluso se contradice, puesto que si se entiende que por economía procesal se puede decidir no ir a la revisión de oficio, ¿cómo se determina esa indemnización que en concepto de responsabilidad patrimonial debe ser abonada al contratista? Es decir, si no se anula el contrato y además las cantidades (reclamada y a abonar) son coincidentes, se estará realmente al pago del precio acordado, pues recuérdese que los actos tienen presunción de validez y

para el interés público, y que puede contribuir a que la Administración no revoque sus actos desfavorables desconociendo los límites que la ley le impone, lo cierto es que no parece haberse concebido así y que la norma permite obviar este trámite cuando está en cuestión un acto desfavorable, de igual modo que tampoco es necesario en tales casos acudir a los tribunales si adolece de un vicio de anulabilidad. En todo caso, y si bien la norma no fija un procedimiento concreto respecto al ejercicio de la potestad de revocación, ha de entenderse que sí existen ciertos requisitos, principalmente, que sea motivación de la conveniencia el interés público de la revocación, como que la misma no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico. En la misma línea Sánchez Morón (2018b, p. 582).

⁴⁶ Así lo ha afirmado también el propio Consejo de Estado, entre otros en su conocidísimo Dictamen 1724/2011 de 21 de diciembre.

⁴⁷ Téngase en cuenta que el empleo del término «contratista» se hace en el sentido de la empresa que ha realizado la prestación, pues una vez que el contrato se anula, realmente deja de serlo.

eficacia mientras no sean anulados, sin olvidar de que si se trata de nulidad de pleno derecho, esta nunca puede ser convalidada⁴⁸, y si se está afirmando que el pago que debe hacerse es en concepto de responsabilidad patrimonial, o bien esta se fija en la propia resolución de anulación (art. 106.4 LPACAP) o bien el mecanismo para establecerla es el propio procedimiento de responsabilidad patrimonial, que bien es cierto que puede iniciarse de oficio, pero no lo es menos que requiere un –función de la cuantía– dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente, con lo que a buen seguro esa pretendida economía procesal acaba implicando un mayor retraso. Por no decir que la norma realmente lo que parece pretender no es que haya un procedimiento de responsabilidad patrimonial, sino que se pague sin tramitar una revisión de oficio, es decir, que se subsane un vicio en la mayor parte de ocasiones insubsanable mediante el pago de la factura «en concepto de indemnización por daños y perjuicios con base en la prohibición de enriquecimiento injusto» sin seguir procedimiento alguno o, al menos, los que legalmente están establecidos para determinar dicha responsabilidad, lo que no deja de ser cuando menos una ironía, pues aboga o permite que se «convaliden» vicios insubsanables sin procedimiento alguno, en fin, que habiendo contratado sin procedimiento se pague al contratista del mismo modo.

Y si bien pudiera entenderse que se trata de la *actio de in rem verso*, a la que me referiré más adelante, no debe perderse de vista que en tal caso no estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial. Por último, a este respecto, solo recordar que, como se acaba de decir, el reconocimiento extrajudicial de créditos no sana ni convalida, a mi juicio, una nulidad, que por definición no es subsanable, sino que es un procedimiento establecido como excepción a la aplicación del principio de temporalidad de los créditos, consecuencia del carácter anual de los presupuestos, en que es competencia del Pleno el reconocimiento de las obligaciones procedentes de ejercicios anteriores, pero ello no sirve –ni puede servir– para hacer desaparecer el vicio de nulidad, sino para proceder al pago de obligaciones contraídas en el ejercicio anterior. Por tanto, una nulidad de pleno derecho, como es la que concurre en la inmensa mayoría de casos en que hay una contratación verbal, debe depurarse con anterioridad a su pago por la vía que corresponda, es decir, mediante la revisión de oficio, y solo después proceder a su pago al liquidar el contrato anulado, tal y como determina el artículo 42 de la LCSP.

3.3. La cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad de autoridades y empleados públicos

Muy brevemente cabe hacer referencia a diversas normas que tienen incidencia en la cuestión aquí tratada desde una perspectiva diferente, es decir, no en cuanto a la nulidad, ni al procedimiento a seguir para declararla, ni siquiera respecto al pago del contratista,

⁴⁸ Como recuerda García Luengo (2016, p. 191).

sino en cuanto a la responsabilidad en que puede incurrir el personal o autoridad correspondiente por llevar a cabo una contratación irregular.

Son varias las normas que pueden ser aplicadas desde esta perspectiva, dado que pueden concurrir diversos tipos de responsabilidad, desde la vía de regreso⁴⁹, en caso de estimar que se trata de una responsabilidad patrimonial⁵⁰, hasta la penal en caso de incurrir en algún delito, como la prevaricación, sin olvidar la disciplinaria y pasando por el artículo 28 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, donde se califica como infracción muy grave la realización de gastos y pagos sin consignación presupuestaria. También la disposición adicional vigésima octava se refiere a la responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones públicas.

Basta aquí simplemente mencionar esta cuestión, con la finalidad de apuntar a esta dirección como uno de los medios, quizás menos explorados pero más eficaces, para terminar o reducir la contratación irregular, puesto que parece que por sí solo la prohibición establecida en la normativa contractual, desde antiguo, no ha servido para eliminar estas prácticas reprochables⁵¹.

3.4. La regulación de las instituciones clásicas presentes en el tema: la LPACAP

Finalmente, a mi juicio, resulta imprescindible acudir a la LPACAP, pues en ella se contiene la regulación más elemental de los aspectos básicos que tienen presencia en la cuestión aquí analizada, pues no debe perderse de vista que se trata de la anulación de la contratación verbal, por lo que es indispensable manejar instituciones clásicas como la teoría de la nulidad, sus efectos, la potestad de revisión y sus límites.

Muy brevemente, puesto que por clásicas no están exentas también de ciertas polémicas y dudas, deben recordarse algunas cuestiones elementales que servirán, a mi juicio, para llegar a ciertas conclusiones respecto a aspectos básicos del problema que se analiza en este trabajo: la contratación verbal irregular.

La primera de esas cuestiones elementales es, a mi entender, la que se refiere a los efectos de la nulidad, que queda sin atender en nuestro sistema, al menos correctamente. Y es

⁴⁹ Regulada en el artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁵⁰ Sin embargo, ya se ha apuntado que, a mi juicio, por regla general no se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial, al menos en cuanto al pago a pagar al contratista por la prestación realizada, cuestión distinta es la indemnización que pueda tener que pagar la Administración al mismo por otros daños y perjuicios que pudiera haber sufrido.

⁵¹ Como ya apuntara Rebollo Puig (1995, pp. 403-404).

que, a diferencia de otros ordenamientos, nada se dice en nuestra norma respecto a si tanto la revisión por nulidad, como por anulabilidad, como la revocación del 109, conllevan necesariamente efectos *ex tunc* o si en algún caso, por ejemplo la revocación, lo son *ex nunc*.

Sin embargo, en otros sistemas sí se le presta la atención debida; es el caso del modelo francés, en el que es un elemento de diferenciación relevante a la hora de «revisar» o «degradar» un acto, o en el ordenamiento alemán, donde también se precisa cuándo un acto puede ser revisado o revocado con efectos pro futuro o retroactivos⁵².

Esta cuestión, que sin duda es de gran trascendencia práctica, deriva a mi juicio de la propia teoría que se siga respecto a la validez y eficacia de los actos, es decir, para quienes defienden –aunque se trata de una postura minoritaria– que la nulidad de pleno derecho conlleva la ineficacia *ab initio e ipso iure*, en buena lógica, la revisión del acto implicará efectos *ex tunc*. Mientras que cuando se trate de vicios de anulabilidad, los efectos de la revisión serían *ex nunc*, por contraposición con la nulidad y erigiéndose en la principal diferencia entre ambas⁵³.

Mientras que otro sector doctrinal estima que tal diferenciación viene a ser artificiosa y que realmente estamos ante un problema de eficacia y no tanto de validez. Aunque nuevamente es importante también el propio concepto de eficacia que se maneje, el de lo fáctico (Santamaría Pastor, 1975, p. 172 y ss.) o el de la obligatoriedad jurídica⁵⁴.

⁵² En particular, esta cuestión está regulada en el *Code des relations entre le public et l'administration* (CRPA). En relación con esta norma, véanse, entre otros, Trouilly (2015 y 2016).

⁵³ En esta línea, entre otros, véase Alegre Ávila (2017), aunque el propio autor viene a reconocer que la jurisprudencia y el propio legislador han venido a mitigar esta diferencia. Del mismo autor véase también (1993). y (2012).

⁵⁴ A este respecto véase García Luengo (2002), quien sostiene que la eficacia, siguiendo el modelo alemán, ha de entenderse en relación con la obligatoriedad jurídica, procediendo a distinguir entre la eficacia externa e interna del acto. De ahí que concluya que es un presupuesto de la ejecutoriedad, considerando que tal conclusión cabe deducirla también del artículo 57.1 Ley 30/92, cuando establece que los actos producirán efectos desde que se dictan y que la jurisprudencia viene aceptándolo cuando, por ejemplo, permite la impugnación de la vía de apremio como consecuencia de la nulidad del título habilitante, lo que lleva a la posible desobediencia del acto; en fin, que esa falta de efecto vinculante del acto nulo comporta en un Estado de derecho que ni el ciudadano ni los funcionarios o autoridades administrativas tengan la obligación de obedecer cualquier acto con independencia de su contenido, por tanto la presunción de legitimidad del acto encuentra un límite que es la nulidad absoluta, implicando incluso la responsabilidad del funcionario si lo cumple. A este respecto, no obstante, debe recordarse que la LPACAP extiende la vinculación de los actos emitidos por un órgano administrativo en el ejercicio de sus competencias al resto, tanto de esa como de otra Administración. Esta postura mantenida por el citado autor es, sin embargo, criticada por otro sector de la doctrina, es el caso claro de Cano Campos (2017, p. 18, nota 39), donde sostiene que la afirmación del citado autor respecto a que

cuando el art. 57.1 de la LRJPAC (ahora art. 39.1 de la LPAC) dispone que todos los actos administrativos «producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se dis-

Y, en fin, de que se siga, en cierto modo, un concepto de validez en línea con el modelo alemán o, por el contrario, se opte por entender, como ha hecho en nuestro sistema un sector importante de la doctrina civilista⁵⁵, que el legislador y los juristas españoles nunca han utilizado «validez» en el sentido de la *Geltung* kelseniana, es decir, como existencia misma de la norma o acto y su fuerza vinculante, sino como ausencia de vicios⁵⁶. De ahí, también, que el término invalidez incluya nulidad y anulabilidad⁵⁷.

Sin olvidar que la declaración de nulidad de un reglamento, según la propia norma, no impide que subsistan los actos firmes dictados en su aplicación, o los efectos prospectivos que ha admitido el Tribunal Constitucional al declarar inconstitucional una ley⁵⁸.

Y aunque lo expuesto pudiera parecer que se trata de un debate doctrinal, por otro lado, llamado a no ser resuelto con carácter unánime, lo cierto es que implica consecuencias importantes para el objeto de este estudio, pues dependiendo de la postura que se mantenga al respecto, la consecuencia será que el pago del contratista deviene del propio contrato o se trata de la fijación por el legislador de los efectos de la anulación.

Pues, en consecuencia con lo dicho, los efectos de la revisión de un acto, sea nulo o anulable, podrá fijarlos, en primer término, el legislador, como hace en algunas normas sectoriales; es el caso del artículo 37.4 de la LGS, que establece que «la declaración judicial o administrativa de nulidad o anulación llevará consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas», o el aquí analizado artículo 42 de la LCSP.

ponga otra cosa», en realidad se está refiriendo a la denominada eficacia externa del acto, a sus efectos adjetivos o formales. Pero esto lo desmentiría el propio apartado 2 de dicho precepto, que se refiere, sin duda alguna, a la denominada eficacia interna (a la obligatoriedad jurídica del contenido del acto, a la producción de sus efectos) cuando dice que la eficacia quedará demorada cuando lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior. No parece lógico que el mismo precepto se refiera en cada uno de sus apartados a dos tipos de eficacia distinta sin hacer la más mínima alusión a ello.

⁵⁵ Véase al respecto también Díez-Picazo Jiménez (1990, pp. 162 y ss.) o Delgado Pinto (1990, pp. 136 y ss.).

⁵⁶ Así lo explica Delgado Echevarría (2003, pp. 234 y ss.), quien considera que validez significa ausencia de vicios y que no puede identificarse con la existencia o pertenencia a un sistema jurídico ni con fuerza vinculante; a tales efectos, pone el ejemplo, entre otros, de la posible declaración de invalidez de una norma tras la pérdida de vigencia por la derogación de la misma. En fin, en mi opinión, nuevamente, es imprescindible conocer y ser conscientes de los distintos efectos en cuanto a la aplicación de la norma, pues, como indica este sector doctrinal «validez» y «aplicabilidad» no son siempre coincidentes. Y prueba de ello es que un acto administrativo que adolece de un vicio de anulabilidad, o, incluso, de nulidad, en la práctica mientras no se declare esta, el mismo despliega efectos, en el primer caso de forma incontestable, a lo que se une el transcurso de los plazos para atacar el acto cuando este es favorable.

⁵⁷ A este respecto, Chinchilla Marín (1993) expuso su idea de que con la sustitución del término «invalidez» por «nulidad» y «anulabilidad», se destierra la categoría de acto inexistente, siendo un acto inválido porque adolezca de un vicio de nulidad o anulabilidad.

⁵⁸ Por ejemplo, en la STC 45/1989, de 20 de febrero, y de forma más reciente en la 111/2016.

Y en ausencia de mención alguna en la norma, será determinante la labor de quien anula el acto, que deberá sopesar, al fijar las consecuencias de esa revisión, principios como el de proporcionalidad, buena fe y equidad, entre otros, y todo ello sin desdeñar la labor del propio juez, imprescindible al respecto, por ejemplo, en el ordenamiento italiano⁵⁹.

En fin, sea porque se trata de una cuestión de validez/invalidéz, de nulidad/anulabilidad o de eficacia/ineficacia, está claro que no existe, desde el punto de vista de los efectos de la revisión, una tajante diferenciación en función del vicio concurrente.

Y es aquí donde, a mi juicio, es preciso tomar en consideración –a la hora de precisar los efectos–, otro de los aspectos más determinantes de la regulación general de la potestad de revisión en este tema; me refiero a los límites del artículo 110 de la LPACAP, por ejemplo, la buena fe, la equidad, la protección de la confianza legítima o la prohibición de enriquecimiento injusto, entre otros, ya que entiendo, como expondré más detenidamente, que los mismos no solo sirven para frenar la revisión, sino también para modular sus consecuencias⁶⁰.

Un ejemplo de ese freno total que puede implicar se encontraba en el mencionado artículo 38 del TLCSP –hoy desaparecido–, pues en tal caso parecía claro que la aplicación, en su caso, de esos límites, provocaba que la misma no se llegase a realizar, ya que en teoría no se podría ejercitar la potestad de revisión. Lo que a mi juicio es un indicio más de que cuando el legislador actual regula los efectos de la anulación en el artículo 42 de la LCSP no pretende sostener que aunque el contrato sea nulo o anulable no quepa su revisión, sino que modula las consecuencias de estas.

Por tanto, en el artículo 38 del TRLCSP se trataba de actos nulos, pero que por determinadas circunstancias, previstas en el propio ordenamiento jurídico, no es posible proceder a su anulación, con lo que siguen produciendo efectos, lo que, sin embargo, no supone una subsanación del vicio.

Sin embargo, a mi juicio, no solo es posible sino que así se constata en el propio artículo 42 de la LCSP, y la previsión similar que se contenía en el artículo 35 del TRLCSP, que a una declaración de nulidad se le dé unos efectos concretos –muy próximos a lo que podría ser el propio cumplimiento del mismo–, en aplicación de los principios a que el artículo 110 se refiere o, en general, a principios generales del derecho; incluso que se dilaten o retrasen los efectos de la declaración de nulidad, como también se prevé en el artículo 42.3 de la LCSP o en el ámbito urbanístico en ocasiones para mitigar los efectos perniciosos hasta que se apruebe un nuevo plan⁶¹.

⁵⁹ Como bien explica González Sanfiel (2017, pp. 431-433).

⁶⁰ Como bien vienen sosteniendo, entre otros autores, Sánchez Morón (2018b, p. 585).

⁶¹ Véase a este respecto la jurisprudencia italiana expuesta por González Sanfiel (2017, pp. 18-20). O más recientemente el mismo autor (2018, p. 61).

Por tanto, los efectos concretos no son siempre *ex tunc* cuando se trata de una nulidad de pleno derecho y *ex nunc* cuando estamos ante una anulabilidad, sino que depende, en primer lugar, de si el propio legislador ha introducido alguna precisión al respecto –es el caso de la LGSS o la LCSP, y con anterioridad el TRLCSP–, así como, en caso contrario, de lo que acuerde el órgano competente para determinar la nulidad o emitir su parecer al respecto y, por ello, valorar si concurren o no los límites del artículo 110 y sus consecuencias, que en ocasiones será el Consejo de Estado o equivalente, en otros los tribunales de lo Contencioso-Administrativo o también, por ejemplo, en el ámbito de la Seguridad Social, la jurisdicción social⁶². En fin, que será cada ordenamiento el que de un modo u otro determine esas consecuencias⁶³.

4. ¿Cuál es el fundamento real del pago al contratista por la prestación realizada?

Como ya se ha apuntado, no parece haber unanimidad ni entre la doctrina, la jurisprudencia y la doctrina administrativa de los órganos consultivos, ni en las propias normas, en cuanto a qué institución da cobertura al pago de las prestaciones ejecutadas a favor del «contratista»⁶⁴, aunque bien es cierto que en torno a que dicho pago debe efectuarse sí que hay cierta avenencia. Sin embargo, a mi juicio, sí se trata de una cuestión crucial, no solo desde un punto de vista teórico o doctrinal, sino también práctico, tanto en cuanto al procedimiento a seguir como respecto de las consecuencias de otro tipo que su calificación

⁶² Así, por ejemplo, es preciso recordar la Sentencia núm. 381/2003 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 26 febrero (AS\2003\2423), ya citada, y en la que se llega a afirmar que la nulidad de pleno derecho «produce efectos *ex tunc* sin más matizaciones que las que se deriven de la equidad o de la buena fe». Por tanto, reconociendo que dichos límites pueden modular los efectos radicales de la nulidad de pleno derecho.

⁶³ En esta línea, véase, por ejemplo, Guastini (2001, p. 59), quien afirma que:

Los efectos jurídicos (o sea, las condiciones de aplicabilidad) de las normas están determinados en los diversos sistemas jurídicos por (otras normas) positivas. Es perfectamente posible que un ordenamiento atribuya efectos jurídicos (incluso) a las normas inválidas, así como es posible que un ordenamiento atribuya efectos jurídicos solo a las normas válidas. *Actoritas facit legem*: el legislador (en sentido material) puede hacer lo que quiere.

Lo que es perfectamente asumible también cuando hablamos de actos. Así como Rebollo Puig (2009, p. 33), quien sostiene, en relación con el anterior artículo 106 de la Ley 30/1992, que:

Serán los efectos del acto con vicios de nulidad que, pese a ello, se comportará como válido porque así lo quiere el ordenamiento para proteger otros valores que, en el caso, considera prioritarios sobre aquellos que tutela la nulidad, incluidos los derechos fundamentales ante los que el art. 106 no se detiene.

⁶⁴ Entiéndase que la referencia se hace a quien ejecuta la prestación, pues en puridad no hay contratista si el contrato es nulo de pleno derecho.

conlleva. De ahí que partiendo de las premisas expuestas al analizar el marco jurídico en que se enmarca la cuestión, se llegará a una u otra conclusión.

El punto de partida, como se ha venido reiterando, es la previsión contenida en el artículo 42 de la LCSP, que prevé, como su propio título indica, los efectos de la declaración de nulidad y de los supuestos de anulabilidad; pero recuérdese que se refiere a los actos preparatorios o de la adjudicación del contrato, es decir, la norma parte de que previamente es preciso, como no puede ser de otra manera –por más que diga otra cosa el Real Decreto 424/2017–, depurar ese vicio de conformidad con el procedimiento oportuno, depurar no en el sentido de subsanar, sino de declarar precisamente su nulidad o anulación por causa de anulabilidad.

En el caso de la contratación verbal fuera de los supuestos de emergencia, es evidente que cuando menos estamos ante un vicio de la adjudicación de dicho contrato, por tanto, de un acto favorable, lo que nos lleva indefectiblemente a la revisión de oficio si hay nulidad de pleno derecho, como será en la mayoría de supuestos y en la totalidad con la vigencia de la nueva LCSP, o a la declaración de lesividad y posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa si se tratara de una anulabilidad. Ello no solo se deriva de la normativa general, es decir, la LPACAP, sino también de las propias previsiones del artículo 42 de la LCSP y es, a mi juicio, importante tenerlo en cuenta por lo que se dirá más adelante. Por tanto, se excluye la revocación del acto a la que alude el artículo 109 de la LPACAP, pues se refiere en exclusiva a los actos desfavorables⁶⁵.

Estas cuestiones no son en absoluto baladíes, porque además pondrán de manifiesto la propia ironía de que sea la Administración la que acuda a la revisión de oficio, no al darse cuenta de la nulidad ni a instancia del interesado –que difícilmente puede serlo si se trata de un acto favorable–, sino con la finalidad, en la mayor parte de casos, de superar las trabas –y muy seguramente los reparos– puestos por los órganos de intervención para el pago. Mientras en la jurisprudencia de los años ochenta y noventa del pasado siglo pueden encontrarse abundantes supuestos en que la nulidad es alegada por la Administración para evitar el pago reclamado en vía judicial por el contratista (Rebollo Puig, 1995) –aunque ahora esos supuestos son minoritarios, no han desaparecido por completo⁶⁶, la tónica ge-

⁶⁵ Y es que aunque se trata de una figura polémica donde las haya, a mi juicio –de igual modo que para parte de la doctrina, lejos, eso sí, de ser unánime–, dentro de los supuestos de revocación del artículo 109 caben tanto supuestos de legalidad como de oportunidad, siendo además posible acudir a ese procedimiento más sencillo cuando el acto es desfavorable, aun en los supuestos de nulidad de pleno derecho.

⁶⁶ Valga de ejemplo la STS de 18 de junio de 2004, recurso de casación núm. 2000/1999, en que el tribunal condena a la Administración al pago no solo de la prestación realizada, sino también al 6 % en concepto de beneficio industrial y a los gastos e intereses por el crédito bancario solicitado para hacer frente al encargo, el cual se realizó de forma verbal sin procedimiento alguno, pero entendiendo el tribunal que la realidad del encargo, así como la confianza despertada sobre la que sería atendido, permite apreciar los elementos necesarios para que opere el enriquecimiento injusto, generando la obligación de abono de

neral es que sea ella misma la que acuda a los instrumentos que la normativa le ofrece para proceder al pago de las facturas derivadas de contrataciones absolutamente irregulares de aquella forma menos abrupta o ante las dificultades que la intervención le presenta, sin olvidar que en aplicación de diversas normas pueden incurrir en responsabilidad aquellos empleados o autoridades que cometan estas ilegalidades.

Una vez sentadas estas premisas, es pertinente comenzar por analizar las distintas figuras en que puede encajar el supuesto aquí estudiado con la finalidad de concluir cuál o cuáles le son de mejor aplicación. Pues, como ya sea visto, lo único que viene a suscitar unanimidad entre los operadores jurídicos es la idea de que cuando se trata de un contrato verbal ilegal ya ejecutado totalmente –que es la tónica general, dado que se suscita la cuestión cuando el contratista presenta la factura y se plantean problemas para su pago–, o cuando menos de forma parcial, deben abonarse las prestaciones al contratista. Sin embargo, a mi juicio, es preciso matizar dicha afirmación. Lo que la LCSP establece no es el pago de lo realizado sino que expresamente dice que 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; además añade que la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Por tanto, no se está refiriendo a que la consecuencia de anular el acto sea el pago del contrato, pues no olvidemos que previamente establece que 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; es decir, en primer lugar, cabe descartar que el pago derive del contrato mismo, pues este es nulo de pleno derecho, de tal modo que la regla general, al contrario, es que no produce efectos, cuestión no obstante que es evidente que por diversas vías y en distintas circunstancias es matizada, como ya se ha puesto de manifiesto al hablar de los efectos *ex tunc* y *ex nunc*.

Por tanto, y aunque es cierto que la tendencia es buscar un efecto similar al pago del precio, ese no es el concepto en que debe abonarse al contratista lo realizado, es decir, no se trata de una obligación contractual, una vez que el contrato se declara nulo; si bien es cierto que algún órgano consultivo ha entendido precisamente que lo que no cabe en estos casos en la anulación por operar los límites de la potestad de revisión⁶⁷. A mi juicio,

lo ejecutado en ese contexto. O la STSJ de Castilla y León, de 8 de junio de 2007, rec. núm. 2896/2002 (ECLI: ES:TSJCL:2007:3278); la STSJ del País Vasco de 25 de febrero de 1998, rec. núm. 2162/1994 (ECLI: ES:TSJPV:1998:492); o la STSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2013, rec. núm. 890/2010 (ECLI: ES:TSJCAT:2013:14357), entre otras.

⁶⁷ Es el caso del Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 181/2015, de 13 de mayo, donde se llega a afirmar que:

como ya he explicado con anterioridad, al hablar de los límites de esta potestad, en el caso del artículo 42 de la LCSP –y a diferencia de lo que establecía el artículo 35 del TRLCSP–, no operan de forma radical, es decir, impidiendo la revisión, si bien cabe ya adelantar que serán cruciales a la hora de justificar esa propia previsión de la ley de contratos.

Me explico, a mi juicio, la literalidad del artículo 42 de la LCSP excluye la interpretación de que no quepa la anulación, sino al contrario, parte de la misma –como por otro lado indica el propio título del precepto–, fijando y modulando sus efectos, tal y como ya he dicho que es posible que haga en primer lugar el propio legislador, con base en esos límites de la potestad de revisión, y optando en este caso porque los efectos sean la liquidación del contrato e, incluso, la posible continuidad temporal si pudiera suponer un grave trastorno al servicio público.

Y no debe perderse de vista que entre esos límites a que se refiere el artículo 110 de la LPACAP se encuentran principios generales del derecho como la buena fe, pero también, y aunque no se mencione expresamente, la protección de la confianza legítima y el principio de prohibición de enriquecimiento injusto.

Y ello porque con los límites del artículo 110 se busca, a través de la ponderación de intereses en juego –pero también de las consecuencias de una opción u otra–, evitar un ejercicio desproporcionado de la potestad de revisión. O, desde otra perspectiva, evitar el abuso en el ejercicio de la misma, lo que recuerda, como muchas cuestiones de este tema, a otra previsión contenida en el Código Civil, en este caso respecto a la prohibición del abuso del derecho. De este modo, la finalidad de esta figura no es otra que una aplicación adecuada, proporcionada y equitativa del derecho, por lo que a la potestad de revisión que el mismo reconoce se refiere.

Operando como límite a la declaración de nulidad instada por la Administración, lo establecido en el art. 106 LRJAP-PAC, según la cual «las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes», pues es evidente que la declaración de nulidad choca frontalmente con los derechos adquiridos por los contratistas afectados por las contrataciones fraudulentamente rezadas a resultados, precisamente, de la ejecución de dichas contrataciones [...]. Por todo ello, no procediendo la declaración de nulidad radical del contrato, permanecen en vigor los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual establecida de facto, por lo que procede la liquidación del contrato a la que hace referencia la Propuesta de Resolución (art. 35 TRLCSP), habiéndose recibido los suministros farmacéuticos a satisfacción de la Administración y constanding acreditado que el precio pactado no se ha abonado a la contratista. Por ello, la Administración está obligada al pago en base a la relación contractual creada, para impedir su enriquecimiento injusto.

Dicha postura se ha seguido manteniendo en dictámenes recientes como los núms. 80, 81 y 82/2020, reforzando la argumentación respecto a la aplicación de los límites de la potestad de revisión para excluir precisamente la declaración de nulidad, y que cuentan con un voto particular, en el que se entiende que con la revisión de oficio no solo no se vulnera la ley, sino al contrario, se cumple lo que esta establece, lo que aquí se comparte.

La equidad es a mi juicio el fundamento último y la justificación de la excepción que el artículo 110 prevé; en fin, la justicia en el caso concreto en su concepción aristotélica, es decir, en el sentido de criterio de aplicación de las leyes que permite adaptarlas al caso singular, templando su rigor.

Se trata, al fin y al cabo, de atemperar las consecuencias contrarias a diversos principios que podría tener una aplicación estricta y sin matizaciones de la potestad de revisión. Lo que se debe, precisamente, a su carácter a la vez excepcional, pues no olvidemos que en la mayor parte de casos hablamos de actos firmes. No es otra cosa, por tanto, que el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 3.2 del Código Civil⁶⁸.

Precisamente, la naturaleza, el fundamento y la finalidad de los límites de la revisión, en los términos expuestos, condicionan también su propia funcionalidad. Con ello me refiero a si ha de entenderse que la citada figura sirve únicamente para evitar el ejercicio de la potestad de revisión o si, por el contrario, los límites de la misma pueden o, incluso, deben, modularla sin excluirla necesariamente.

Eso es lo que a mi juicio sucede en el artículo 42 de la LCSP, que matiza o modera los efectos de la anulación atendiendo a los límites de la potestad de revisión y buscando la equidad, pues de no hacerlo y entender que la consecuencia de la nulidad implicaría que no se abonase lo realizado, vulneraría, sin duda alguna, esos límites y la equidad a la que responden⁶⁹. Si bien hay quien entiende que precisamente lo que prevé la normativa de contratos al establecer la liquidación es restituir las cosas al estado anterior y borrando los efectos del contrato nulo⁷⁰.

Y aunque es cierto que la norma realmente habla de la restitución *in natura* –en la que consiste, por cierto, la *actio de in rem verso* de la que ya hablaba el profesor Rebollo Puig (1995) en los años noventa del pasado siglo y que se basa en el principio de prohibición de enriquecimiento injusto–, no lo es menos que la regla general que viene operando en la práctica no es esa, sino el pago de la prestación realizada o el bien entregado, por más que en algún supuesto pudiera ser posible esa restitución, por ejemplo, en algún tipo de suministro. Lo que denota nuevamente que lo que se busca es un efecto similar al que se

⁶⁸ Cuando dice que «la equidad deberá ponderarse en la aplicación de la norma».

⁶⁹ En fin, como el propio Tribunal Supremo –FJ quinto de la citada sentencia de 19 de diciembre de 2013 (Ar. 8220), recurso de casación núm. 1240/2002– ha dicho, la equidad, según establece el artículo 3.2 del Código Civil, es un criterio de interpretación e integración extensible a la aplicación de cualquier norma jurídica; un criterio que, según ha subrayado la mejor doctrina, pretende humanizar y flexibilizar la aplicación individualizada de las normas jurídicas cuando el resultado de su estricta observancia, en el contexto de las singulares circunstancias concurrentes, pueda resultar contrario a otros principios o valores del ordenamiento jurídico.

⁷⁰ De esta opinión es Baca Oneto (2006, pp. 359-369).

produciría si el contrato fuera válido. Digo, no obstante, que similar pero no necesariamente idéntico, pues no se trata del pago del precio, ni de la obligación en tal sentido derivada del contrato, pues este se ha declarado nulo, sino de los efectos que de la misma derivan por haberlo establecido así el propio legislador.

Es decir, a mi juicio, el pago al contratista no se ampara ni en la responsabilidad patrimonial, ni en una supuesta convalidación a través del reconocimiento extrajudicial de créditos –como ya he explicado–, sino en los límites a la potestad de revisión que modulan los efectos de la declaración de nulidad, en esta ocasión de forma expresa por el propio legislador. Límites dentro de los cuales, y junto a los principios expresamente recogidos en el artículo 110 de la LPACAP, se encuentran otros como el principio de protección de la confianza legítima⁷¹, la prohibición del enriquecimiento injusto o la continuidad del servicio –muy empleados en el ámbito de la contratación–, y, fundamentalmente, la proporcionalidad, principio que debe guiar toda actuación de la Administración, tal y como prescribe la propia LPACAP.

No obstante, cabe hacer una matización, me refiero a que el propio artículo 42 de la LCSP, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad o la anulabilidad, no solo menciona la restitución, sino también la posible indemnización por daños y perjuicios, lo que hace en los siguientes términos: «La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido».

Por tanto, distingue entre lo que sería la restitución *in natura* o el valor de lo realizado o dado y algún daño que la parte culpable pudiera haber ocasionado a la otra. Esto me lleva a dos cuestiones interesantes, de un lado, a que este segundo tema sí parece encajar en la responsabilidad patrimonial, de otra parte, quién es culpable y qué conceptos pueden ser indemnizables, en particular, me refiero al beneficio industrial.

En efecto, una de las cuestiones más dudosas a mi juicio de este tema es si debe de traerse el beneficio industrial o no al contratista, algo en que tampoco existe unanimidad, ni mucho menos, entre los órganos consultivos. A este respecto, en primer lugar, es preciso recordar que cuando se habla de la restitución o el pago de lo realizado no se refiere, como he dicho, al pago del precio, sino al valor –entiendo que en el mercado–, pues no debe olvidarse que a ese aspecto aluden también las normas de carácter presupuestario

⁷¹ Que este principio es un claro límite a la potestad de revisión es incontestable por más que no se prevea en el artículo 110 de forma expresa. Así lo entiende la doctrina, la jurisprudencia y los órganos consultivos; valgan de ejemplo los dictámenes del Consejo de Estado núms. 219/2013, de 18 de abril, y 536/2014, de 5 de junio; el Dictamen 198/2014, de 16 de junio, del Consejo Consultivo de Galicia; el Dictamen 125/2011, de 16 de septiembre, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares; el Dictamen 645/2012, de 31 de octubre, del Consejo Consultivo de Extremadura; el Dictamen 464/2013, de 26 de diciembre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; el Dictamen 464/2013, de 26 de diciembre, del Consejo Consultivo de Canarias, etc.

analizadas⁷²; cuestión dudosa es si ese valor de mercado incluye o no el beneficio industrial, lo que parece lógico. Sin olvidar que en cuanto a dicho concepto la LCSP lo ha incluido como gran novedad en el artículo 101.2, al regular el valor estimado del contrato, pero sin concretar nada más⁷³.

De otro lado, y en cuanto a esa segunda previsión del artículo 42, es decir, la referente a la indemnización por la parte culpable, a mi juicio, la Administración siempre lo es, al menos en los casos aquí expuestos, es decir, una contratación verbal irregular, no por ejemplo si se trata de un exceso que el contratista lleva a cabo de un contrato válido, que es un supuesto distinto. Mi afirmación deriva de que no debemos perder de vista que hablamos de la nulidad de los actos preparatorios y de adjudicación del contrato, es decir, de actos de la Administración; de otro lado, –y a salvo de supuestos muy excepcionales en que la nulidad pudiera derivar de la falta de capacidad del contratista o de que este incurra en prohibición para contratar, es decir, de la causa prevista en el artículo 39.2 a) de la LCSP⁷⁴, y la Administración no lo hubiera apreciado por haber ocultado o falseado los datos la licitadora–, no parece que pueda quedar excluida la culpabilidad de la parte contratante. Además el supuesto indicado en que claramente existe culpabilidad del contratista, y no de la Administración, no parece que pudiera encajar en una contratación verbal, por el hecho de carecer de procedimiento alguno.

Bien es cierto que el contratista puede ser «cómplice» en el sentido de concedor de la irregularidad de la contratación, pero de ahí imputarle a él la culpabilidad me resulta cuando menos excesivo –con carácter general–; no debe olvidarse que quien es responsable de seguir el procedimiento establecido es la Administración contratante –pudiendo sus autoridades y personal incurrir en distintos tipos de responsabilidad, incluso penal–, y de considerar que hay concurrencia de culpas y, en consecuencia, penalizar a la parte contratada a través de la detracción del beneficio industrial –como puede observarse en diversos dic-

⁷² Que en concreto hablan de que el precio se ajusta al precio de mercado.

⁷³ Concreción que únicamente se viene haciendo por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) (art. 131) en relación con el contrato de obras, y siendo dudoso que dicha previsión pueda extenderse a otros supuestos. A este respecto véanse, por ejemplo, el Informe 50/2008, de 2 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; el Informe 12/2014, de 17 de febrero de 2015, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana; la Resolución 683/2016, de 9 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, o del mismo las resoluciones 159/2016, de 19 de febrero, 827/2018, de 24 de septiembre o 1144/2018, de 17 de diciembre, entre otras.

⁷⁴ Que se refiere en concreto a:

La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.

támenes⁷⁵, surge la duda de si con ello finalmente la que sale beneficiada no es la Administración, pues recibe la prestación mediante una contratación irregular que finalmente le resulta más económica, al ahorrarse el beneficio industrial, pues recuérdese que la propia LCSP prevé este concepto dentro del valor estimado del contrato.

No obstante, solo quiero apuntar el problema y las dudas que presenta, pues no considero sencillo llegar a una conclusión clara, en primer lugar, porque el propio ordenamiento español –a diferencia de otros como el alemán–, y por influencia francesa, no regula ni define con carácter general el enriquecimiento injusto, si bien se ha venido entendiendo como un principio de resultado, es decir, que una de las partes no se vea beneficiada –lo que por otra parte enlaza con lo antes dicho, que es que la equidad es el fundamento último de los límites de la potestad de revisión–, lo que podría llevar a considerar contrario a dicho principio que la Administración infractora salga finalmente beneficiada. Pero, de otro lado, es cierto que pudiera ser dudoso que la restitución o pago del valor incluya beneficio para el contratista; si este es copartícipe de la ilegalidad, quizás lo más adecuado sea, como siempre ocurre con la equidad, acudir a las circunstancias del caso, sin que puedan hacerse afirmaciones apriorísticas.

Así, incluso, podemos encontrar supuestos en que el beneficio industrial se excluye de la restitución o, mejor dicho, del pago del valor de lo realizado o entregado, pero se acaba abonando –con una denominación u otra– por la vía de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al contratista⁷⁶, y sin olvidar incluso la actualización o intereses de demora correspondientes⁷⁷.

⁷⁵ Baste mencionar, entre otros, el citado Dictamen 843/2017 del Consejo de Estado o el 92/2018 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

⁷⁶ Parece ser el caso del Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 279/2015, de 22 de abril cuando afirma que:

La liquidación de los contratos ha de practicarse una vez que la declaración de nulidad adquiera firmeza y el valor de las prestaciones ha de ser calculado precisamente en el momento inicial en que se produjeron los pactos, pues hay que tener presente que, por el carácter originario, estructural e insubsanable de la nulidad, la propia naturaleza de la acción restitutoria determina que el momento de dicho cálculo deba ser el del pacto. Junto a lo anterior, y como ha declarado este Consejo de forma reiterada (por todos, dictámenes 18/1995, 23/1996, 48/1997 y 694/2012), la restitución solo debe comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero sin que quepan los demás resarcimientos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser los contratos nulos, no producen los efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla establecida en el reiterado artículo 35 del TRLCSP, el cual determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan solo los mismos) soportados por quien la efectuó. Con independencia del pago del valor de la prestación realizada, cualquier otra partida habría de ampararse, en su caso, en el inciso final del artículo 35.1, conforme al cual, «la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido».

⁷⁷ A la que se alude, por ejemplo, en el Dictamen 269/2018, de 15 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, al decir que:

5. Conclusión

Tras todo lo expuesto, creo que puede contestarse a la pregunta formulada en el propio título de este trabajo de forma negativa, es decir, en cuanto a la contratación verbal irregular, que se trata sin duda de un tema clásico al que desde antiguo ha prestado atención el propio legislador y la jurisprudencia, no existen soluciones innovadoras en los últimos tiempos, sino quizás un planteamiento particular desde el punto de vista práctico, en el sentido de ser las propias Administraciones las que persiguen revisar esa actuación nula para proceder al pago correspondiente al contratista –que, por otro lado, no es tal desde que se anula el contrato–. Por ello resulta oportuno acudir –como tantas veces– a las instituciones clásicas, a su razón de ser y la finalidad de las mismas, para comprender de forma más adecuada este problema y encontrar soluciones apropiadas a su propia naturaleza.

De este modo, y partiendo para ello de las distintas normas que –desde diversos puntos de vista– tienen incidencia en la materia, a mi juicio, cabe concluir que en la práctica unanimitad de supuestos –y en todos cuando se trata de aplicar la LCSP– a que aquí se ha hecho referencia, concurre una o varias causas de nulidad de pleno derecho, lo que lleva a la obligatoriedad por parte de la Administración de declarar su nulidad –por imperativo establecido en el artículo 106 de la LPACAP–. Se trata de la nulidad de un acto separable que conlleva la del propio contrato y cuyos efectos han sido establecidos por el propio legislador, como por otra parte hacen otras normas sectoriales, valga de ejemplo la LGSS.

Y es que, como ha quedado probado, la supuesta diferencia entre la nulidad y la anulabilidad desde el plano de los efectos *ex tunc* y *ex nunc* no es cierta. Así, la LCSP ha dotado de los mismos efectos a una y otra, pues en sintonía con otros ordenamientos jurídicos –como el francés–, el grado del vicio no determina los efectos de la anulación.

Dentro de los efectos que la LCSP establece pueden indicarse dos tipos, que responden o encajan en instituciones diferentes; me refiero a la liquidación del contrato y la posible indemnización por los daños y perjuicios que la parte culpable puede haber irrígado a la otra.

A mi juicio, tras un análisis de las distintas figuras que de un modo u otro se han venido invocando para dar cobertura a estos efectos: responsabilidad patrimonial, reconocimiento

No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.1 TRLCSP y art. 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con los arts. 1.100, 1.108 y 1.303 del Código Civil, la Administración ha incurrido en mora desde que la interesada presentó la correspondiente factura por la reposición de biondas el 30 de septiembre de 2016, según consta en el expediente, por lo que se considera que el daño se ha producido desde ese momento en el que se exigió el pago con la presentación de la factura y no se abonó el importe por la prestación efectuada. En consecuencia, la cantidad final a indemnizar a [...], en concepto de restitución de la prestación realizada, habrá de incrementarse con los intereses que correspondan desde la fecha en la que dicha empresa exigió el cumplimiento de la obligación de la Administración [el pago] con la presentación de la citada factura.

extrajudicial de créditos, la *actio in rem verso*, el principio de enriquecimiento injusto, etc., puede concluirse que esos efectos no dejan de ser una opción del legislador amparada en los límites de la potestad de revisión, que con carácter general se establecen en el artículo 110 de la LPACAP, aunque incluyen otros principios no ahí invocados expresamente, como es el de protección de la confianza legítima, la prohibición de enriquecimiento injusto, la continuidad del servicio público o el de proporcionalidad.

Sin embargo, estos límites modulan los efectos de la revisión pero no la llegan a excluir, a diferencia de lo que en algún supuesto preveía el TRLCSP, por ello, la obligación de pago no deriva del contrato –que se ha declarado nulo previamente–, sino que surge *ex lege* de la propia previsión de la LCSP. Por ello tampoco la cuantía tiene por qué coincidir con el precio del contrato, sino que ha de responder a esa restitución o, más bien, al valor de lo realizado o entregado. Si bien a ello puede unirse también la indemnización que en caso de otros perjuicios pudiera estimarse oportuna⁷⁸, sin olvidar que el tema del beneficio industrial es cuando menos dudoso, pues el principio de prohibición de enriquecimiento injusto implica que ninguna de las partes obtenga un beneficio patrimonial. Y si bien es cierto que el pago del mismo podría considerarse que implica una ventaja para quien realizó la prestación, no lo es menos que si el mismo no es abonado, la que sale beneficiada es la Administración que, en todo caso, a mi juicio, resulta culpable por más que lo pueda ser también –en concepto de conocedor de la irregularidad– el contratista, pues la propia LCSP prevé dentro del valor estimado del contrato el concepto de beneficio industrial.

Finalmente, cabe indicar que, como se ha visto, el que encaje el problema analizado en una u otra institución conlleva consecuencias no solo de tipo procedimental, sino también en cuando al resultado resarcitorio.

⁷⁸ Valga de ejemplo la ya citada STS de 18 de junio de 2004, recurso de casación núm. 2000/1999, en que el tribunal condena a la Administración al pago no solo de la prestación realizada, sino también al 6 % en concepto de beneficio industrial y a los gastos e intereses por el crédito bancario solicitado para hacer frente al encargo, por estimar que:

El desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración [...]. La urgencia del encargo, puesto que la exposición había de celebrarse en una determinada fecha, no permite apreciar la existencia de mala fe en la parte recurrente, ni que el proceder de la Administración estuviera guiado por un gratuito propósito de eludir el procedimiento de contratación.

Referencias bibliográficas

- Aguado i Cudolà, V. (2017). Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos. *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017. Madrid: INAP.
- Alegre Ávila, J. M. (1993). El derecho de reversión en las expropiaciones legislativas. El caso RUMASA en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *RAP*, 132, pp. 229-263.
- Alegre Ávila, J. M. (2012). La invalidez sobrevenida de los actos jurídicos: inconstitucionalidad sobrevenida e invalidez sobrevenida de los actos administrativos. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 83, 487-503.
- Alegre Ávila, J. M. (2017). Acerca de la invalidez y la ineficacia de los actos jurídicos. [Notas referentes al debate] *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017. Madrid: INAP.
- Arias Rodríguez, A. (2016). Las facturas en el cajón. Recuperado el 26 de febrero de 2019 de <<https://fiscalizacion.es>>.
- Baca Oneto, V. S. (2006). *La invalidez de los contratos públicos*. Navarra: Thomson-Civitas.
- Baño León, J. M.^a. (2016). La eficacia de las sentencias contra la Administración o la claudicación del Estado de Derecho. *REDA*, 177.
- Boto Álvarez, A. (2017). La organización institucional no administrativa en la Ley de régimen jurídico del sector público. En *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado*. Santiago de Compostela: Andavira –Escuela Galega de Administración Pública–Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Boto Álvarez, A. (2018). La determinación administrativa de derechos fundamenta-
- les: autoridades independientes y órganos de resolución de recursos especiales. En R. Punset Blanco y L. Álvarez (Coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*. Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.
- Cano Campos, T. (2017). El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse. En F. López Ramón y F. Villar Rojas (Coords.), *El alcance de la invalidez en la actuación administrativa*. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Madrid: INAP.
- Cano Campos, T. (2018). La invalidez de los contratos y su control. En A. Huelgo Lora (Coord.), *Nuevas perspectivas en la defensa de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas. I Seminario Internacional de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*. Madrid: Iustel.
- Chinchilla Marín, C. (1993). Nulidad y anulabilidad. En J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón. *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid: Tecnos.
- Delgado Echevarría, J. (2003). Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad. *Derecho Privado y Constitución*, 17.
- Delgado Pinto, J. (1990). Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas. *DOXA*, 7.
- Díez-Picazo Jiménez, L. M.^a. (1990). *La derogación de las leyes*. Madrid: Civitas.
- Díez Sastre, S. (2018). La invalidez de los contratos públicos. En J. M.^a Gimeno Feliú (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Navarra: Thomson Reuters.

- García Luengo, J. (2002). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid: Civitas.
- García Luengo, J. (2016). *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo. Un estudio sobre el artículo 48.2 de la Ley 39/2015*. Madrid: lustel.
- González Sanfiel, A. M. (2017). Límites de la declaración de nulidad del planeamiento. En F. López Ramón y F. Villar Rojas (Coords.), *El alcance de la invalidez en la actuación administrativa*. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Madrid: INAP.
- Guastini, R. (2001). Cinco observaciones sobre validez y derogación. *Discusiones*, 2.
- Leiva Escudero, G. (2019). Procedimiento adecuado para el pago por la ejecución de un contrato público nulo. Especial referencia a la indebida utilización del reconocimiento extrajudicial de créditos. *Actualidad Administrativa*, 3.
- Martínez Fernández, J. M. (2016). *Contratación pública y transparencia*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.
- Menéndez Sebastián, E. M.^a (2019). *Los límites a la potestad de revisión*. Navarra: Thomson Reuters.
- Moreo Marroig, T. (2018). Reconocimiento extrajudicial de crédito. El art. 60.2 del Decreto 500/1990, de 20 de abril, ¿bálsamo de Fierabrás de la contratación irregular? *El Blog de esPúblico*. Recuperado el 23 de marzo de 2019 de <www.administracionpublica.com>.
- Quadra-Salcedo, T. de la (1999). La revisión de los actos y disposiciones nulos y anulables y la revocación de actos. *Documentación Administrativa*, 254-255.
- Rebollo Puig, M. (1995). *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*. Madrid: Marcial Pons.
- Rebollo Puig, M. (2009). La nulidad en Derecho Administrativo (consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad de los derechos fundamentales). *Justicia Administrativa*, 44.
- Rebollo Puig, M. y Carbonell Porras, E. (2018). La revisión de oficio. En M. Rebollo Puig y D. J. Vera Jurado (Dir.), *Derecho Administrativo*. Tomo II. (3.^a ed.). Madrid: Tecnos.
- Sánchez Morón, M. (2018a). El retorno del derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 206, 37-66.
- Sánchez Morón, M. (2018b). *Derecho Administrativo. Parte General*. (14.^a ed.). Madrid: Tecnos.
- Santamaría Pastor, J. A. (1975). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*. (2.^a ed.). Madrid: IEA.
- Tardío Pato, J. A. (2017). El mito de los efectos *ex nunc* de la anulación por anulabilidad. En F. López Ramón y F. Villar Rojas (Coords.), *El alcance de la invalidez en la actuación administrativa*. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017. Madrid: INAP.
- Trouilly, P. (2015). Le code des relations entre le public et l'administration, clarifications, simplification, innovations. *Les Cahiers de la Fonction Publique*, 361, 22-45.
- Trouilly, P. (2016). Le code des relations entre le public et l'administration. *RFDA*, 1.



La configuración del derecho de huelga en España: especial atención al esquirolaje «tecnológico»

Elena Criado Martos

*Becaria en el Ministerio de Educación
Máster en Abogacía. URJC-ICAM
Graduada en Derecho y Ciencias Políticas
y de la Administración Pública. UAM*

Extracto

El presente artículo es la elaboración de un estudio jurisprudencial cuyo objeto es conocer la figura del esquirolaje «tecnológico» dentro del ámbito del derecho a huelga. Este fenómeno de reciente aparición y ligero estudio ha provocado que los distintos tribunales varíen sus decisiones y que no haya una línea clara de lo que es y de lo que supone. Se analizarán cuestiones en relación con los límites del derecho a la huelga, las modalidades de esquirolaje, con especial referencia al «interno» y al «tecnológico», su estudio jurisprudencial, la importancia de las nuevas tecnologías en el trabajo y su afectación a la huelga y los cauces de acción jurídica de los trabajadores. Todo ello de conformidad al marco legal y jurisprudencial existente en España. Como conclusión, observaremos la inseguridad jurídica que existe en torno a esta figura.

Palabras clave: derecho de huelga; esquirolaje «interno»; esquirolaje «tecnológico»; tecnología.

Fecha de entrada: 20-11-2019 / Fecha de aceptación: 27-12-2019

Cómo citar: Criado Martos, E. (2020). La configuración del derecho de huelga en España: especial atención al esquirolaje «tecnológico». *Revista CEFLegal*, 232, 119-146.



The configuration of the right to strike in Spain: special attention to «technological» schirolage

Elena Criado Martos

Abstract

This article is the elaboration of a jurisprudential study whose purpose is to know the figure of «technological» schirolage. This is a phenomenon of recent appearance and slight study that has caused that the different courts vary their decisions. There is no clear line of what it is and what it entails. Issues will be analyzed in relation to the limits of the right to strike, the modalities of schirolage, with special reference to the «internal» and the «technological», their jurisprudential study, the importance of new technologies at work and their impact on strike and the channels of legal action of the workers. All this in accordance with the legal and jurisprudential framework existing in Spain. In conclusion, we will observe the legal uncertainty that exists around this figure.

Keywords: right to strike; internal schirolage; technological schirolage; technology.

Citation: Criado Martos, E. (2020). La configuración del derecho de huelga en España: especial atención al esquirolaje «tecnológico». *Revista CEFLegal*, 232, 119-146.



Sumario

1. Sobre los límites del derecho a la huelga
 2. Sobre el esquirolaje. Definición y modalidades. Especial referencia al esquirolaje «interno»
 3. Sobre el esquirolaje «tecnológico». Definición, situaciones, regulación normativa y evolución jurisprudencial
 - 3.1. Definición y tipología. Situaciones amparadas
 - 3.2. Ausencia de regulación legal
 - 3.3. Confrontación de intereses
 - 3.4. Evolución jurisprudencial, ¿existe evolución?
 - 3.5. Sobre la necesidad de regular el esquirolaje «tecnológico»
 4. ¿Puede la tecnología suplir a los trabajadores huelguistas?
 5. Cauce de acción de los trabajadores
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Sobre los límites del derecho a la huelga

En el ordenamiento español el derecho a la huelga se regula en el capítulo II, sección 1.^a de la Constitución¹ (en adelante, CE), artículo 28.2, configurándose de esa forma como un derecho fundamental. El artículo «reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses» y añade, seguidamente, que «la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Sin embargo, no se ha producido un desarrollo a través de ley orgánica del precepto, siendo el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo², sobre relaciones de trabajo (en adelante, RDLRT), una norma preconstitucional, el instrumento normativo que fija la regulación del derecho a huelga y tipifica las conductas que lo limitan. A ello hay que sumarle la interpretación que el Tribunal Constitucional ha ido realizando tanto de los preceptos del RDLRT como de las situaciones novedosas que han ido ocurriendo en la realidad social y que han precisado una solución jurídica que el RDLRT no contempla.

En este sentido, el RDLRT tuvo que ser adaptado por la STC 11/1981³, después de que esta declarara inconstitucional algunos de sus preceptos. Ni la CE ni el RDLRT indican una definición clara del derecho a huelga ni de su contenido básico o límites. El artículo 7.1 del real decreto señala que la huelga se realiza «mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias». A su vez, la STC⁴ antes citada expone que la huelga tiene la siguiente función:

Legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos.

La misma sentencia aclara que el derecho de huelga es un derecho subjetivo en cuanto a su titularidad y colectivo en cuanto a su ejercicio, es decir, sus titulares son los trabajadores en cuanto personas, pero para su ejercicio se requiere una declaración colectiva (Alfonso Mellado, 2016).

¹ Constitución española, 1978. BOE núm. 311.

² Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58.

³ STC de 8 de abril de 1981 (núm. 11/1981).

⁴ Ídem, FJ 9.º

Por lo tanto, el derecho a huelga se puede definir como un derecho fundamental cuya titularidad poseen los trabajadores, que se ejercita de forma colectiva y se configura como una medida de conflicto colectivo, en tanto en cuanto es un instrumento de autotutela de los trabajadores consistente en la cesación de prestación de servicios, sin ocupación del centro de trabajo o sus dependencias, en aras de la defensa de los intereses socioeconómicos de los trabajadores en contraposición de los de los empresarios o autoridad laboral.

Dicho lo cual, y aun tratándose de un derecho fundamental, el derecho a la huelga tiene limitaciones. Limitaciones que, como señala la STC 183/2006, «nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección» y, en todo caso, deben justificarse en el respeto de otros derechos, libertades o exigencias de orden público⁵.

El artículo 7.2 del RDLRT proscribire las huelgas rotatorias, es decir, aquellas que realizan de modo sucesivo diferentes unidades productivas dentro de una empresa; las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo; las de celo o de reglamento, es decir, aquellas huelgas que consisten en el cumplimiento estricto del convenio o normativa laboral; y, en fin, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga se considerarán actos ilícitos o abusivos.

Por otro lado, se consideran ilegales las huelgas de carácter político (art. 11.a RDLRT), es decir, aquellas que se inicien o se sostengan «por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados», las de carácter extralaboral, las de solidaridad o de apoyo (art. 11.b RDLRT) y las que pretendan alterar un convenio colectivo o lo establecido en un laudo (art. 11.c RDLRT) o contravengan normas legales (Montoya Melgar, 2013, pp. 5-6) (art. 11.d RDLRT).

El segundo límite o restricción al derecho a la huelga lo encontramos dentro de aquellos servicios que se consideran esenciales para la comunidad. El artículo 28.2 de la CE expone que «la Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

Este límite es señalado por abundante jurisprudencia⁶, la propia STC 11/1981⁷ señala la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad, es decir, se garantiza una serie de prestaciones vitales en detrimento del derecho a la huelga.

⁵ STC de 19 de junio de 2006 (núm. 183/2006).

⁶ SSTC de 24 de abril de 1986 (núm. 51/1986), FJ 2.º; 5 de mayo de 1986 (núm. 53/1986), FJ 3.º; 3 de febrero de 1989 (núm. 27/1989), FJ 1.º; 15 de marzo de 1990 (núm. 43/1990), FJ 5.º, y 29 de abril de 1993 (núm. 148/1993), FJ 5.º

⁷ STC de 8 de abril de 1981 (núm. 11/1981), FJ 7.º y 9.º

Dicho lo cual, cabe explicar qué se entiende por servicio esencial de la comunidad. Pues bien, el Tribunal Constitucional⁸ ha entendido que conforman el núcleo de servicio esencial para la comunidad aquellas «actividades industriales y mercantiles de las que derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad». También señala que «no existe, a priori, ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial»⁹:

Solo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes o intereses exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y con la intensidad que lo exija, puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma¹⁰.

Por lo tanto, se debe analizar caso por caso la posible existencia de la prestación de un servicio esencial dentro de la empresa en que se produce la huelga para que se garantice su mantenimiento a través de medidas precisas, es decir, «para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal» (Mercader Uguina, 2016, pp. 804-805).

Pero ¿quién es el encargado de asegurar el mantenimiento de los «servicios esenciales»? El artículo 10.2 del RDLRT¹¹ le otorga esa misión a la autoridad gubernativa, a través de la declaración de servicios mínimos.

En un primer momento la autoridad gubernativa debe declarar por real decreto la esencialidad de un sector económico o empresa. Cualquier huelga que se produzca o vaya a producirse en estos ámbitos deberá tener en cuenta el establecimiento de unos servicios mínimos que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales. Dentro de una empresa o sector de actividad económica deben ser identificados las prestaciones particulares que deben mantenerse para conocer la intensidad y número de trabajadores que deben hacerse cargo de ellas.

Para decidir caso por caso, la autoridad gubernativa puede abrir un periodo de consultas y negociación con los representantes de los huelguistas o los propios interesados, sin

⁸ STC de 17 de julio de 1981 (núm. 26/1981).

⁹ SSTC de 17 de julio de 1981 (núm. 26/1981) y 29 de abril de 1993 (núm. 148/1993).

¹⁰ STC de 29 de abril de 1993 (núm. 148/1993), FJ 5.º

¹¹ Artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58:

Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas.

embargo, tal como muestra la línea seguida por el Tribunal Constitucional¹², este periodo no es obligatorio. Es decir, la decisión de la autoridad gubernativa será válida, aunque no se abra ese periodo de consultas, si bien es lo deseable.

Como antes se ha señalado, la declaración de esencialidad de los servicios debe justificarse y esta justificación debe hacerse teniendo en cuenta otros bienes o derechos constitucionales. La autoridad gubernativa ponderará estos y el derecho a huelga teniendo en cuenta el ámbito territorial donde se vaya a desarrollar la huelga, el ámbito personal, duración y demás circunstancias que pudieran ser relevantes.

Los servicios mínimos no pueden comprender una cantidad tal de trabajadores o de intensidad en el servicio que suponga un nivel de rendimiento igual en la empresa que un día en el que no haya huelga, ni puede significar la prestación de servicios en su totalidad aunque se trate de un servicio esencial para la comunidad, pues lo contrario supondría una vulneración del derecho de huelga. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia constitucional¹³:

De modo que la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal».

Los servicios mínimos son determinados por las empresas u órganos de la administración, encargados de prestar el servicio de que se trate. Tras oír a los representantes de los trabajadores, se determina el número de trabajadores necesarios que habrán de prestar el servicio y los puestos de trabajo que habrán de estar operativos. Después, es la propia dirección del servicio o la autonomía colectiva la que deciden las medidas acordadas para cada supuesto concreto de huelga. Los trabajadores que deban encargarse de los servicios mínimos se deben elegir sin ningún tipo de discriminación y teniendo en cuenta a aquellos que no quieran sumarse a la huelga en primer lugar. De ese modo, se respeta al máximo el ejercicio de la huelga. No obstante, si no se dispone de trabajadores no huelguistas suficientes, se deberán ocupar de los servicios mínimos los demás trabajadores y estos están obligados a realizarlos. Aun cuando los trabajadores designados estén en contra de los servicios mínimos que se hayan designado por ser estos excesivos o injustificados, deben prestar el servicio (Torrente Gari, 1992, p. 22).

¹² STC de 24 de abril de 1986 (núm. 51/1986).

¹³ SSTC de 17 de julio de 1981 (núm. 26/1981), FJ 10.º; 5 de mayo de 1986 (núm. 53/1986), FJ 3.º, y 3 de febrero de 1989 (núm. 27/1989), FJ 1.º

De no cumplirse las medidas que hayan sido tomadas en relación con los servicios mínimos, el artículo 6.5 del RDLRT¹⁴ otorga la posibilidad al Gobierno de sustituir a los huelguistas por otros trabajadores, por militares e, incluso, podrá recurrir a un arbitraje obligatorio¹⁵.

Las consecuencias para los trabajadores que, aun siendo designados para realizar servicios mínimos, no los realicen no son nimias, puesto que incurren en una causa de sanción, e incluso despido, y permiten a la empresa proceder a contratar a trabajadores ajenos a ella de forma legal, es decir, se daría un supuesto de esquirolaje «externo» permitido por el ordenamiento¹⁶. Así lo manifiesta el artículo 33 k) del RDLRT al indicar que son causas justas de despido disciplinario:

La negativa, durante una huelga, a la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuera precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa.

El último de los límites que se van a analizar en el presente supuesto es el relativo al esquirolaje. A continuación, se analizará de forma detallada tanto su definición como sus tipos.

2. Sobre el esquirolaje. Definición y modalidades. Especial referencia al esquirolaje «interno»

Tradicionalmente se ha entendido el esquirolaje como la práctica realizada por el empresario consistente en la sustitución de los trabajadores huelguistas al tiempo de declararse la huelga por trabajadores contratados no vinculados a la empresa (Alfonso Mellado, 2016, p. 667). Existen varias modalidades: el «externo», que se concreta en la prohibición de contratar temporalmente trabajadores que no estaban vinculados a la empresa en el momento de comunicarse la huelga, extendiéndose a la contratación indirecta, a través de empresas de trabajo temporal. El «interno», que consiste en que el empresario movilice funcional o geográficamente a otros trabajadores de la misma empresa para que realicen las tareas de los huelguistas. Y, finalmente, el «tecnológico», que consiste en continuar prestando servicios a los clientes mediante la sustitución de los trabajadores por medios mecánicos o automáticos (Montoya Melgar, 2016).

¹⁴ Artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58:

En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo.

¹⁵ Artículo 10.1 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58

¹⁶ Artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58

Esta práctica se encuentra prohibida por el artículo 6.5 del RDLRT:

En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número 7 de este artículo.

No obstante, esta prohibición se puede saltar en dos casos, tal como señala el citado artículo refiriéndose a la obligación de garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad y en el caso que expone el artículo 10 del RDLRT¹⁷, es decir, cuando se tengan que garantizar los servicios mínimos esenciales. Y solo en cuanto sea necesario para cubrir estos servicios (Alfonso Mellado, 2016).

En realidad, el tipo de esquirolaje prohibido que muestra el RDLRT es el denominado «externo», es decir, aquel en el que la sustitución de los huelguistas se produce por personal externo a la empresa. Ese concepto de personal externo también incluiría la contratación (subcontrata) de otras empresas y los empleados de estas para sustituir al personal huelguista¹⁸. En el mismo sentido el artículo 8 a) de la LETT¹⁹ prohíbe a las empresas celebrar contratos de puesta a disposición para sustituir trabajadores en huelga en la empresa usuaria. Otras situaciones que la jurisprudencia ha entendido que caben dentro del esquirolaje «externo» y, por tanto, vulneran el derecho de huelga son, a modo de ejemplo, contratar con otras empresas para que presten servicios de refuerzo durante la huelga o acudir a trabajadores que pertenecen a sociedades que se encuadran dentro del mismo grupo que la afectada por la huelga²⁰.

El incumplimiento empresarial de la prohibición de esquirolaje «externo» se considera una infracción muy grave por el artículo 8.10 de la LISOS²¹.

El esquirolaje «interno» se produce cuando se sustituye a los trabajadores huelguistas por otros trabajadores que ya se encuentran vinculados a la empresa en que se produce

¹⁷ Artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58:

Quando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas.

¹⁸ STS de 11 febrero de 2015 (rec. núm. 95/2014), FJ 8.º

¹⁹ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. BOE núm. 131.

²⁰ STS de 25 de enero de 2010 (rec. núm. 40/2009).

²¹ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

la huelga al momento de la declaración de esta²². Tanto el artículo 6.5 del RDLRT, al definir el esquirolaje, como el artículo 8.10 de la LISOS, al definir como infracción muy grave la práctica de este, solo tienen en cuenta el esquirolaje «externo» pero no el que se trata ahora. Como se comentaba al principio con los límites de la huelga y los servicios esenciales, en este punto se produce también un choque de intereses. Por una parte, los huelguistas quieren y tienen un interés en que la huelga sea efectiva para presionar al empresario o autoridad laboral, por otro parte, estos querrán mantener su actividad empresarial y para ello puede hacer uso legítimo del *ius variandi* (Leal López, 2015, pp. 14-21).

El *ius variandi* es el poder de dirección que un empresario tiene sobre las condiciones de trabajo, lo cual conlleva el poder de modificar, respetando los límites legales, esas condiciones de forma legítima. Estos cambios sobrepasan los límites fijados en los elementos del contrato de trabajo (Román de la Torre, 1992, pp. 96-110) y son decididos por el empresario de forma unilateral.

Estos dos intereses contrapuestos, el de huelguistas y empresarios, entran en conflicto, y para conocer hasta qué punto el *ius variandi* empresarial puede incluir la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros ligados a la empresa y analizar si esto menoscaba o no el derecho a la huelga se debe acudir a la jurisprudencia, concretamente a la STC de 28 de septiembre de 1992 (núm. rec. núm. 123/1992), que va a ser clave al respecto.

En la citada sentencia el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por el comité de empresa de una compañía envasadora, Loreto, SA, alegando vulneración del derecho a huelga del artículo 28.2 de la CE de los trabajadores. Lo que ocurrió fue que se declaró un día de huelga en la empresa y esta solo fue secundada por los trabajadores fijos discontinuos, mientras que los fijos no se adhirieron. El empresario utilizó entonces a estos (que voluntariamente aceptaron) para cubrir los puestos de aquellos, aun cuando ambos grupos pertenecían a grupos profesionales distintos. De esa forma, la actividad empresarial ese día de huelga fue prácticamente normal. El Tribunal Constitucional admitió el recurso y otorgó el amparo, entendiendo que se había producido una lesión del derecho fundamental a la huelga y sentando doctrina respecto a la prohibición del esquirolaje «externo».

En primer lugar, el Tribunal Constitucional realiza una síntesis que confronta la situación de excepcionalidad de la huelga con la capacidad empresarial de movilidad geográfica y funcional, señalando que estas últimas tienen su sentido de ser en situaciones de normalidad, no cuando se produzca algún conflicto. Continúa relatando la función de protección o tuitiva del derecho a la huelga:

Esa paralización parcial o total del proceso productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite

²² STC de 21 de marzo de 1984 (núm. 41/1984), FJ 3.º

las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria. La finalidad última de tal arma que se pone en manos de la clase trabajadora es el mejoramiento de la defensa de sus intereses²³.

Y, finalmente, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la preeminencia del derecho de huelga sobre el *ius variandi* empresarial:

La preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario²⁴.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que la utilización de trabajadores ligados con la empresa para sustituir a los huelguistas es una práctica ilegal de esquirolaje:

En definitiva, la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo. En tal sentido, atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga²⁵.

El Tribunal Constitucional dejó claro desde ese momento que, aunque el artículo 6.5 del RDLRT solo contemple como prohibición el denominado esquirolaje «externo», tampoco es una práctica legal el «interno». A partir de esta sentencia surgieron muchas otras que tomaron la misma senda seguida por el Tribunal Constitucional. De esta forma, cabe mencionar la STC de 28 de marzo de 2011 (rec. núm. 33/2011)²⁶ resolviendo un recurso de amparo interpuesto por don E. A. C. contra el diario ABC basado en la vulneración del artículo 28.2 CE. En este caso fueron los directivos del diario ABC los que, en vista de que prácticamente la totalidad de la plantilla secundó la huelga, realizaron actividades que no les son propias y editaron los periódicos con el fin de que la actividad productiva de ese día no se viera gravemente perjudicada. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo al demandante, pronunciándose de esta manera:

²³ STC de 28 de septiembre de 1992 (núm. 123/1992), FJ 2.º

²⁴ Ídem, FJ 5.º

²⁵ Ídem.

²⁶ STC de 28 de marzo de 2011 (núm. 33/2011), FJ 4.º

La «sustitución interna» de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo.

De nuevo se contempla la idea de que el *ius variandi* empresarial cede en nombre del derecho a huelga cuando los trabajadores no huelguistas realizan actividades distintas a las asignadas en su grupo profesional. De igual manera se han pronunciado los tribunales superiores de justicia²⁷.

La línea jurisprudencial que se sigue y que se encuentra consolidada es, por tanto, la de entender que la movilidad funcional vertical consistente en atribuir la realización de tareas de un grupo profesional a trabajadores que pertenecen a otro grupo, utilizada el día de la huelga, atenta contra el derecho a esta de los trabajadores huelguistas. Ello es así porque constituye un ejercicio abusivo de la potestad empresarial que hace que se produzca un vaciamiento del derecho de huelga y se minoren sus efectos²⁸. El *ius variandi* se convierte en abusivo cuando se utiliza con el fin de desactivar la presión producida por la huelga, es decir, cuando se hace uso de esa potestad no como medida objetiva necesaria para la buena marcha de la empresa (Mercader Uguina y Gorerlich Peset, 2018, pp. 5 y 705).

Pero no solo la movilidad funcional vertical menoscaba el derecho a huelga, puesto que la jurisprudencia también ha entendido que la realización de tareas diferentes (aun no siendo propias de otros grupos profesionales) a las que se realizan habitualmente en un día de huelga por los trabajadores que no la secundan puede ser constitutivo de un esquirolaje «interno» ilícito.

En este sentido se pronuncia la STS de 3 de junio de 2012²⁹. En el supuesto que resuelve ocurrió que Renfe sustituyó a un maquinista que secundó la huelga por otro que no

²⁷ Entre otras, véanse STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 1999 (AR 1471) y STSJ de Andalucía de 16 de diciembre de 1992 (rec. núm. 2609/1992).

²⁸ STS de 5 de diciembre de 2012 (rec. núm. 265/2011), FJ 3.º:

El efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los trabajadores [...] [que] cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial.

²⁹ STS de 3 de junio de 2012 (rec. núm. 9294/2012).

aparecía dentro de los convocados para suplir los servicios mínimos. El Tribunal Supremo declaró vulnerado el derecho a la huelga puesto que entendió que la sustitución se produjo con el mero fin de minorar los efectos de la huelga.

En síntesis, se pueden sacar las siguientes conclusiones respecto al esquirolaje «interno».

- El ejercicio del *ius variandi* empresarial encuentra su sentido en situaciones normales en la empresa, no en situaciones excepcionales como la que se produce en un día de huelga.
- La preeminencia del derecho a la huelga de los trabajadores sobre esta facultad de *ius variandi*, ya que se entiende que al utilizar esta potestad en día de huelga lo que se pretende es desactivar o disminuir los efectos de la huelga, privando a esta de sentido. De modo que los trabajadores no huelguistas que realicen tareas diferentes a las que realizan habitualmente, bien por imposición del empresario, bien por decisión propia, están incurriendo en una conducta de esquirolaje «interno» prohibida.

3. Sobre el esquirolaje «tecnológico». Definición, situaciones, regulación normativa y evolución jurisprudencial

3.1. Definición y tipología. Situaciones amparadas

Una vez analizado el supuesto en relación con la modalidad de esquirolaje «interno», a continuación se explicará qué se entiende por esquirolaje «tecnológico» y su regulación legal.

El esquirolaje «tecnológico» se define como la sustitución de trabajadores huelguistas a través de medios técnicos o tecnológicos. En este caso, ya no se trata de sustituir a los trabajadores huelguistas por personal externo a la empresa o por propios trabajadores de esta no huelguistas, sino que entra otro elemento, el tecnológico, compuesto de máquinas, instrumentos y herramientas preprogramadas. Sin embargo, «todos los tipos de esquirolaje tienen en común la intención de sustituir el esfuerzo productivo de los huelguistas» (Fernández Domínguez, 2018, p. 62). Este tipo de esquirolaje también es denominado «virtual» (Mercader Uguina, 2016, p. 852) y tiene lugar, especialmente, en cadenas de televisión, programas radiofónicos o cadenas de montaje durante los días en que se ha convocado una huelga. En el sector de la radiotelevisión ha sido común la utilización de programas automáticos de emisión de contenido pregrabado. En la prestación de servicios por internet también pueden utilizar medios algorítmicos que no precisen de una persona que los haga funcionar, en fábricas de trabajo en cadena se utilizan máquinas que hagan el trabajo autónomamente... de tal modo que, este tipo de esquirolaje puede tener cabida en más empresas o entidades de las que *a priori* se pudiera imaginar.

El concepto que se le otorga a esta modalidad de esquirolaje no es preciso, puesto que no está claro cómo una máquina puede sustituir a un trabajador en caso de huelga. Además, la utilización de recursos tecnológicos durante un día de huelga puede que tenga el fin de mantener una producción aceptable y no se utilicen para sustituir a los huelguistas. Por lo tanto, *a priori*, no se puede tomar la definición como un concepto unívoco, pudiendo clasificarse las diferentes conductas tal como lo hace Fernández Domínguez (2018).

En primer lugar, tenemos una situación donde los huelguistas son sustituidos mediante la utilización de máquinas que ya tenía la empresa en su poder y utilizándose los procedimientos habituales de realización de tareas con dichas máquinas. Estos casos no parece que contengan una situación de esquirolaje, puesto que se utilizan las máquinas que se utilizan normalmente y de la misma forma que en un día sin huelga. No obstante, se podría llegar a vulnerar el derecho de huelga si se vacía de contenido.

En segundo lugar, nos podemos encontrar con una situación en la que se utilizan medios tecnológicos con los que ya contaba la empresa, aunque no se utilizaran con asiduidad, usados con un procedimiento distinto al habitual y solo por ser día de huelga. En estos casos se aprecia un intento objetivo de sustituir a los trabajadores huelguistas y son ejemplos claros que pueden configurarse como esquirolaje «tecnológico», que violan el derecho a la huelga.

En tercer lugar, hay casos que se pueden definir como esquirolaje «mixto», puesto que confluyen alguno de los dos tradicionales («externo» e «interno») con el «tecnológico». Estos casos se caracterizan por la utilización de algún aparato tecnológico o máquina por parte de trabajadores no huelguistas. La licitud o no de la *conducta* dependerá de si los trabajadores son contratados *ad hoc* para la realización de esa conducta o si son trabajadores de la propia empresa, y dependerá de si realizan las funciones propias de su puesto y que vienen realizando de forma habitual o no, siendo este último caso el que constituiría una actuación ilícita.

En cuarto lugar, se puede producir una situación de esquirolaje «automático» en la cual la sustitución de trabajadores huelguistas se realiza mediante máquinas que no precisan de un trabajador que las active, puesto que funcionan con algoritmos preestablecidos que funcionan de forma automática. Habrá que estar a la intencionalidad del empresario y al efecto que produzca sobre la huelga para analizar si fuese lícito o no su utilización.

En quinto lugar, se encuentran situaciones de esquirolaje «previo o diferido», en el que la autoridad, con anterioridad a la huelga, pero sabiendo que va a ocurrir, encarga a trabajadores que no van a secundarla que tomen las medidas técnicas oportunas para que el día de la huelga la maquinaria funcione, de modo que dicho día se pueda mantener un nivel de producción lo más normal posible. Hay que ir caso por caso para conocer si se ha producido una vulneración del derecho a huelga, teniendo en cuenta variables tales como si son tareas habituales de los trabajadores, el fin de la medida, etc.

En sexto y último lugar, se puede imaginar una situación en la que se produzca un esquirolaje posterior, consistente en que la empresa refuerce la actividad con medios tecnológicos para recuperar la producción perdida el día de la huelga.

3.2. Ausencia de regulación legal

En cuanto a la regulación legal de este tipo de esquirolaje hay que decir que es inexistente. En el RDLRT³⁰ solo se menciona, tal como se vio más arriba, el esquirolaje más tradicional, el «externo». Parece lógico que una norma de 1977 no haya regulado al respecto teniendo en cuenta que la sustitución de trabajadores huelguistas por medios técnicos es una situación moderna que tiene su razón de ser en el desarrollo de las tecnologías. Este tipo de comportamiento puede entenderse prohibido por un precepto de la LET³¹ que menciona el deber de buena fe contractual, que obliga a no abusar de los poderes de dirección. Sin embargo, este precepto no aclara más.

Esta ausencia de regulación legal hace que sea aún más complicado analizar un supuesto de hecho que encaje con esta situación y haya que acudir a los tribunales para conocer la interpretación que han ido haciendo de este problema. Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional son clave para conocer el esquirolaje «tecnológico». Aunque se analizará más adelante, hay que adelantar que ni siquiera la jurisprudencia cuenta con una línea clara y definida sobre las situaciones que pueden vulnerar el derecho a la huelga y las que no, por lo que habrá que ir caso por caso para apreciarlas.

3.3. Confrontación de intereses

Las situaciones que comprende el esquirolaje «tecnológico» siempre tiene que ver con la utilización de máquinas o medios técnicos para realizar las funciones propias de los huelguistas. Medios técnicos que pueden pertenecer o no a la empresa con anterioridad al momento de convocatoria de la huelga. Por ello surge una duda si se realiza un paralelismo con el esquirolaje «interno»; si el *ius variandi* de la autoridad estaba limitado por el derecho a huelga, prevaleciendo este último, puesto que se entiende que este está pensado para situaciones no excepcionales, ¿se puede entender como abusiva la utilización de medios técnicos en una situación excepcional de huelga?

La respuesta es afirmativa, aunque no se encuentre prohibida de forma expresa en ninguna norma legal, pues si acudimos al artículo 28.2 de la CE, que entiende el derecho a

³⁰ Artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. BOE núm. 58.

³¹ Artículo 20.2 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. BOE núm. 255.

huelga como un derecho fundamental, entenderemos que cualquier actuación que lo vulnere se entiende como abusiva. El empresario podrá utilizar los medios de que disponga para mantener la productividad en relación con el número de trabajadores que no secunden la huelga y con las funciones que les sean propias. Tal como sucedía con el esquirolaje «interno», habrá que fijarse en factores como «el trabajo preparatorio o previo a la huelga, las instrucciones a los trabajadores no huelguistas, la habitualidad de las actuaciones realizadas, y sobretodo, el objetivo perseguido con las prácticas o actitudes de los empresarios» (Leal López, 2015, p. 30).

En fin, aquellas conductas que tengan por objeto mermar la efectividad de la huelga o vaciar de contenido el derecho socavarán el derecho a la huelga.

3.4. Evolución jurisprudencial, ¿existe evolución?

Si en los textos legales no hay ninguna referencia al esquirolaje «tecnológico», hemos de acudir a la jurisprudencia para ver cómo se ha delimitado y definido.

Hasta el año 2000 no existe jurisprudencia específica que se refiera concretamente al fenómeno del esquirolaje «tecnológico». Es en la STS de 4 de julio de 2000³² donde por primera vez se resuelve un recurso presentado por la representación unitaria de la empresa Catalunya Radio SRG, después de que la empresa transmitiera programación en horas de parón por la huelga utilizando grabaciones pregrabadas y automáticas.

Para resolver el caso, el Tribunal Supremo se basa en el artículo 6.5 del RDLRT explicando que lo que prohíbe este precepto es la sustitución de trabajadores huelguistas por otros trabajadores externos y que, de forma análoga, la jurisprudencia ha entendido la prohibición también en casos de sustitución de trabajadores huelguistas por no huelguistas dentro de la misma empresa (esquirolaje «interno»). Lo que no prohíbe, continúa explicando, «es la utilización por parte del empresario de los medios técnicos de los que habitualmente se dispone en la empresa para atenuar las consecuencias de la huelga».

Al mismo tiempo, el tribunal señala que el empresario no está obligado a colaborar con la huelga ni con la efectividad de esta. Y, en fin, indica que los medios técnicos utilizados no estaban prohibidos por la normativa y, por lo tanto, no se había producido un esquirolaje ilícito.

De esta forma, por primera vez se pronunciaba el Tribunal Supremo de manera directa sobre el esquirolaje «tecnológico», sentando una doctrina de desprotección del derecho de

³² STS de 4 de julio de 2000 (rec. núm. 6289/2000).

huelga en estos casos. Al no estar prohibida la utilización de medios tecnológicos en huelga para la sustitución de huelguistas, se entiende lícita la utilización de estos aun cuando repercutan negativamente en los efectos de la huelga.

Siguiendo esta estela se encuentra la STS de 15 de abril de 2005³³, que aparte de hacer hincapié en la idea de que la utilización de medios tecnológicos en huelga no es una conducta prohibida, también reitera la idea de que el empresario no está obligado a colaborar para que la huelga sea efectiva. A este respecto, indica textualmente que:

Este derecho garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello. No asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial³⁴.

Esta es la línea seguida por el Tribunal Supremo hasta mediados de los años 2000, momento en el cual el Tribunal Constitucional dio un giro importante al respecto. El Tribunal Constitucional entendió que la utilización de medios tecnológicos por parte del empresario en día de huelga podía suponer una práctica abusiva e ilícita al contrarrestar los efectos de la huelga. De esta forma, nos encontramos con la STC de 19 de junio de 2006, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por UGT y Gestevisión Telecinco contra el real decreto de servicios mínimos que establecía las normas para fijar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión. El Tribunal Constitucional otorga el amparo, pues entiende que la emisión de una programación pregrabada y emitida el día de la huelga es innecesaria y no puede incluirse dentro de servicio esencial, puesto que la programación era superflua, infringiendo el derecho de huelga³⁵:

Vulneraba el derecho de huelga (art. 28.2 CE), por cuanto carecía del requisito de la motivación y justificación, tal como esos deberes han sido interpretados por la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y declaraba servicios esenciales la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada y la producción y emisión de la normal programación informativa, con infracción de los principios de ponderación y proporcionalidad de acuerdo con la interpretación dada por el propio Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional.

El derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección.

³³ Así como la STS de 9 de diciembre de 2003 (rec. núm. 41/2003).

³⁴ STS de 15 de abril de 2005 (rec. núm. 133/2004), FJ 2.º

³⁵ STC de 19 de junio 2006 (núm. 183/2006), FJ 3.º a) y d).

De modo que la consideración de un *servicio como esencial* no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima.

En fin, el Tribunal Constitucional concluye lo siguiente³⁶:

La oportunidad del ejercicio del derecho a comunicar y recibir información durante la jornada de huelga respecto a una programación previamente grabada de posible contenido o interés informativo supone una restricción del derecho de huelga que, por la propia característica de la información que se quiere emitir, no encuentra justificación en la preservación del derecho a comunicar y recibir información.

También la doctrina judicial de los tribunales superiores de justicia continuó con esta línea de interpretación. Así pues, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de 9 de marzo de 2006 resuelve un recurso de suplicación interpuesto por el sindicato Alternativa Sindical de Trabajadores y el Sindicato de Comisiones de Base. En día de huelga, Telefónica impartió instrucciones a sus trabajadores en los centros de atención al cliente en todo el territorio nacional para que realizaran el registro de averías dentro del segmento pymes, actividad que no realizan los trabajadores de Telefónica habitualmente. Asimismo, les indicó las modificaciones informáticas que había que efectuar para que las llamadas recibidas en la opción de averías llegaran a Telefónica y no se desviarán a Atento, actividad que no realizan los trabajadores de Telefónica habitualmente. El Tribunal Superior de Justicia estima el recurso y entiende vulnerado el derecho a huelga³⁷:

En el presente caso, la empresa Telefónica no solo ha movilizado sus propios medios tecnológicos y telemáticos, compartidos con Atento, para minimizar los efectos de la huelga afectante a esta última, sino también ha puesto a sus propios trabajadores de los centros de Barcelona a realizar una actividad que habitualmente no desempeñan por estar encomendada en exclusiva los trabajadores de Atento.

Esta línea va a seguir durante 2011 y en adelante. De esta forma en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 2 de marzo de 2011³⁸, se analiza un caso en el que la Confederación General del Trabajo interpuso demanda alegando vulneración del derecho a huelga contra Televisión Autónoma Madrid, SA y Radio Televisión Madrid. Durante el desarrollo de una huelga que duró varios días, la entidad emitió programas que habían sido

³⁶ STC de 19 de junio de 2006 (núm. 183/2006), FJ 8.º

³⁷ STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2006 (núm. 2090/2006), FJ único.

³⁸ STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2011 (núm. 174/2011).

previamente grabados con el fin de emitirse durante estos días. Por otro lado, se cambió el horario de algunos programas para evitar que coincidieran con los parones y poder ser emitidos. El Tribunal Superior de Justicia concluye que estas actuaciones vulneran el derecho a la huelga y que esconden una intención de aminorar la repercusión de esta.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, a pesar de seguir esta línea jurisprudencial, cambiará otra vez su planteamiento.

En Sentencia de 11 de junio de 2012, el Alto Tribunal se pronuncia en un recurso de casación interpuesto por Euskal Telebista y Euskal Irrati Telebista después de que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se pronunciara a favor de los sindicatos LAB y ELA y entendiera que se había vulnerado el derecho de los trabajadores a la huelga. Lo que ocurrió fue que durante las jornadas de huelga ETB emitió publicidad y teletienda de forma preprogramada y automática.

El Tribunal Supremo entiende que en este caso la programación pregrabada se considera esencial y, por lo tanto, no se vulnera el derecho de huelga al utilizar medios técnicos de las características expuestas:

No existe ningún precepto que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga y que, si las emisiones preprogramadas se realizaron sin ser interrumpidas, pero sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado³⁹.

Solo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no si los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos⁴⁰.

Más tarde, en STS de 5 de diciembre de 2012 el Tribunal Supremo resuelve otro de los recursos interpuestos con motivo del segundo día de huelga en ETB. Este pronunciamiento es clave para conocer la doctrina del Tribunal Supremo respecto del esquirolaje tecnológico. La sentencia comienza repasando las diferentes modalidades de esquirolaje que está prohibido por el ordenamiento hasta llegar al «tecnológico»:

En definitiva, la doctrina que, con carácter general, formulamos en la presente sentencia es la siguiente: No solo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esen-

³⁹ STS de 11 de junio de 2012 (rec. núm. 110/2011), FJ 1.º

⁴⁰ Ídem. FJ 2.º

ciales se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aun cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aun amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa, que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro⁴¹.

Por primera vez el Tribunal Supremo toma una postura clara: cuando los medios automáticos priven materialmente a los trabajadores del derecho a huelga, vaciando su contenido o impidiendo su eficacia, se estará produciendo esquirolaje «tecnológico»⁴².

Cuando parecía que la doctrina del Tribunal Supremo se asemejaba a la del Constitucional en cuanto a entender que no hay libertad del empresario para utilizar medios técnicos en caso de huelga, sino que la utilización de estos se considera ilícita si aminora los efectos del derecho de la huelga o lo vacía de contenido, el Tribunal Constitucional revoca la doctrina del Supremo y toma una posición restrictiva en cuanto al esquirolaje «tecnológico».

Ello se aprecia en la STC de 2 de febrero de 2017. El Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por la CGT que será desestimado. El conflicto radica en unas actuaciones realizadas por unos trabajadores no huelguistas en día de huelga dentro de Telemadrid. La situación es similar a la que ocurre en el supuesto de hecho que se ha de resolver: no se llegan a establecer servicios mínimos el día de huelga, Telemadrid no emite ninguna emisión salvo un partido de Champions League con la intervención de un trabajador de control central, el coordinador de grafismo y el jefe del estudio, que no se unieron a la huelga. Se utilizó el codificador de reserva B, que se usa solo en situaciones excepcionales y no el A para emitir la señal, siendo Abertis quien activa uno u otro codificador. El trabajador del control central envió la señal del partido al locutorio, llamó a Abertis y

⁴¹ STS de 5 de diciembre de 2012 (rec. núm. 265/2011), FJ 3.º

⁴² Esta sentencia tuvo un voto particular esgrimido por Aurelio Desdentado. Este entiende que el problema del esquirolaje tecnológico es más complejo, porque en él habría que distinguir al menos dos situaciones: 1.ª La utilización de medios ya existentes en la empresa para el mantenimiento de determinadas actividades automatizadas sin sustitución de los huelguistas y sin empleo de trabajadores afectados a los servicios mínimos cuando esas actividades no tienen ese carácter; 2.ª La utilización de esos medios para sustituir a los huelguistas, con dos variantes: a) el empleo para esa finalidad de medios ya existentes en la empresa, y b) la adquisición de esos medios para hacer frente a los problemas planteados por la huelga. Solo en esta segunda situación cabría plantear el problema de la compatibilidad con el derecho de huelga y su extensión por vía analógica a partir del artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, pues entiende que es el único caso donde se produce sustitución de huelguistas.

le dijeron que conectara el codificador B, pudiéndose emitir el partido. Ante esta situación el Tribunal Constitucional entró a valorar la posible vulneración del derecho a huelga, bien por la existencia de un posible esquirolaje «interno» o bien por uno de tipo «tecnológico».

La demanda en única instancia fue desestimada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid (Sentencia de 30 de noviembre de 2011), puesto que se consideró que la emisión del partido de Champions tuvo escasa duración como para obstaculizar el derecho a huelga. Por otra parte, se entendió que los trabajadores no huelguistas desarrollaron funciones que normalmente realizaban y, finalmente, se consideró válida la utilización del codificador B para emitir la señal, ya que es un medio técnico con el que contaba la entidad. Contra esta sentencia se interpuso recurso de suplicación, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 23 de julio de 2012. La sala entendió que el empresario ha de respetar el derecho de huelga, pero no ha de colaborar o favorecer este.

El Tribunal Constitucional argumenta que la única diferencia con un día normal fue que la señal se envió desde control central a grafismo, en vez de a continuidad; la mosca se puso allí y no en continuidad. Tras ello, un día sin huelga la señal va al codificador A, el día de huelga se envió al B, ya que todos los trabajadores huelguistas eran los que podían enviar la mosca al codificador A. Para el Tribunal Constitucional esta actuación no supone la realización de actividades distintas de las que venían haciendo los trabajadores no huelguistas⁴³:

Los trabajadores que no secundaron la huelga y que colaboraron en la emisión del partido no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente. Así, el trabajador de control central conmutó señales dentro de sus funciones y en el departamento de grafismo se encontraba el coordinador, que aun cuando dada su específica función de coordinador normalmente se encarga de controlar el trabajo en los departamentos que coordina, entre otros el de grafismo, el mismo supervisa tal trabajo y sí tiene entre sus cometidos generar la «mosca» de Telemadrid que figura en la emisión. Este trabajador lo que hizo, según consta en las resoluciones recurridas, fue generar la mosca y en lugar de remitirla al departamento de continuidad, que suele ser el que añade la mosca a la emisión a través de un programa automático, la insertó en una máquina sita en el departamento de grafismo, y luego devolvió automáticamente la señal a control central. Por lo que se refiere al locutor, este no hacía huelga.

Para el Tribunal Constitucional, por lo tanto, no se produce una situación de esquirolaje «interno». Sin embargo, para la resolución del caso que nos ocupa ya se ha resuelto en el epígrafe 2 este problema jurídico, entendiendo que sí se produce dicha situación. Lo que nos ocupa ahora es entender si se ha producido esquirolaje «tecnológico». El Tribunal Constitucional expone que el día de la huelga se utilizaron medios técnicos con los que contaba

⁴³ STC de 2 de febrero de 2017 (rec. núm.) 1168/2014. FJ 6.º

la empresa, pero que no son de uso habitual, y se ha seguido un procedimiento diferente al normalmente previsto para poder retransmitir el partido de fútbol el día de la huelga⁴⁴. No obstante, entiende que no se puede exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta la empresa, pues no se puede obligar a este a que colabore en la huelga; la utilización de medios ya existentes es compatible con el derecho a huelga. La efectividad del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta la empresa. Por ello, no se ha producido una situación de esquirolaje «tecnológico».

Con esta exposición el Tribunal Constitucional da un giro en la línea que llevaba, en el sentido que tomaban las primeras sentencias del Tribunal Supremo.

Tras este análisis jurisprudencial se puede concluir que existe una evolución jurisprudencial del esquirolaje «tecnológico» y que no hay una doctrina unificada. Si el Tribunal Supremo en un primer momento lo consideró legal y después abusivo, el Tribunal Constitucional ha seguido el camino inverso. Lo cual muestra que habrá que realizar un análisis casuístico para determinar la vulneración del derecho a huelga por utilización de medios técnicos.

3.5. Sobre la necesidad de regular el esquirolaje «tecnológico»

Como se ha comprobado en los apartados anteriores, la figura del esquirolaje «tecnológico» no se encuentra recogida en ningún texto legal, sino que ha sido la jurisprudencia, sobre todo a partir del 2012, la que ha ido configurando la figura y determinando caso por caso si se había producido una situación de esquirolaje «tecnológico» y, por lo tanto, si se había producido un menoscabo en el derecho a huelga.

A priori, se podría comparar esta situación con la del esquirolaje «interno». Este tampoco está prohibido explícitamente por el artículo 6.5 del RDLRT y es la jurisprudencia la encargada de configurarlo. Sin embargo, hay una diferencia crucial que separa ambas figuras. El fenómeno del esquirolaje «interno» es más antiguo y, por ello, la jurisprudencia⁴⁵ al respecto está más consolidada y menos vacilante. Sin embargo, el esquirolaje «tecnológico» es una situación más moderna que ha empezado a tener lugar y cobrar importancia con el desarrollo de las nuevas tecnologías y la implementación en las empresas de diferentes medios técnicos, por ello los primeros pronunciamientos jurisprudenciales tuvieron lugar en la década de los 2000. De esta forma, tanto es Supremo como el Constitucional no han seguido una línea clara sobre el asunto desde el primer momento e, incluso, han seguido

⁴⁴ STC de 2 de febrero de 2017 (rec. núm.) 1168/2014. FJ 7.º

⁴⁵ La STC 123/1992 fue la encargada de clarificar la figura del esquirolaje «interno». Es decir, desde los años 90 ya ocurrían situaciones relacionadas con esta figura.

líneas opuestas dando lugar a incertidumbre sobre en qué casos se produce un abuso empresarial que vulnera el derecho a huelga y en qué casos no.

Si a ello le unimos la circunstancia de que el derecho de huelga está muy poco regulado en España, tal como vimos al principio, y que la norma que lo contiene data de 1977⁴⁶, nos encontramos ante una regulación escasa y obsoleta. En 1992 hubo un Proyecto de ley orgánica de huelga⁴⁷ que no llegó a consolidarse como ley que, aunque, contemplaba el esquirolaje «interno», no contemplaba la sustitución de trabajadores por medios tecnológicos.

Que el esquirolaje «tecnológico» se haya ido construyendo sobre la jurisprudencia y, en especial, sobre la doctrina del Tribunal Constitucional genera algunos problemas como es la inseguridad jurídica. En cuanto a ello, las idas y venidas que han tomado tanto el Supremo como el Constitucional no deja claro a empresarios si su comportamiento es ilícito o no y a los trabajadores un tanto de lo mismo.

En palabras de Pérez Rey (2017, p. 167), la regulación de la huelga en nuestro sistema «permanece anclada en el pasado, encerrada en una norma que ni se compadece con la CE, ni con el escenario actual de las relaciones laborales». La tecnología progresa día a día y también lo hace la capacidad de los empresarios para utilizar estos medios con el fin de mantener la productividad durante las jornadas de huelga, y el problema es que España no cuenta con una regulación del derecho de huelga que contemple esto, puesto que no hay prohibición legal en la que encajar el conflicto (Talens Visconti, 2013a, pp. 173-192).

Por todo ello, la regulación del derecho a huelga, con especial mención al esquirolaje «tecnológico» a través de ley orgánica, sería positivo por varios motivos. El derecho de huelga se tornaría más garantista al detallar las situaciones amparadas por él, supondría una regulación moderna, adaptada a los cambios que están ocurriendo en la sociedad y más eficaz. Sería una norma que no se quedara solo en la regulación del esquirolaje, sino que contuviera avances importantes en la definición de huelga, su ámbito de ilegalidad, servicios de seguridad y mantenimiento, tutela del derecho o régimen disciplinario (Martín Aguado, 1993, pp. 206 y 207). También parece que con una ley reguladora del derecho de huelga se ganaría en seguridad jurídica, tanto por la parte de los trabajadores como de los empresarios. ¿Sería necesaria una ley orgánica de huelga que regulase con detalle los supuestos de esquirolaje y se adaptara a los tiempos presentes? Parece que sí, que sería conveniente, deseable o positivo para la regulación del derecho de huelga. Y, en especial, en lo relacionado con el esquirolaje «tecnológico», la elaboración y aprobación de una ley reguladora de la huelga que venciera la obsolescencia de la regulación con que contamos actualmente, de forma que incluyera la configuración del esquirolaje «tecnológico», limitan-

⁴⁶ Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

⁴⁷ Proyecto de Ley Orgánica de Huelga (121/000087), presentado el 22 de marzo de 1992 y calificado el 16 de marzo del mismo año.

do el empleo de medios técnicos automáticos con el fin de vaciar el contenido esencial del derecho a huelga, protegiendo este y no dejando a los trabajadores cada vez más desprotegidos frente al avance en las tecnologías.

4. ¿Puede la tecnología suplir a los trabajadores huelguistas?

La figura del esquirolaje «tecnológico» plantea la duda de si la tecnología puede suplir a los trabajadores huelguistas. Lo cierto es que a través de varios supuestos de hecho que han ocurrido con motivo de huelga en diferentes entidades y empresas ya hemos visto que sí es posible, ya sea a través de la utilización de máquinas de grabación de radio o televisión preprogramadas o automatizadas, de medios técnicos en cadenas de montaje que funcionan sin necesidad de un trabajador que los controle o a través del manejo de estos instrumentos por parte de algún trabajador no huelguista. En este epígrafe se analizará en qué medida la tecnología puede suplir el trabajo humano y su incidencia en la huelga con el fin de responder a las dudas que se plantea el sindicato.

Esto depende en gran parte del nivel de tecnificación de los sectores de trabajo a los que nos refiramos, pues de momento en sectores de trabajo como el sanitario o educativo no se han dado casos de esquirolaje «tecnológico» durante la huelga, puesto que el componente humano no deja margen a los medios técnicos, mientras que en otros sectores, como el de la radiotelevisión o el trabajo en cadena, la incidencia de la tecnología será mayor. En estos últimos sería posible mantener la producción durante un día de huelga a través de la utilización de máquinas.

Por otra parte, hay que tener en cuenta el avance en la calidad y cantidad de las tecnologías. Si en 1977, año del real decreto de huelga, era impensable que la tecnología sustituyera a los trabajadores huelguistas, la realidad actual es muy diferente. De este modo, en el sector de la radiotelevisión hay medios técnicos con contenido pregrabado, tanto radiofónico como visual, que pueden programarse para que emitan durante la huelga, en el momento y con la duración que se haya preestablecido (Talens Visconti, 2013b, p. 5). En las cadenas de montaje también se puede programar la maquinaria para que actúe en el momento en que se quiera, también se pueden hacer funcionar a través de paneles de control vagones de metro y tren sin necesidad de que haya un conductor, se pueden prestar servicios por internet sin necesidad de intervención humana, pues un algoritmo es capaz de recoger los pedidos que desean los clientes y de dar una orden a un almacén para que lo procese... en fin, los avances en la tecnología, la informática, las telecomunicaciones y demás ha hecho posible de unos años atrás hasta este tiempo la sustitución de trabajadores por máquinas. Solo se puede pensar que en el futuro esta sustitución se podrá realizar en más sectores de actividad y que habrá que repensar el derecho fundamental a la huelga. Estos avances, en palabras de Escribano Gutiérrez (2017, pp. 227), provocan que «en ciertos sectores, la presencia permanente de trabajadores deje de ser imprescindible». Además, en los casos en que la tecnología no llega a poder sustituir por tiempo completo a un trabajador por no

estar demasiado avanzada, sí que podría sustituirlo durante un periodo corto de tiempo, como durante las jornadas de huelga (Todolí Signes, 2014, pp. 804 y ss.).

Para apoyar esta información los datos⁴⁸ nos muestran que, en 2017, aunque pocas profesiones pueden automatizarse completamente, el 60 % de ellas tienen por lo menos un 30 % de actividades automatizables. España se encuentra en la media alta dentro de los países que tienen un mayor porcentaje total en los que las actividades de los empleados se pueden automatizar si se usan las tecnologías probadas en la actualidad.

Por lo tanto, sí se puede afirmar que la tecnología puede suplir a los trabajadores en general y a los huelguistas en particular en España, ya que el desarrollo de esta y su utilización en los puestos de trabajo cada vez es mayor. Y es por ello por lo que es tan importante una regulación moderna y adecuada a los tiempos en que vivimos, que proteja el derecho a la huelga de los trabajadores, que parece que se restringe cada vez más por parte del Tribunal Constitucional.

5. Cauce de acción de los trabajadores

Finalmente, se analizará el cauce de acción de los trabajadores huelguistas y las consecuencias jurídicas de dichas acciones en el caso de que estos se encuentren ante una situación de esquirolaje «tecnológico».

Al ser menoscabado un derecho fundamental, como lo es el derecho de huelga, lo normal es que se articule una pretensión de tutela directa de derecho fundamental a través de la modalidad procesal correspondiente en el orden social. El artículo 179.3 de la LRJS exige que la demanda debe expresar con claridad los hechos que constituyen la vulneración, es decir, la actuación de los trabajadores no huelguistas al realizar tareas que no eran las que realizaban normalmente y al utilizar los medios técnicos de la entidad de formas diferente a la habitual, el derecho infringido, que es el derecho a la huelga, y la cuantía de la indemnización pretendida incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador.

Por otro lado, esta modalidad de tutela tiene la ventaja de que va a ser el demandado el que, después de que el sindicato actor justifique con indicios la violación del derecho a la huelga, tenga que aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas durante la jornada de huelga y de su proporcionalidad⁴⁹.

⁴⁸ McKinsey Global Institute, 2017. En este informe se incluye un estudio cuantitativo sobre la utilización de medios tecnológicos en los trabajos y su incidencia en ellos, así como su potencial. La muestra que se toma es mundial.

⁴⁹ Artículo 181.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

El pronunciamiento judicial en el proceso de tutela del derecho fundamental a la huelga declarará la existencia de lesión o su no existencia o la nulidad radical. En el caso de que se declarara la vulneración del derecho, el empresario será condenado al abono de una indemnización que resarciría al sindicato convocante (sindicato de trabajadores de Canal Sur) o a los propios trabajadores afectados por los daños y perjuicios que se les hubiesen ocasionado⁵⁰. En el supuesto presente, y en relación con el esquirolaje «tecnológico», es importante tener en cuenta, además, el nivel de alteración del proceso productivo a través de la tecnología, así como si la empresa ha conseguido mantener o no la normalidad productiva con sus actuaciones (Tascón López, 2018, pp. 111).

En cuanto a la indemnización hay que decir que esta se calculará según el daño moral sufrido, unido a la intensidad de la vulneración del derecho a huelga con los daños y perjuicios adicionales⁵¹. En todo caso, será el órgano judicial de instancia el que, atendidas las circunstancias de cada caso, fije el importe de la indemnización a su prudente arbitrio, sin que su decisión pueda ser revisada por el tribunal que conozca del recurso, salvo que sea claramente desproporcionada o irrazonable⁵².

En definitiva, tanto los trabajadores afectados como el sindicato convocante de la huelga tienen la opción de demandar a la entidad en la que trabajan por haber lesionado su derecho a la huelga y con el fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados.

6. Conclusiones

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el presente artículo concluye lo siguiente:

- El derecho de huelga es un derecho fundamental que tiene sus límites y también sus mecanismos de defensa, especialmente en relación con la prohibición de la práctica del esquirolaje, consistente en la sustitución de los trabajadores huelguistas, bien sea por otras personas o por máquinas.
- En cuanto al esquirolaje «tecnológico» apuntar que se define como la sustitución de trabajadores huelguistas a través de medios técnicos o tecnológicos, que abarca múltiples situaciones de hecho.
- No existe una regulación legal del esquirolaje «tecnológico» en España, sino que son los tribunales los encargados de hacer frente a las situaciones que se les pre-

⁵⁰ Artículo 182 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

⁵¹ Artículo 183 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

⁵² SSTs de 25 de enero de 2010 (rec. núm. 3125/2010) y 18 de marzo de 2016 (rec. núm. 1828/2016).

sentan. Sin embargo, en esta materia no existe una línea jurisprudencial clara, en la medida en que destacan pronunciamientos jurisprudenciales heterogéneos, en concreto, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Si el Supremo en un primer momento consideró legal la utilización de medios técnicos para sustituir a trabajadores huelguistas y después lo consideró abusivo, el Constitucional ha seguido el camino inverso. Lo cual muestra que habrá que realizar un análisis casuístico para determinar la vulneración del derecho a la huelga por utilización de medios técnicos.

- Teniendo en cuenta la inseguridad que causa la ausencia de regulación normativa del esquirolaje «tecnológico», se propone la necesidad de regular este a través de una ley Orgánica moderna y protectora del derecho de huelga, adaptada a la situación de avance de las tecnologías.
- La figura del esquirolaje «tecnológico» muestra una realidad y es que la tecnología ha llegado a todas las áreas de nuestra vida y, en especial, ha transformado la forma de entender los trabajos y las relaciones laborales, de forma que se puede suplir a los trabajadores a través de medios técnicos, pudiendo quedar estos desprotegidos.

Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, C. (2016). Tema 22. Conflictos colectivos. En L. M. Camps Ruíz y J. M. Ramírez Martínez (Coords.), *Derecho del Trabajo*. (5.ª ed.). (pp. 660-695). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Escribano Gutiérrez, J. (2017). Derecho de huelga, «ius variandi» y esquirolaje tecnológico. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 139.
- Fernández Domínguez, J. (2018). *El esquirolaje tecnológico*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Leal López, S. (2015). *La problemática de la sustitución de trabajadores huelguistas* (trabajo fin de grado). Repositorio de la Universidad Autónoma de Barcelona. Recuperado de <<https://ddd.uab.cat>> (consulta: 7 de octubre de 2018).
- Martín Aguado, A. (1993). Derecho de huelga: por una regulación garantista y avanzada. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2.
- McKinsey Global Institute (2017). *Un futuro que funciona: automatización, empleo y productividad. Informe ejecutivo*. Recuperado de <<https://www.mckinsey.com>>.
- Mercader Uguina, J. R. (2016). Lección 24. Las medidas de conflicto colectivo. La huelga y el cierre patronal. En *Lecciones de Derecho del Trabajo*. (9.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mercader Uguina, J. R. y Gorerlich Peset, J. M. (2018). Capítulo 10. Conflictos colectivos y huelga. En *Practicum Social*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Montoya Melgar, A. (2013). Los límites del derecho de huelga: presente y futuro.



- Árbol académico. En Á. Arias Domínguez (Coord.), *Cuestiones laborales de actualidad: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Feliciano González*. Dykinson.
- Montoya Melgar, A. (2016). *Diccionario jurídico*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación - Aranzadi.
- Pérez Rey, J. (2017). El tribunal constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol). *Revista de Derecho Social*, 77.
- Román de la Torre, M. D. (1992). *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Graphus.
- Talens Visconti, E. (2013a). ¿El esquirolaje tecnológico vulnera el derecho de huelga? *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 5(6).
- Talens Visconti, E. (2013b). *Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos*. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5. Recuperado de <<http://www.academia.edu>>.
- Tascón López, R. (2018). Capítulo III. La respuesta jurisprudencial a la figura del esquirolaje tecnológico. En *El esquirolaje tecnológico*. Pamplona: Aranzadi.
- Todoí Signes, A. (2014). El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga. *Actualidad Laboral*, 7, tomo 1.
- Torrente Gari, S. (1992). Huelga, servicios esenciales y mantenimiento: la nueva regulación. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 113-114.

Competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera

Alfonso Ortega Giménez

*Profesor contratado doctor (acreditado a profesor titular)
de Derecho Internacional Privado.
Universidad Miguel Hernández de Elche*

Extracto

Cuando se produce un accidente de circulación por carretera pueden darse varias circunstancias que compliquen la determinación de la jurisdicción competente y la aplicación de la ley. La situación puede complicarse en mayor medida cuando se trata de acontecimientos lesivos intrafronterizos. Así se aprecia en el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 17 de julio de 2019 (rec. núm. 2637/2017), que inadmite los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, en el cual la parte recurrente había sufrido un accidente en el extranjero; el tribunal señala que en este caso es de aplicación el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación, que al tiempo de producirse el siniestro había sido ratificado por el Reino de Marruecos, que determina la aplicación de la ley del lugar en que se produjo el accidente, que en el caso de autos es la legislación marroquí.

Palabras clave: accidente de circulación por carretera; competencia judicial internacional; ley aplicable.

Fecha de entrada: 04-03-2020 / Fecha de aceptación: 03-04-2020

Enunciado

Cada vez se producen más interrelaciones entre los ciudadanos de los distintos países, que, por diferentes motivos (trabajo, estudios, ocio, etc.) se desplazan en sus vehículos o en otros medios de locomoción. Este masivo desplazamiento da lugar a que en algunas ocasiones se produzcan accidentes de circulación por carretera. La situación se complica cuando se trata de acontecimientos lesivos interfronterizos; la víctima que sufre un accidente fuera del país de su residencia se ve abocado al ejercicio de acciones civiles ante tribunales que le pueden ser hostiles, no solo en cuanto al idioma o a la ubicación, sino también en cuanto al uso y aplicación de los sistemas procedimentales y de las prácticas del foro, por no añadir la diferencia de criterios indemnizatorios existentes de un país a otro.

Por ello, desde mediados del siglo pasado, la comunidad internacional se ha dotado de distintas normas y organismos para facilitar a las víctimas de estos accidentes la pronta y justa resolución de los mismos. Ha sido, pues, a través de directivas o reglamentos comunitarios, convenios internacionales y otras disposiciones como se ha ido regulando esta materia, con el fin de que las víctimas de los accidentes de tráfico con elemento extranjero sean debidamente protegidas y puedan reclamar en sus propios países, independientemente de dónde haya ocurrido el accidente de circulación.

Así se aprecia en el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 17 de julio de 2019 (rec. núm. 2637/2017), en la cual la parte actora presentó escrito de interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. Fundamentando la interposición del recurso de casación por dos motivos: por infracción del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), al considerar que no debería exonerarse el pago a la compañía de seguros, ya que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial invocada por esta parte no apreciaba justificación para no imponer los intereses cuando no se discute ni la realidad del siniestro ni su cobertura, solo su cuantía o la concurrencia de culpa; y el segundo motivo en relación con los intereses moratorios cuando se ha aplicado el derecho español a un accidente de tráfico cometido en el extranjero, en este caso en Marruecos.

El tribunal señala que el recurso de casación interpuesto incurre, en sus dos motivos de recurso, en la causa de inadmisión por carecer de fundamento (art. 483.2, 4.º LEC –Ley de Enjuiciamiento Civil–) por plantear cuestiones que no afectan a la *ratio decidendi* de la sentencia, al rebatir argumentos que no constituyen la razón determinante de la sentencia recurrida. Así, sostiene el recurrente en el escrito de interposición del recurso que no debería exonerarse de pago a la compañía aseguradora al pago de los intereses moratorios del artículo 20 de la LCS, ya que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial invocada no apreciaría justificación para no imponer los intereses cuando no se discute ni la realidad del siniestro ni su cobertura, solo su cuantía o concurrencia de culpa; y que procedería aplicar el

citado precepto, en relación con la imposición o no de los intereses moratorios, cuando se ha aplicado el derecho español a un accidente de tráfico ocurrido en el extranjero. Soslaya, de esta forma, la parte recurrente que la resolución impugnada, tras examinar la prueba practicada y confirmando las determinaciones del juzgado de primera instancia: primero, que resulta aplicable al presente supuesto, en el que concurre un accidente de tráfico ocurrido en el extranjero, el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación, que al tiempo de producirse el siniestro había sido ratificado por el Reino de Marruecos, que determina la aplicación de la ley del lugar en que se produjo el accidente, que en el caso de autos es la legislación marroquí; segundo, que en el caso de autos, de la documental obrante resulta acreditada la ley marroquí aplicable, por cuanto se remitió por la embajada texto legal vigente y se procedió a su traducción por traductor jurado; y tercero, en consecuencia, por lo que si resulta aplicable al supuesto de autos la legislación marroquí, difícilmente puede entenderse que existiera obligación de consignar o pagar intereses moratorios en aplicación del artículo 20 de la LCS.

En consecuencia, la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia citada como infringida, al eludir la razón decisoria o *ratio decidendi* de la sentencia impugnada, al rebatir argumentos que no constituyen la razón determinante de la sentencia recurrida. Por todo ello, no resulta posible tomar a consideración las manifestaciones realizadas por el recurrente en el trámite de alegaciones, en relación con la admisión del recurso interpuesto.

La improcedencia del recurso de casación determina igualmente que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia. Por todos estos motivos el tribunal inadmite la petición del recurrente.

Cuestiones planteadas:

- ¿Cuál es la ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera?
- ¿Que regula el Convenio de La Haya?
- ¿Cómo aplican el Convenio de La Haya los tribunales españoles?
- ¿Cuál es la competencia judicial internacional en el caso de accidentes de circulación por carretera?
- ¿Por qué debe probarse el derecho extranjero?
- ¿Cómo debe probarse el derecho extranjero?
- ¿Qué debemos probar en materia de derecho extranjero?
- ¿Cuáles son los medios de prueba del derecho extranjero?
- ¿Qué consecuencias trae la no alegación o prueba del derecho extranjero?

Solución

1. ¿Cuál es la ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera?

La Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esa responsabilidad (que codifica las cinco directivas anteriores en esta materia), no unifica los criterios de las legislaciones de los Estados miembros sobre la ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera, ni modifica las normas de derecho internacional privado sobre atribución de competencias jurisdiccionales.

Por tanto, en lo que se refiere a la ley aplicable, siguen siendo de plena aplicación las normas de los Estados miembros y, en su caso, el Convenio de La Haya de 4 mayo 1971, ratificado por España mediante instrumento de 4 septiembre 1987, en cuyo párrafo 1.º se establece su ámbito de aplicación en los siguientes términos: «El presente Convenio determina la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la clase de jurisdicción encargada de conocer del asunto.»

Por otro lado, también debemos hacer referencia al Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, más conocido como Roma II, que afecta a todos los Estados de la UE con la única excepción de Dinamarca (art. 1.4). Se trata de una norma que se refiere a la mayoría de las obligaciones extracontractuales, pero que, para el supuesto concreto de las derivadas de accidentes de circulación transfronterizos, no contiene una normativa conflictual especial dedicada a la determinación de su ley rectora. Debe tenerse en cuenta, además, que esta diversidad de regímenes se ve agravada por cuanto que el Reglamento Roma II es una norma general sobre obligaciones extracontractuales, sin reglas concretas sobre los accidentes de circulación, mientras que el Convenio de La Haya es un instrumento específico para la ley aplicable a los accidentes de circulación.

2. ¿Que regula el Convenio de La Haya?

Este convenio determina la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la clase de jurisdicción encargada de conocer del asunto.

Los Estados que forman parte del Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 son los siguientes: Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Marruecos, Montenegro, Países Bajos, Polonia, República Checa, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Serbia y Suiza.

Al igual que lo hacen la práctica totalidad de los ordenamientos internos en cuanto a la ley aplicable para las obligaciones extracontractuales, el convenio establece en su artículo 3 el criterio de la *lex loci*, al señalar que «la ley aplicable será la ley interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente».

El Convenio de La Haya no añade nada nuevo en este ámbito, porque utiliza el mismo criterio que el seguido por los ordenamientos internos de los países. Sin embargo, el convenio establece algunas excepciones a este principio general en sus artículos 4 al 6, que utiliza distintos criterios, como el de la ley del Estado de matriculación del vehículo, o el de la *lex damni* o ley del país de residencia de las víctimas o perjudicado, si se dan determinadas circunstancias y elementos en el accidente.

En este sentido, el convenio establece en su artículo 4 que cuando en el accidente inter venga un solo vehículo, matriculado en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, para determinar la responsabilidad se aplicará la ley interna del Estado en que el vehículo esté matriculado: a) respecto al conductor, el poseedor, el propietario o cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el vehículo, independientemente de su lugar de residencia habitual; b) respecto de una víctima que viajaba como pasajero, si tenía su residencia habitual en un Estado distinto de aquel en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, y c) respecto de una víctima que se encontraba en el lugar del accidente fuera del vehículo, si tenía su residencia habitual en el Estado en que dicho vehículo estuviere matriculado.

En caso de ser varias las víctimas, la ley aplicable se determinará por separado con respecto a cada una de ellas.

Por su parte, el artículo 6 establece que en el caso de los vehículos no matriculados o de los matriculados en varios Estados, la ley interna del Estado donde estén habitualmente estacionados sustituirá a la del Estado de matrícula. La misma regla se aplicará cuando ni el propietario, ni el poseedor, ni el conductor del vehículo tuvieren, en el momento de ocurrir el accidente, su residencia habitual en el Estado donde estuviere matriculado el vehículo.

En cuanto a las normas aplicables sobre circulación y seguridad vial, es importante mencionar que el Convenio de La Haya prevé en su artículo 7 que «cualquiera que sea la ley aplicable, para determinar la responsabilidad se deberán tener en cuenta las normas sobre circulación y seguridad que estuvieren en vigor en el lugar y momento del accidente». El convenio dice «se deberán tener en cuenta» y no «se aplicarán», con lo que se plantea la duda del alcance de la primera expresión. Pensamos que lo más razonable es considerar que las normas sobre tráfico, circulación y seguridad vial aplicables serán en todo caso las del país de acaecimiento del siniestro.

El artículo 8 se refiere a las cuestiones relativas a la responsabilidad civil que están dentro del convenio, elaborando una lista amplia en la que se incluyen todos los elementos de la responsabilidad que deben ser tratados por la ley que se aplique, según los criterios indicados. De esta lista quedarían fuera las cuestiones relativas al seguro de responsabilidad civil, así como otras relativas al ámbito penal y administrativo, según hemos indicado en este último caso.

Así lo establece el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 17 de julio de 2019 (rec. núm. 2637/2017), señalando que resulta aplicable al caso planteado el Convenio de la Haya de 4 de mayo de 1971, al tratarse de un accidente de tráfico ocurrido en el extranjero –además señala que al tiempo de producirse el siniestro este convenio había sido ratificado por el Reino de Marruecos–, que determina la aplicación de la ley del lugar en que se produjo el accidente, que en el caso de autos es la legislación marroquí.

3. ¿Cómo aplican el Convenio de La Haya los tribunales españoles?

La aplicación de las normas de este convenio en la práctica ha tenido algunas complicaciones en su aplicación en la práctica. El primero de ellos ha sido las dificultades técnicas de la prueba y conocimiento del derecho de los demás países signatarios del convenio. Ha habido una inercia judicial a rechazar la aplicación de un derecho distinto al de su fuero, aplicando la ley y sistema español con absoluto desprecio de la norma del convenio. En algunas ocasiones, se ha utilizado el Convenio de La Haya para establecer la jurisdicción competente. Ejemplo de ello son la SAP de Barcelona (Sección 16.ª) de 16 de junio de 2005 y el Auto 413/2007 de la AP de Madrid (rec. núm. 569/2007, Sección 21.ª) de 18 de diciembre de 2007.

En el primer caso, se trata de un accidente en Marruecos, en el que fallece la ocupante de un vehículo con matrícula española. El actor, marido de la fallecida, ejerció en España la acción directa contra la entidad aseguradora. La entidad aseguradora, que había sido condenada en primera instancia, argumenta en su recurso de apelación que para determinar la competencia judicial debe acudir al Convenio de La Haya. Para la audiencia provincial, el vehículo en el que ocurrió el accidente estaba matriculado en España, y la víctima, la esposa del actor, tenía en España su residencia a la vista de la documentación aportada, por lo que la jurisdicción española puede entrar a conocer de la reclamación planteada por el actor.

En el segundo caso, el AAP de Madrid (sección 21.ª) de 18 de diciembre de 2007, los hechos son similares al comentado anteriormente. Se trata de un accidente ocurrido en Marruecos, en que las víctimas del accidente tenían residencia en España y los vehículos intervinientes estaban también matriculados en España. En este caso, cambia el razonamiento de la Audiencia Provincial de Madrid, en el siguiente sentido:

La jurisdicción española es la competente para resolver el litigio habido entre las partes al estar matriculados en España los dos vehículos que intervinieron en el accidente ocurrido en Rabat –Marruecos– de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo competente para resolver los tribunales civiles.

Otro de los problemas que se plantean en la práctica, tal vez el principal, es la litispendencia. Pensemos que en este tipo de accidentes es frecuente que se sigan actuaciones penales, que pueden haber concluido o no cuando se interpone la demanda en otro país, en las que se puede haber entrado también en la determinación de las responsabilidades civiles, bien en estos procedimientos penales, bien demandando por la vía civil en el país de ocurrencia.

En este sentido el Tribunal Supremo, en STS núm. 722/2009 de 23 marzo de 2010 (NCJ052666), defiende, con buen criterio, la aplicación del derecho extranjero, en este caso suizo, al asunto analizado. Se trataba de un accidente ocurrido en España, en el que el único vehículo implicado estaba matriculado en Suiza y el tomador del seguro era residente de este país. El Alto Tribunal considera de aplicación el artículo 4 del Convenio de la Haya, que establece la aplicación del derecho suizo. En este sentido, es relevante la argumentación de la sala, al indicar:

Como consecuencia el derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, por más que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda. Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de esta norma. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el derecho extranjero en la misma designado.

Por otro lado, el Auto 202/2019 de la Audiencia Provincial de Alicante, de 18 de julio de 2019, estimó un recurso de apelación interpuesto y declaró la competencia de este último para resolver de un litigio derivado de un accidente de tráfico ocurrido en Francia, siendo los reclamantes extranjeros residentes en España con vehículo matriculado en este país, frente a la una compañía aseguradora española representante en España de la compañía aseguradora del vehículo francés responsable del daño reclamado.

En el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 17 de julio de 2019 (rec. núm. 2637/2017) que estamos analizando, el tribunal, tras examinar la prueba practicada, confirma lo establecido por el juzgado de primera instancia, por lo que señala que tomando en consideración que el accidente de tráfico ha ocurrido en el extranjero, resulta aplicable al presente supuesto el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación.

4. ¿Cuál es la competencia judicial internacional en el caso de accidentes de circulación por carretera?

Tanto el Reglamento Bruselas I bis como el Convenio de Lugano o la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) contienen reglas de competencia judicial internacional especial en materia de contratos de seguro. El Reglamento Bruselas I bis, en su sección cuarta, establece los foros de protección en materia de seguros. Estos foros de protección se establecen en atención a la parte más débil en una relación jurídica. En términos de competencia judicial internacional, la protección de la parte más débil se consigue restringiendo el juego de la autonomía de la voluntad de las partes, por un lado, y designando como tribunales competentes los tribunales del lugar de residencia habitual de aquella parte, por otro.

Para aplicar los foros en materia de seguros (= arts. 10 a 16), el demandado, sea el asegurador, sea el asegurado, deberá tener su domicilio en la UE. Si el asegurador es la parte demandada, el asegurado podrá plantear su demanda (= arts. 11 y 12):

- a) Ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su domicilio (= art. 11.1.b determina la competencia judicial internacional y territorial). Este *forum actoris* es subsidiario en relación con el foro del domicilio del asegurador; frente al foro previsto por el artículo 7.5 del reglamento es alternativo.
- b) Ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el asegurador tenga su domicilio (= arts. 11.1.a y 7.5.B. I bis).
- c) Ante los órganos jurisdiccionales del lugar en que se haya producido el hecho dañoso.
- d) Si el asegurador no está domiciliado en un Estado miembro, pero tiene una sucursal o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se le considerará, para los litigios relativos a esa explotación, domiciliado en el Estado miembro donde se encuentra la sucursal.
- e) Si se trata de un coasegurador, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conozca de la acción entablada contra el primer firmante del coaseguro.

Sin embargo, si el asegurador es la parte demandante, rige la regla general del domicilio del demandado o el foro de su sucursal (= art. 14.1), salvo que su pretensión se formule por vía reconvenional (= art. 14.2). Las mismas consideraciones valen, *mutatis mutandis*, en el ámbito de aplicación del Convenio de Lugano.

El Reglamento Bruselas I bis reduce el alcance de los acuerdos de elección de foro en este ámbito, pues, en términos generales, estos solo prevalecerán respecto de los foros descritos cuando sean posteriores al nacimiento del litigio, o cuando permitan al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados. Señala el artículo 11.1 que:

El asegurador domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado:

- a) Ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde tenga su domicilio.
- b) En otro Estado miembro, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde tenga su domicilio el demandante.
- c) Si se trata de un coasegurador, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conozcan de la acción entablada contra el primer firmante del coaseguro.

En los seguros de responsabilidad civil, ante el tribunal que conociere de la acción de la persona dañada contra el asegurado, si la ley (procesal) de este tribunal permitiese esa «llamada al tercero» o *litis denuntiatio* (= art. 13.1). El objeto de esta regla es permitir la acu-

mulación de procesos conexos y ahorrar al asegurado la carga de iniciar un nuevo procedimiento contra el asegurador.

Por lo tanto, a nivel europeo, queda reconocido el derecho a la persona perjudicada de un accidente en otro Estado, al ejercicio de la acción directa en su país de residencia, contra la entidad aseguradora responsable, es decir, el perjudicado domiciliado en un Estado miembro puede entablar ante el tribunal del lugar de su domicilio una acción directa contra el asegurador, siempre que la acción directa sea posible y el asegurador esté domiciliado en un Estado miembro.

Entiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que tal interpretación también se ve respaldada por el considerando decimotercero del Reglamento Bruselas I bis, que se refiere a que resulta oportuno proteger a la parte débil. En este sentido, considera el tribunal que, si no se permite al perjudicado plantear la demanda ante los tribunales del lugar de su domicilio, se le estaría privando de la protección que el reglamento concede al resto de partes débiles. En los supuestos en los que el demandado no tenga su domicilio en la UE, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en esta materia queda regulada en el artículo 22.1 bis de la LOPJ, el cual señala:

La sumisión a los Tribunales españoles en las materias contempladas en las letras d) y e) del artículo 22 quinquies solo será válida si se fundamenta en un acuerdo de sumisión posterior a que surja la controversia, o ambos contratantes tuvieron ya su domicilio o residencia habitual en España en el momento de celebración del contrato o el demandante fuera el consumidor, asegurado o tomador del seguro.

Y en el artículo 22 quinquies letra e) cuando dice:

Asimismo, en defecto de sumisión expresa o tácita y aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, los Tribunales españoles serán competentes: e) En materia de seguros, cuando el asegurado, tomador o beneficiario del seguro tuviera su domicilio en España; también podrá el asegurador ser demandado ante los Tribunales españoles si el hecho dañoso se produjere en territorio español y se tratara de un contrato de seguro de responsabilidad o de seguro relativo a inmuebles, o, tratándose de un seguro de responsabilidad civil, si los Tribunales españoles fueran competentes para conocer de la acción entablada por el perjudicado contra el asegurado

cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español.

5. ¿Por qué debe probarse el derecho extranjero?

El artículo 281 de la LEC exige la prueba del Derecho extranjero porque el tribunal no tiene la obligación de conocer la ley extranjera, solo está obligado a conocer las normas ju-

rídicas españolas escritas. Es por esta razón que cada vez que tenga que aplicarse un derecho extranjero, este deberá ser probado en el concreto proceso en que se invoque. Para clarificar la situación actual sobre la prueba del derecho extranjero en los tribunales españoles es necesario iniciar una lectura pormenorizada del artículo 281 de la LEC:

1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.
2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.
3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes.
4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

Este artículo nos posiciona la prueba del derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y de donde se extrae que «el Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación». En este precepto se diferencia entre la «prueba del contenido y vigencia» del derecho extranjero, cuya obligación recae sobre la parte que lo alega, y la «aplicación» del mismo, que corresponde al tribunal una vez que ya se ha realizado (o intentado) la prueba por las partes. En este sentido resulta significativa la SAP de Asturias 56/2012, de 10 de febrero de 2012 (rec. núm. 473/2011). Dado que debe alegar y probar el derecho extranjero la parte que invoque su aplicación, resultará irrelevante si esta ostenta la posición de demandante o de demandado.

Con la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (LCJI) se ha buscado incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema español de alegación y prueba del derecho extranjero. Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios. El artículo 33 de la LCJI señala expresamente lo siguiente:

1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.
2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español.
4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles.

Decantándose por la aplicación de la *lex fori*, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de derecho internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional, de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva.

Debe entenderse que la falta de prueba del derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el derecho extranjero, y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido. Además, han de respetarse los sistemas específicos que en leyes especiales prevean otras soluciones iguales o diversas, por referencia, por ejemplo, a la normativa de protección de consumidores y usuarios, así como a la registral civil. Además, el artículo 33 de la LCJL clarifica la interpretación del valor probatorio de la prueba practicada con arreglo a los criterios de la sana crítica y determina el valor de los informes periciales sobre la materia. No será necesaria la prueba del derecho extranjero por las partes cuando el tribunal, por alguna razón, tiene ya un exacto conocimiento de tal derecho, pues en ese supuesto deberá aplicarlo de oficio; así lo señala la STS de 10 de junio de 2005 (rec. núm. 4787/1998 [NCJ042844]). Por otro lado, no será necesario probar el derecho extranjero cuando la parte lo invoca como mero apoyo de sus pretensiones y no para que sea aplicado por el tribunal español al fondo del asunto.

Así ocurre en el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 17 de julio de 2019 (rec. núm. 2637/2017), cuando el tribunal señala que, en el caso de autos, de la documental obrante, resulta acreditada la ley marroquí aplicable, por cuanto se remitió por la embajada texto legal vigente y se procedió a su traducción por traductor jurado; por lo que sí resulta aplicable, al supuesto de autos, la legislación marroquí.

6. ¿Cómo debe probarse el derecho extranjero?

Debemos recordar que el derecho extranjero es un «hecho procesal» con unas características especiales, pero que no deja de ser un hecho y, como tal, debe ser alegado y probado por las partes. El artículo 33.1 de la LCJL determina que la prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero se someterá a las normas de la LEC y de otras disposiciones sobre la materia. En principio, en materia de aportación de pruebas, la LEC opta por el principio de aportación de parte; existen, a nuestro juicio, excepciones que pueden desembocar en la decisión de acordar de oficio la práctica de pruebas determinadas o la aportación do-

cumental cuando lo establezca la ley. El propio artículo 281.2 de la LEC dice: «Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley». El artículo 281.2 de la LEC constituye una norma meramente potestativa de modo que, si bien permite al juzgador averiguar por todos los medios que estime necesarios el derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello.

La regulación de la LEC en relación con la alegación y prueba del derecho extranjero es una regulación «de líneas generales». Es decir, puede afirmarse que el artículo 281.2 de la LEC contiene un sistema de «textura abierta» en relación con la prueba del derecho extranjero. Ello significa que el legislador español ha renunciado a elaborar en la LEC una regulación exhaustiva y minuciosa de la prueba del derecho extranjero. Existen distintos mecanismos previstos en convenios internacionales que permite al tribunal acreditar el derecho extranjero, como puede ser la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979 (instrumento de adhesión de España del 10 de diciembre de 1987); el Convenio Europeo acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero de 7 de junio de 1968 (instrumento de adhesión de España de 2 de octubre de 1973); protocolo adicional al Convenio Europeo acerca de la Información sobre Derecho Extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, así como diferentes convenios bilaterales con distintos países como México, Marruecos, República Checa, China, Bulgaria, Brasil, etc.

7. ¿Qué debemos probar en materia de derecho extranjero?

Otro aspecto que determinar es ¿qué elementos del derecho extranjero en cuestión deben ser probados?, es decir, ¿cuál debe ser el alcance objetivo de la prueba? En este sentido debe probarse el contenido del derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo.

Dos tesis se han sostenido respecto al alcance de la prueba del derecho extranjero. La primera de ellas es la denominada «tesis de la prueba mínima», en función de la cual se debe entender literalmente el precepto, por lo que solo debe probarse el contenido del derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo. En segundo lugar, encontramos la «tesis de la prueba exhaustiva», que ha sido mantenida mayoritariamente por la práctica jurisprudencial española, entendiéndose que no solo debe probarse el «contenido y vigencia» del derecho extranjero, sino que estos conceptos deben interpretarse de una forma extensiva, debiendo probar la parte interesada otros extremos del mismo.

Por lo que respecta a la doctrina y diversas sentencias, como la SAP de Baleares de 27 de abril de 2006 (rec. núm. 45/2006), SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008 (rec. núm. 30/2000), STSJ de Madrid de 11 de enero de 1999 (rec. núm. 5115/1996), STS 39/1975 de 3 febrero de 1975 y de 31 de diciembre de 1994 hacen expresa referencia de que la prueba corresponde a quien invoca el derecho extranjero. Se sostiene que de los requerimientos jurisprudenciales en cuanto a esta materia se puede extraer que deben probarse los siguientes elementos:

- a) El contenido literal del derecho material extranjero: se debe acreditar el contenido literal de las normas materiales de tal derecho, no basta con una «mera cita aislada de disposiciones extranjeras».
- b) El contenido literal de las normas de conflicto extranjeras: se debe probar que las normas de conflicto del derecho invocado no provocan un «reenvío» en favor del derecho español, pues en caso contrario el juez español no estaría fallando de la misma forma que lo haría un tribunal del país en cuestión. Cabe decir que la prueba de este extremo no ha sido requerida por muchos tribunales.
- c) La vigencia y existencia del derecho extranjero.
- d) La interpretación concreta de las normas del derecho extranjero.
- e) La aplicabilidad del derecho extranjero al caso concreto.

La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española, sin embargo, para su aplicación «el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas».

Es posible el uso de las diligencias finales para lograr un conocimiento adecuado del derecho extranjero aplicable, máxime cuando se alegan normas extranjeras y se acreditan en forma defectuosa o contradictoria. Cuando el derecho extranjero no ha quedado probado en forma alguna o con la suficiente claridad o seguridad, lo procedente no es desestimar la demanda, sino aplicar la legislación española.

Por tanto, para ser eficaces en la prueba del derecho extranjero será recomendable probar no solo la exacta entidad del derecho vigente, sino su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente.

No cabe confundir la prueba de «legislación» vigente en un determinado territorio con la prueba «del derecho» aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por lo demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el *common law*. El tribunal del foro debe fallar como lo haría un tribunal extranjero. De esta última interpretación, sacamos varias ideas:

- a) En principio, todas las normas extranjeras son de aplicación. La remisión que hace la norma de conflicto española al derecho extranjero es íntegra. No solo se incluyen las normas de derecho interno, sino las normas especiales de derecho extranjero y las de extensión. Pero el juez español no aplicará la norma de conflicto española salvo que se admita el reenvío por retorno y el reenvío de segundo grado.
- b) Debe aplicarse toda fuente extranjera de la que emanan las leyes, incluso instituciones jurídicas de origen extranjero.

- c) El Derecho extranjero debe aplicarse con la interpretación dada por sus tribunales.
- d) Se aplicarán las normas de derecho público o privado siempre que tengan efecto sobre los particulares.

8. ¿Cuáles son los medios de prueba del derecho extranjero?

En relación con los medios de prueba del derecho extranjero el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 4 de julio de 2006 (rec. núm. 2421/1999), pone de relieve la posibilidad de utilizar «todos los medios de prueba a su alcance», que venimos a enumerar:

- a) Documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones: el documento extendido por fedatario público es el medio de prueba más extendido en nuestros tribunales, y que, aunque venga a determinar la vigencia y contenido, queda limitado por la falta de interpretación y de aplicación de la norma al caso concreto. La propia alusión en la interpretación de la normativa a aplicar, hecho muy necesario en cualquier litigio, va a restar fuerza probatoria y deberemos complementarla. Estas certificaciones son fáciles y rápidas de conseguir, pero tienen el inconveniente de que no pueden probar el contenido de tal derecho, su alcance o su aplicabilidad. Tan solo pueden probar su texto literal y, en su caso, la vigencia del mismo.
- b) Prueba pericial: consiste en un informe elaborado por «expertos en el derecho extranjero» que se quiere probar; así lo establece el artículo 335 de la LEC. Los «expertos» pueden ser tanto del país cuyo derecho se trata de probar como de otra nacionalidad, incluso española. Este es el medio de prueba más completo y que puede y debe probar no solo la vigencia y contenido del derecho extranjero, sino también su interpretación y aplicación al caso concreto, como complemento a la documental pública. Sin embargo, no es un medio de prueba admisible el llamado «informe de parte», un informe redactado por expertos legales a instancia de una parte, en el que el experto «toma partido» en favor de las pretensiones concretas de la parte; así lo señala la SAP Tarragona de 13 de abril de 2011 (rec. núm. 34/2011).
- c) Sobre los documentos privados: debe ser inadmitida la aportación de simples copias de normas seleccionadas, ya sean fotocopiadas o simplemente transcritas y copiadas de internet; obviamente, no prueban la vigencia o contenido del derecho aplicable. La aportación de colecciones privadas y textos autorizados de doctrina extranjera puede constituirse como complemento del resto de pruebas sin que pueda constatarse la certeza. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido reacia durante años a admitir estos documentos para probar el derecho extranjero, no hay por qué eliminarlos radicalmente como «medios de acreditación del derecho extranjero». Habrá que decidir en cada caso concreto si un determinado documento privado, como por ejemplo un autorizado texto doctrinal extranjero, puede servir para acreditar el derecho extranjero «con certeza».

Debemos indicar también que el artículo 33.4 de la LCJI indica que ningún dictamen vinculará a los órganos judiciales internacionales, como ya había indicado la jurisprudencia tiempo atrás. La solución que debe aportar en un eventual avance jurisprudencial debe limitar la aportación probatoria al mero conocimiento del juez respecto a la vigencia, contenido e interpretación del derecho extranjero. El artículo 33.2 de la LCJI determina que los tribunales determinarán el valor probatorio de la prueba practicada de acuerdo con las leyes de la «sana crítica». Este precepto destaca un avance respecto a la línea dura que representa la jurisprudencia, por lo que el juez será libre de verificar la acreditación del derecho extranjero, sin que exija todos los medios que pide el Tribunal Supremo, aunque puede darse el caso de que el juez pida aún más pruebas al no quedar convencido.

En el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 17 de julio de 2019 (rec. núm. 2637/2017), respecto a la documental obrante en el proceso, resulta acreditada la ley marroquí aplicable, por cuanto se remitió por la embajada texto legal vigente y se procedió a su traducción por traductor jurado; en consecuencia, resulta aplicable, al supuesto de autos, la legislación marroquí, quedando acreditado dicha ley. En consecuencia, la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia citada como infringida, al eludir la razón decisoria o *ratio decidendi* de la sentencia impugnada, al rebatir argumentos que no constituyen la razón determinante de la sentencia recurrida. Por todo ello, el tribunal señala que no resulta posible tomar a consideración las manifestaciones realizadas por el recurrente en el trámite de alegaciones, en relación con la admisión del recurso interpuesto.

9. ¿Qué consecuencias trae la no alegación o prueba del derecho extranjero?

Es supuesto bastante común que alguna de las partes no pueda alegar o, incluso, probar el derecho extranjero. La LEC no ofrece soluciones a tales supuestos, por lo que han sido tanto la doctrina como la jurisprudencia las que han establecido distintas tesis para solucionar la cuestión, que van desde la tesis de la aplicación de oficio del derecho extranjero a la tesis de la desestimación de la demanda. Tras la aprobación de la LCJI, su artículo 33.3 establece que, con carácter excepcional, se aplicara el derecho material español cuando no se haya podido acreditar el derecho extranjero. Por lo tanto, ha obtenido reconocimiento legal esta última tesis. Defiende que se aplique el derecho material español por falta de alegación y prueba del derecho extranjero, ello evita la denegación de justicia y la vulneración del artículo 24 de la CE. De esta forma, consagra al derecho extranjero como un «hecho procesal», por lo que si no se alega ni se prueba, desaparece del proceso, pero, como aclaramos anteriormente, no es un mero hecho procesal; aparte de serlo, cuenta con particularidades que hacen considerarlo más que un hecho, así lo señala la SAP de Cádiz de 13 de marzo de 2017 (rec. núm. 321/2016). Esta tesis ha sido ampliamente seguida desde los comienzos del problema de la aplicación del derecho extranjero en el siglo XIX, así se recoge en las sentencias del Tribunal Supremo. Ha llegado también al Tribunal Constitucional, que considera que es la solución que más respeta los preceptos constitucionales y es la

más seguida por los tribunales inferiores. Pero debemos decir en contra de esta tesis, y en contraposición con la tesis de la desestimación de la demanda, que la presente teoría: 1) vulnera el carácter imperativo de las normas de conflicto españolas; 2) comporta inseguridad jurídica porque no se sabe, en un principio, qué derecho se va a aplicar; y 3) favorece las conductas estratégicas a la hora de elegir el Derecho aplicable.

Por último, también se ha argumentado contra esta solución, que favorece estrategias de los particulares para aplicar el derecho español cuando no es realmente aplicable al supuesto.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE núm. 157, de 2 de julio).
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. (BOE núm. 250, de 17 de octubre).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 7, de 8 de enero).
- Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional. (BOE núm. 182, de 31 de julio).
- Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. (DOUE núm. 199, de 31 de julio).
- Protocolo adicional al Convenio Europeo acerca de la Información sobre Derecho Extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978. (BOE núm. 150, de 24 de junio de 1982).
- Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ley Aplicable en materia de Accidentes de Circulación por Carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971. (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1987).
- Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979. (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988).
- SSTS 39/1975, de 3 febrero; de 10 de junio de 2005 (rec. núm. 4787/1998 [NCJ042844]), y de 4 de julio de 2006 (rec. núm. 2421/1999).
- STSJ de Madrid de 11 de enero de 1999 (rec. núm. 5115/1996).
- SSAP de Baleares de 27 de abril de 2006 (rec. núm.45/2006); de Madrid de 22 de diciembre de 2008 (rec. núm. 30/2000); de Tarragona de 13 de abril de 2011 (rec. núm. 34/2011); de Asturias de 10 de febrero de 2012 (rec. núm. 473/2011), y de Cádiz de 13 de marzo de 2017 (rec. núm. 321/2016).

Precario en fraude de ley y levantamiento del velo

Adelaida Medrano Aranguren

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

Extracto

El presente caso aborda el supuesto de precario cuando la titularidad de la finca es de una sociedad, siendo así que la persona a lanzar es uno de los dos socios, tratándose de actuar con abuso de derecho y fraude de ley. La ocupante de la finca es socia junto con su exmarido de una sociedad mercantil titular de la finca y en la sentencia de divorcio se atribuye la vivienda a la ocupante. El título judicial no ampara al poseedor frente al titular ajeno a la relación entre los cónyuges, de modo que la facultad de uso atribuida judicialmente no modifica la titularidad anterior, al no suponer la creación de ningún título. Inaplicabilidad de esta doctrina al presente caso, pues los verdaderos dueños de la finca son los dos cónyuges y socios de la sociedad que está actuando por medio de una sociedad interpuesta. La doctrina del levantamiento del velo no permite aceptar que la sociedad sea aquí un tercero como titular de la vivienda, por ser ello un supuesto de fraude de ley.

Palabras clave: arrendamientos urbanos; precario; levantamiento del velo; fraude de ley.

Fecha de entrada: 16-04-2020 / Fecha de aceptación: 30-04-2020

Enunciado

La sociedad mercantil Más y Más, SL es propietaria de un inmueble controvertido, vivienda sita en el piso núm. 000 del núm. 001 de la calle 000 de Madrid, la cual fue adquirida mediante escritura de compraventa de fecha 5 de junio de 2006. Don Pedro y doña Ana afianzaron solidariamente en los mismos términos que la parte deudora principal, Más y Más, SL, el préstamo hipotecario recibido para su adquisición, por un importe de 400.000 euros.

Dicha sociedad se constituyó en el año 1982, y participan dos socios: don Pedro, titular del 67 % de las participaciones sociales y administrador de la misma, y doña Ana, que es titular del 33 % de las participaciones sociales, desde su adquisición con fecha 1 de febrero de 2000.

Don Pedro y doña Ana contrajeron matrimonio el 10 de mayo de 2003, dictándose sentencia de divorcio con fecha 25 de octubre de 2016, en la cual no se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar, ubicado en la siempre referida vivienda sita en el piso núm. 000 del núm. 001 de la calle 000 de Madrid, a ninguno de los cónyuges. La SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2018 atribuye el uso y disfrute de la vivienda familia a doña Ana, con un límite máximo de dos años desde la fecha de la resolución, transcurridos los cuales, habrán de alternarse en la ocupación de la vivienda por periodos sucesivos de un año, y ello hasta la definitiva culminación de las operaciones liquidatorias.

A partir de estos hechos, la mercantil Más y Más, SL acude a un despacho de abogados para iniciar una demanda de precario encaminada a lanzar a doña Ana de la vivienda, ¿es viable esta acción?

Cuestiones planteadas:

- Precario en fraude de ley y doctrina del levantamiento del velo. El abuso de derecho en el empleo de la titularidad societaria de la finca.
- Criterio jurisprudencial vigente en la materia.

Solución

La figura del precario, sin definición en los textos legales, ha sido desarrollada por la jurisprudencia como situación existente cuando el propietario de un inmueble cede a otro la posesión para que lo use y se lo devuelva cuando lo reclame (precario que resulta del comodato), o cuando existe una situación de tolerancia de la posesión de hecho sin título alguno que la ampare, y, por último, cuando sobreviene un cambio de la causa en virtud de la cual se poseía anteriormente, situaciones todas ellas recogidas en la STS de 30 de octubre de 1986 al configurarse el precario como

situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo el mismo, y, por tanto, la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque nunca se haya tenido, ya porque habiéndola tenido se pierda, ya porque nos otorgue una situación de preferencia respecto a un poseedor de peor derecho,

definición doctrinal clara y precisa que permite una fácil comprensión de lo que es el precario.

Como expresa el ATS de 9 de abril de 2013, entre un concepto de precario en un sentido amplio, extendido a todos los que sin pagar merced disfrutan de la posesión de un inmueble, sin título o siendo ineficaz, por voluntad de su poseedor o sin ella, en contraposición a un concepto más estricto que es de precario como uso de un inmueble por graciosa concesión de su dueño,

existe jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el problema jurídico, habiendo optado la Sala, desde hace tiempo, por un criterio amplio en la conceptualización del precario, extendiendo el concepto a los que sin pagar merced disfrutan de la posesión de un inmueble sin título, o siendo ineficaz el invocado –SSTS de 11 de noviembre de 2010, que cita a su vez la STS de 6 de noviembre de 2008 y la STS de 13 de octubre de 2010, entre las más recientes–. La STS de 11 de noviembre de 2010 dice literalmente en su fundamento de derecho segundo: «El artículo 250 de la LEC de 2000 establece que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseerla finca. Como dice la STS de 6 de noviembre 2008, se trata de una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no le corresponde, aunque estemos en la tenencia del mismo y por tanto sin título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho; supuestos suficientemente amplios para reconducir hacia el juicio de desahucio lo que aquí se plantea con relación a la pose-

sión de una casa sin título o con título absolutamente ineficaz para destruir el de los actores y sin otra razón que la simple tolerancia de este último, evitando que la complejidad de la materia litigiosa, tan frecuente en la solución de los tribunales en la anterior normativa, remita a las partes al juicio declarativo correspondiente, impidiendo constatar a través de un juicio apto para ello lo que constituye el fundamento de la situación de precario».

Igualmente, para la STS núm. 300/2015, de 28 mayo (NCJ060058) la jurisprudencia ha considerado el precario en un sentido muy amplio, sin entrar en conceptualizaciones dogmáticas. Lo considera en todo caso de disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced o de detentar una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño o sin ella, carente de título o abusiva; lo resume como situación de hecho que implica la utilización gratuita de una cosa ajena; en todo caso, falta de título que justifique la posesión; y también, en todo caso, sin pagar merced. En este sentido, la STS de 26 diciembre 2005 dice:

Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario, que la STS de 30 de octubre de 1986 define como el «[...] disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella», por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño.

Igualmente, para la STS núm. 134/2017 de 28 febrero (NCJ062220) esta sala ha definido el precario como

una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho.

Y, en definitiva, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil confiere a este proceso carácter plenario al establecer que el desahucio de una finca cedida en precario se decidirá en juicio verbal (sin atribuirle en los artículos 439 y siguientes un carácter especial y sumario, produciendo la sentencia que se dicte efectos de cosa juzgada, según el artículo 447 en relación con la exposición de motivos de la ley, parágrafo XII, *in fine*). En esta se indica que:

La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas, aconseja en cambio, no configurar como sumarios, los procesos en que se aduzca como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad. Parece preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y pruebas, y finalice con plena efectividad,

variando, en consecuencia, la concepción anterior del precario acerca de lo que podía constituir su ámbito de discusión en el marco del juicio de desahucio, por lo que, a la vista de ello, es claro que no puede compartirse la circunstancia obstativa invocada (SAP de Valencia, Sección 8.ª, núm. 442/2008 de 14 julio). Por tanto, en procesos como el presente no cabe la alegación de cuestión compleja, ya que en el mismo se puede y deben ventilarse todas las cuestiones referentes a la posesión, tal y como se señala en la exposición de motivos de la ley procesal. Al prescindirse de la sumariedad y produciendo la sentencia efectos de cosa juzgada, estamos en presencia de un juicio plenario sin limitación de alegaciones y medios probatorios, en consecuencia, no se excluyen de su conocimiento las denominadas «cuestiones complejas».

Es cierto que, como expresa la STS de 13 de febrero de 2014, la resolución judicial que atribuye el uso y disfrute de una vivienda que es propiedad de un tercero no puede alcanzar a quien no ha sido parte en aquel proceso matrimonial (en matrimonio o unión de hecho).

De esta forma, el título judicial no ampara al poseedor frente al titular ajeno a la relación entre los cónyuges. Efectivamente, es doctrina reiterada que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, tanto a través del convenio regulador aprobado judicialmente, como de la decisión judicial en un proceso matrimonial contencioso, no es sino la mera atribución del uso exclusivo de la vivienda, esto es, de la facultad de usarla y disfrutarla, en la relación interna de los cónyuges, y no frente a terceros, de modo que la facultad de uso no modifica la titularidad anterior del matrimonio ocupante de la vivienda, por lo que si el matrimonio no tenía ningún título frente al propietario para ocupar la vivienda, el cónyuge usuario sigue sin tener ningún título frente el propietario después de la atribución del uso, por cuanto la atribución del uso no supone la creación de ningún título, sino la mera atribución a uno de los cónyuges de una facultad, la de uso, como posesión material de la vivienda, con base en el mismo título que, antes de la separación o el divorcio, ostentaran los cónyuges para la ocupación del domicilio familiar. En este sentido se han pronunciado las SSTS, pleno, de 14 y 18 de enero de 2010, según las cuales, con la adjudicación del uso a uno de los cónyuges que ocupan en precario la finca, no se obtiene, frente a un tercero, una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges, de modo que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, ya que la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular, para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar, es la propia de un precarista, continuando este en la misma condición una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial.

En este sentido, se pronuncia la SAP de Madrid, Sección 12.ª, núm. 536/2011, de 7 julio, para la cual tampoco puede considerarse que la concesión judicial, en procedimiento matrimonial, del uso de la vivienda transmute la situación jurídica. Expresamente, la STS de 14 de noviembre de 2008 declara que

no constituye título hábil a tal fin el correspondiente al derecho de uso y disfrute de la vivienda atribuido por resolución judicial a la esposa demandada, que es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son partes.

En todo caso, la regla general es la de que nadie puede otorgar lo que no tiene (*nemo dat quod non habet*) y, por ello, si uno de los convivientes no tiene ningún derecho distinto al precario sobre el inmueble, el otro, aunque se le adjudique el uso, no adquiere, respecto de terceros, ningún derecho distinto.

Ahora bien, la doctrina antes expuesta es compatible con nuestro caso, en el cual, los verdaderos propietarios de la vivienda son los propios cónyuges, a través de la sociedad interpuesta. Sobre todo cuando existe una confusión entre la masa patrimonial de la sociedad mercantil y la familiar, siendo los únicos socios de esta doña Ana y don Pedro, pues los principios de buena fe y equidad y la prohibición de fraude y abuso de derecho son principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico, sin que pueda disfrazarse la realidad con objeto de no declarar y ocultar los ingresos reales de la sociedad, y sin que tampoco sea admisible tratar de intentar separar la sociedad mercantil de la sociedad conyugal, cuando realmente los socios son los mismos, existe confusión patrimonial y no existe separación alguna de patrimonios, ni de personalidades, no hay autonomía jurídica del socio y la sociedad, de manera que, como expresa la SAP de Madrid, Sección 12.ª, núm. 536/2011, de 7 julio, no puede reputarse sorpresiva, contrariamente a lo que expone la apelada, la calificación de esa situación, trayendo a colación la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo, pues esa calificación no es sino una más correcta precisión jurídica, que no altera la esencia de la oposición de fondo. Y añade la citada SAP de Madrid que no cabe duda que tal cuestión es perfectamente examinable en el ámbito del desahucio por precario, pues afectando al título del demandante, e incluso a su legitimación material, entra dentro de las materias a tratar en el juicio.

En modo alguno puede sostenerse que estas apreciaciones alteren el fondo de la litis y la cuestión objeto de debate, porque la cuestión nuclear del presente caso es si la entidad Más y Más, SL tiene la condición de tercero, puesto que la improsperabilidad de la acción de precario se derivaría precisamente de que la titular de la vivienda no sea un tercero, al menos a los efectos de este proceso

Y, efectivamente, siguiendo la SAP de Madrid, Sección 10.ª, núm. 405/2015, de 11 noviembre, no puede soslayarse a estos efectos, como capítulo esencial, que, aunque la propiedad del inmueble pertenezca a la sociedad demandante, esta se encuentra integrada solamente por dos socios, en los términos que ya hemos expresado, quienes, aunque en distinto número, se reparten todas sus participaciones sociales. La titularidad de la vivienda a favor de la sociedad demandante fue puramente nominal, para que, como sociedad instrumental y patrimonial, apareciera como tal. Así pues, toda esta coyuntura, en la que la demandada usuaria es uno de los dos únicos titulares de la sociedad actora propietaria,

unida a una posesión del bien atribuida judicialmente en el marco del proceso de divorcio seguido entre las partes, determina que cualquier duda que, respecto a la apariencia creada por la constitución de la sociedad, no pueda ser resuelta sino a favor de la demandada opuesta, y al mismo tiempo, la técnica del levantamiento del velo conlleva a no considerar a aquella sociedad como un auténtico tercero –en este sentido, SAP de Madrid, Sección 12.ª, núm. 536/2011, de 7 julio–.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores consagrados en los artículos 1.1 y 9.3 de la Constitución, se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe del artículo 7.1 del Código Civil, a penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción de forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos como manifestación del fraude de ley a que se refiere el artículo 6.4 del Código Civil, admitiéndose la posibilidad de penetrar, mediante el denominado levantamiento del velo jurídico, en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia, no amparado por la ley, según el artículo 7.2 del Código Civil, en daño ajeno o de los derechos de los demás, o lo que es lo mismo, en ejercicio antisocial del derecho al uso de la distinta personalidad, proscribiendo la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros, escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos. Así, es doctrina comúnmente admitida –STS de 1 de marzo de 2001–, que la exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de la buena fe, según lo previsto artículo 7.1 del Código Civil, constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, que exige rechazar aquellas actitudes que no se ajustan al comportamiento considerado como honrado y justo.

Y en este sentido, para la STS de 21 de mayo de 2005 –citada en la SAP de Madrid, Sección 12.ª, núm. 536/2011 de 7 julio–, cuando

no existe separación alguna de patrimonios, ni de personalidades [...] no cabe ampararse en la aparente autonomía jurídica del socio y de la sociedad para distraer las responsabilidades de esta, por cuanto ello constituye un abuso de la personalidad formal que se utiliza como vehículo de fraude, lo que contradice los principios de la buena fe y equidad y vulnera la prohibición del fraude y el abuso de derecho que consagran los artículos 3.2, 6.4, 7.1 y 7.2 del Código Civil, y permite aplicar, por un lado, la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo; y, por otro, la doctrina jurisprudencial que niega la cualidad de tercero en las tercerías de dominio cuando hay coincidencia de intereses, o confusión de patrimonios o personalidades entre el demandante tercerista y el ejecutado.

La propia SAP de Madrid, Sección 12.ª, núm. 536/2011 de 7 julio aclara que la jurisprudencia creada en torno a la tercería de dominio presenta una evidente analogía con el caso

enjuiciado, que le hace compartir la *ratio decidendi*. En ambos supuestos se trata de quien se presenta como tercero en relación con la cuestión, cuando no hay sino apariencia formal de la separación entre quien acciona y el verdadero interesado, al que le afecta el resultado del proceso. Por eso, en este caso, el levantamiento del velo permite referir a quien no es sino una mera pantalla las consecuencias que para su real y efectivo dueño tienen las decisiones adoptadas en un proceso en el que este, y no la sociedad aparente, fue parte.

En definitiva, la situación que se plantea en nuestro caso no puede sino que calificarse de fraude de ley, conforme a lo establecido en el artículo 6.4 del Código Civil, que establece que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, y en el presente caso parece claro que con el subterfugio de transferir la propiedad a una sociedad limitada cuyos únicos titulares son las persona físicas que subyacen en la misma, no puede evitarse con la interposición de dicha sociedad la aplicación de las normas sobre el uso de la vivienda conyugal en caso de crisis matrimonial, y por tanto no puede entenderse que la sociedad actora hoy apelada sea un tercero respecto de la demandada hoy apelante, puesto que, como hemos visto, la citada sociedad no es sino una interposición de persona jurídica de ambos cónyuges –en este sentido, SAP de Madrid, Sección 18.^a, núm. 337/2016, de 14 septiembre–. Siguiendo la citada SAP de Madrid, Sección 18.^a, núm. 337/2016 de 14 septiembre, las alegaciones referentes a la expulsión por la fuerza del ocupante no son sino indicio de la grave y profunda crisis matrimonial existente entre ellos, pero no puede en modo alguno impedir que pueda considerarse lícita la posesión temporal de la misma en tanto en cuanto no se resuelva por el órgano que dilucide el conflicto matrimonial quién debe tener atribuido el uso del domicilio.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 1.1 y 9.3.
- Código Civil, arts. 3.2, 6.4 y 7.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 250, 439 y 447.
- SSAP de Madrid de 7 de julio de 2011 y de 14 de septiembre de 2016.
- STS 300/2015, de 28 de mayo (NCJ060058) y 134/2017, de 28 de febrero (NCJ062220).

Efectos de la concesión del BEPI para el hipotecante no deudor

José Ignacio Atienza López

*Letrado de la Administración de Justicia.
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

Extracto

El presente caso trata de aportar luz al efecto jurídico que, para el hipotecante no deudor, tiene la concesión al prestatario deudor del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando este beneficio abarca también al préstamo garantizado con la hipoteca. La extinción de la deuda derivada de la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (BEPI) no es definitiva, porque puede solicitarse al juez durante cinco años su revocación, ni absoluta, porque solo afecta al deudor concursado. La ley concursal no tiene ninguna referencia a los efectos de la concesión del beneficio respecto del hipotecante no deudor, ante lo cual debe acudir a una interpretación finalista de la norma, y sería ajena a la finalidad de la norma la extensión del beneficio al hipotecante no deudor, ya que esta finalidad es dar la segunda oportunidad al deudor, pero no al no deudor pero hipotecante, cuyo papel es el del fiador.

Palabras clave: exoneración del pasivo insatisfecho; hipotecante no deudor; interpretación finalista de la ley; cancelación de hipoteca.

Fecha de entrada: 15-04-2020 / Fecha de aceptación: 29-04-2020

Enunciado

Juan y Juana, sin relación de parentesco alguna, solicitaron en el año 2009 un préstamo hipotecario de 275.000 euros a una entidad bancaria, actuando Ana (amigo de ambos) como hipotecante no deudora, la cual garantiza el préstamo hipotecando una finca propia.

Juan y Juana, tras diferentes fracasos empresariales, han dejado de hacer frente al pago de las cuotas y se encuentran en situación de insolvencia, habiendo entrado ambos en fase preconcursal ante el juzgado de lo mercantil competente, y, habiendo intentado por separado el acuerdo extrajudicial de pagos, el mismo no se ha logrado, ante lo cual han presentado sus solicitudes de concurso consecutivo, que han sido tramitadas igualmente por separado ante el mismo juzgado de lo mercantil.

En los dos procedimientos han sido dictados autos de concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, en los cuales se detalla que uno de los créditos exonerados es el garantizado con la hipoteca constituida por Ana como hipotecante no deudora.

A la vista de ello, Ana ha presentado, con instancia privada ante el registro de la propiedad correspondiente, una solicitud de cancelación de la hipoteca, por entender que los autos concediendo el BEPI extienden también sus efectos extintivos del crédito exonerado a favor de la hipotecante no deudora.

¿Tiene razón Ana? ¿Debe cancelarse esa hipoteca?

Cuestiones planteadas:

- Efectos favorables para el hipotecante no deudor, por la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho al deudor principal, en relación con la cancelación de la hipoteca.
- Normativa aplicable y jurisprudencia en esta materia.

Solución

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho está regulado en el artículo 178 bis de la Ley Concursal como una solución de segunda oportunidad para las personas físicas, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.

El preámbulo del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, que introdujo el artículo 178 bis en la Ley Concursal, es muy significativo respecto de la finalidad de este mecanismo de la segunda oportunidad:

Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: el que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.

Este precepto trae causa de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2014 y de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre acuerdos marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas. Como señala la reciente Sentencia de 2 de julio de 2019 del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo (recurso 3669/2016 [NCJ064148]):

La finalidad de la norma es facilitar la segunda oportunidad, mediante la condonación plena de las deudas. Esta condonación puede ser inmediata o en cinco años. En ambos casos, se supedita a unas exigencias que justifiquen la condición de buena fe del deudor y a un reembolso parcial de la deuda. Este reembolso parcial debe tener en cuenta el interés equitativo de los acreedores y, en la medida de lo posible, debería ser proporcionado a los activos y la renta embargables o disponibles del deudor concursado, pues de otro modo en la mayoría de los casos la exoneración del pasivo se tornaría imposible, y la previsión normativa devendría prácticamente inaplicable.

Procede plantearse si el reconocimiento del citado beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho constituye una causa de extinción de las obligaciones o créditos a que dicho beneficio se extienda. Como premisa, ha de advertirse que, según señala la STS de 2 de julio de 2019, «el artículo 178 bis de la LC es una norma de difícil comprensión, que requiere de una interpretación jurisprudencial para facilitar su correcta aplicación».

Ante estas dificultades interpretativas, un sector doctrinal entiende que el beneficio de exoneración no produce una verdadera extinción de los créditos afectados, sino tan solo los hace inexigibles frente al deudor favorecido por esta medida. Naturalmente, para esta línea interpretativa, es plenamente coherente que el acreedor pueda seguir dirigiéndose frente a los fiadores o deudores solidarios. Se invocan en favor de esta tesis argumentos como el hecho de que el citado beneficio sea susceptible de revocación, en los términos establecidos en el artículo 178 bis, apartado 7, y, sobre todo, la referencia expresa que se recoge en los párrafos segundo y tercero del apartado quinto del citado artículo:

Los acreedores cuyos créditos se extingan no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos. Quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquel, salvo que se revocase la exoneración concedida.

Esta norma sería aplicable a las dos modalidades de exoneración que recoge el precepto: la exoneración definitiva prevista en el apartado 3.4.º del artículo 178 bis, y la provisional a que se refiere el apartado 3.5.º del mismo artículo.

Si se sigue esta línea interpretativa, hay que entender que el objetivo de esta medida legal no es extinguir de forma absoluta los créditos afectados, sino exonerar al concursado de responsabilidad por ellos. Por eso no surte efectos frente a los obligados solidarios ni frente a los fiadores. Si se tratase de una auténtica causa de extinción de la obligación, los codeudores solidarios también se verían liberados frente al acreedor, como ocurre en los casos a que alude el párrafo primero del artículo 1.143 del Código Civil: «La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.146». Y lo mismo puede sostenerse en relación con los fiadores. No puede olvidarse que, según el mismo Código, la fianza es accesoria del crédito (arts. 1.824 párrafo primero: «La fianza no puede existir sin una obligación válida», y 1.826: «El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor»), y que se si se extingue la obligación principal también se extingue la del fiador (art. 1.847: «La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor principal, y por las mismas causas que las demás obligaciones»).

Pero también existe otra postura doctrinal que sostiene que ha de diferenciarse entre los dos tipos de exoneración que recoge el artículo 178 bis de la Ley Concursal, entendiendo que la exoneración definitiva que regula el apartado 3.4.º sí que extingue de manera absoluta la deuda, provocando por aplicación del artículo 1.847 del Código Civil la correspondiente extinción de la fianza, siendo solamente aplicable la no extensión del beneficio de exoneración respecto de los fiadores, avalistas y deudores solidarios a los casos del apartado 3.5.º del citado artículo.

Sin embargo, no parece que pueda afirmarse que los ordinales 4.º y 5.º del apartado 3 del artículo 178 bis Ley Concursal regulen dos figuras o modalidades distintas de exoneración con efectos diferentes, sino que regulan dos vías o formas alternativas de exoneración del pasivo insatisfecho: El ordinal 4.º prevé una exoneración inmediata, y para ello exige el cumplimiento de unos requisitos; y el ordinal 5.º prevé una exoneración diferida en el tiempo, transcurridos cinco años y exige otros requisitos propios. Al margen de la vía que tome el deudor, los efectos que produce la exoneración respecto del deudor concursal, de los derechos de los acreedores frente a obligados solidarios y fiadores, o de cómo opere en el caso en que el concursado tuviera un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad, deberán ser los mismos en uno y otro caso.

La interpretación sistemática del precepto lleva a concluir que los efectos que produce el beneficio de la exoneración, regulados en los tres últimos párrafos del apartado 5, se producen, en todo caso, con independencia de que el deudor haya optado por una u otra vía que, además, puede ser modificada en el curso del procedimiento. De igual manera que se aplica en todo caso, se haya seguido una u otra vía, la posibilidad de revocación del beneficio durante los cinco años siguientes a la concesión o durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos, si se dieran los presupuestos del apartado 7 del artículo 178 bis Ley Concursal.

En definitiva, no puede afirmarse que la extinción de la deuda derivada de la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho sea absoluta ni definitiva. No es absoluta porque solo afecta al deudor concursado. La ley tiene en cuenta la situación individual del deudor y su comportamiento, y solo frente a él resulta inexigible la deuda, pero no frente a otros obligados solidarios o frente a sus fiadores o avalistas, respecto de los que el acreedor conservará todos sus derechos. Y tampoco puede afirmarse que se trate de una extinción definitiva, pues durante un plazo de cinco años podrá solicitarse del juez la revocación del beneficio, en cuyo caso los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso. Por ello parece más acertado hablar de exoneración inmediata en contraposición a la exoneración diferida en el tiempo, en lugar de exoneración definitiva y exoneración provisional, para referirse a las dos alternativas que prevé la ley en los ordinales 4.º y 5.º del apartado 3 del artículo 178 bis Ley Concursal.

No contiene la Ley Concursal referencia alguna a los efectos de este beneficio de exoneración respecto del hipotecante no deudor.

Es cierto que hay importantes diferencias entre los fiadores y los hipotecantes no deudores. Ya la Sentencia de 6 de octubre de 1995 del Tribunal Supremo (con un criterio reiterado por otras sentencias del mismo tribunal, como la de 3 de febrero de 2009) señalaba:

Quando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal, no se convierte en modo alguno en deudor, baste pensar que su responsabilidad se agota en el límite del dinero eventualmente obtenido al realizar la hipoteca, y si este es insuficiente no tendrá otra vía el acreedor que perseguir otros bienes del deudor, aunque no haya pacto limitativo de responsabilidad, porque el artículo 140 no es aplicable más que a las hipotecas constituidas por los deudores en sus propios bienes, como se desprende del artículo 105. Lo mismo sucedería en caso de pérdida o destrucción de la cosa, sin culpa del hipotecante que determinaría la extinción de la hipoteca, sin que su patrimonio quede sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada. En conclusión, si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador. Todo fiador contrae una obligación y es, en consecuencia, deudor, bien que sujeto (si no es solidario) a la «conditio iuris» del impago. El dueño de la cosa hipotecada carece del beneficio de orden y excusión y no contrae obligación de afianzar, sino que enajena el poder de realización de la hipoteca, que tiene el rango de derecho real ejercitable «erga omnes».

Ello no obstante, debe tenerse en cuenta que también existen importantes puntos en común, dado que ambos son garantes de una deuda ajena, el fiador con toda su responsabilidad patrimonial universal y el hipotecante no deudor con la afección del bien hipotecado. Repárese que la reciente Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario al fijar en su artículo 2.1 el ámbito de aplicación equipara fiador y garante, sometiéndoles al mismo nivel de protección.

Tanto en el caso de la fianza como en el de la hipoteca en garantía de deuda ajena, la extinción de la obligación principal produce la extinción de la respectiva garantía accesoria. Sin embargo, otro tipo de vicisitudes que puede concurrir en el deudor no tiene necesaria-

mente que excluir la posibilidad de que el acreedor se dirija frente a los garantes. Así, en el ámbito de situaciones concursales, si bien refiriéndose a un caso de prenda en garantía de deuda ajena, pero con conclusiones extensibles al caso del hipotecante no deudor, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de junio de 2014, afirmó, en un caso de concurso del deudor favorecido por la garantía, que:

Una cuestión es que las obligaciones no se puedan exigir al concursado, obligado principal, y otra distinta es que, vencidos los intereses del préstamo, de conformidad con el artículo 59 LC, tratándose de una garantía real, puedan ser satisfechas por el fiador real, tercero pignorante, hasta el límite de la garantía constituida.

Y este centro directivo, en su Resolución de 15 de octubre de 2014, permitió la inscripción de un decreto de adjudicación librado en un procedimiento de ejecución hipotecaria dirigido exclusivamente contra el hipotecante no deudor, dado que contra dicho deudor no era posible dirigir la acción, por hallarse en situación de concurso de acreedores.

Teniendo en cuenta finalmente la necesaria interpretación teleológica, una extensión del beneficio al hipotecante no deudor sería ajena a la finalidad de la norma. Por la misma razón que tampoco alcanza el beneficio al fiador o avalista: porque la finalidad de la norma es facilitar la segunda oportunidad al deudor y porque también hay que respetar el interés equitativo de los acreedores. Como se ha señalado durante el debate de la ley, si bien se ha tratado de dar una segunda oportunidad a aquellos deudores de buena fe, tampoco se ha pretendido minar la posición de determinados acreedores, lo que sin duda provocaría un efecto contrario a la seguridad jurídica y al impulso económico. No debe olvidarse que, al no ser el bien del concursado, no puede formar parte de la masa activa, por lo que el acreedor hipotecario no podría ejercitar la acción en el procedimiento concursal, porque el juez del concurso no es competente para tramitarlo (art. 8 Ley Concursal). Y el crédito, aunque esté en la masa pasiva, carece del carácter de privilegiado por recaer la garantía sobre bienes de un tercero, razón por la cual el acreedor no podría haberse opuesto a la concesión del beneficio, por no cumplirse el requisito de haberse satisfecho en su integridad los créditos concursales privilegiados, como exige el ordinal cuarto o, al menos, haberlos incluido en el plan de pagos previsto en el ordinal quinto. Lo que avoca a este acreedor hipotecario insatisfecho a un perjuicio económico que tampoco redundaría en modo alguno en beneficio del deudor concursal. De todo ello la conclusión nos lleva jurídicamente a la evidencia de que el hipotecante no deudor no puede extender los efectos del BEPI en su favor para lograr la cancelación de la hipoteca.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.143, 1.824, 1.826 y 1.847.
- Ley 22/2003 (Concursal), arts. 8 y 178 bis.
- RDGRN de 15 de octubre de 2014 (NCR005951).
- SSTS de la Sala 1.^a de 6 de octubre de 1995 y de 2 de julio de 2019.

Subvención concedida por un organismo autónomo a empresa

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF-*

Extracto

En este caso se plantean diversas cuestiones jurídicas que surgen como consecuencia de una subvención concedida por un organismo autónomo a una entidad mercantil a través de un proceso de concurrencia competitiva. Así, en primer lugar, se plantea el ajuste a derecho tanto de la aprobación de las bases por el propio organismo autónomo como las consecuencias de la ausencia del plan estratégico. En segundo lugar, la legalidad de la participación de una empresa que tenía pendiente el pago de un reintegro en una anterior subvención. A continuación, el posible conflicto de intereses como consecuencia de que el director del organismo autónomo tenía una participación de un 15 % en una empresa que resultó beneficiaria. Finalmente, a los cinco años de la concesión, se tiene conocimiento de condena por delito de cohecho a los representantes de la entidad beneficiaria, por lo que se pone en marcha procedimiento de revisión de oficio.

Palabras clave: subvenciones; bases; reintegro; conflicto de intereses; revisión de oficio de la adjudicación.

Fecha de entrada: 02-04-2020 / Fecha de aceptación: 24-04-2020

Enunciado

La entidad Corchos y Tapones de Extremadura, SL recibió en su día una subvención concedida por órgano máximo del organismo autónomo Instituto de Fomento, adscrito al ministerio competente en materia de empleo, por importe de 60.000 euros, tras participar en un procedimiento competitivo para la concesión de ayudas a empresas y entidades y personas relacionadas con la actividad agrícola. No consta la aceptación de la propuesta de resolución definitiva, en el plazo que se le otorgó, por parte de la entidad beneficiaria.

Las bases y convocatoria habían sido aprobadas por el citado organismo autónomo.

Contra las mismas, un ciudadano de Sevilla solicita la revisión de oficio de las bases por existir vicios del ordenamiento jurídico. Pasado el tiempo, más de 10 meses, este ciudadano no recibió contestación alguna de la administración. Ignora la vía a seguir a continuación en defensa de su pretensión.

El ministerio no había aprobado el correspondiente plan estratégico de subvenciones.

En el citado procedimiento de concesión de subvenciones tomó parte una sociedad anónima, Agricolasa, que tenía pendiente el pago de reintegro a favor de Ministerio de Hacienda, por importe de 25.000 euros, como consecuencia de una anterior subvención concedida que no dedicó al fin previsto en su otorgamiento, por lo que le fue incoado procedimiento que finalizó mediante resolución que le impuso la obligación de reintegro antes señalada. Esto determinó que fuera excluido del procedimiento en las propuestas de resolución provisional. Por ello, interpuso recurso administrativo.

En aplicación de las bases reguladoras de la subvención la Administración anticipó 20.000 euros a la entidad Corchos y Tapones de Andalucía, SL. Por ello, le exigió a la beneficiaria una garantía –aval bancario– por importe de 30.000 euros.

Agricolasa acabó recurriendo la concesión de la subvención a la entidad Corchos y Taponos de Andalucía, SL, toda vez que el director del organismo autónomo tenía participación en un 15 % en la citada sociedad beneficiaria.

Pasados cinco años se acredita ante la Administración, a través de un escrito anónimo, que los representantes legales de la entidad Corchos y Taponos de Extremadura, SL había sido condenados por delito de cohecho con anterioridad a la concesión de la subvención. Comprobada la realidad de lo denunciado, el órgano concedente pone en marcha el procedimiento de revisión de oficio para anular la concesión concedida, con audiencia de la entidad. Este acaba señalando que el acto de concesión de las ayudas era nulo de pleno derecho, afectando dicha nulidad a los posteriores convenios para materializar el pago. La resolución consideró, sin embargo, que los efectos de la nulidad debían quedar atemperados, en aplicación de la Ley 39/2015, por el tiempo transcurrido y por razones de seguridad jurídica, por lo que no se acordó iniciar el procedimiento para la restitución de la ayuda indebidamente percibida.

Cuestiones planteadas:

1. Consecuencias de la falta de aceptación de la propuesta de resolución definitiva por parte de la entidad beneficiaria de la subvención.
2. Analice el ajuste a derecho de las bases y convocatoria aprobada por el organismo autónomo.
3. ¿Cómo deberá resolverse la revisión de oficio realizada por un ciudadano de Sevilla?
4. Comente razonadamente la conducta de que pasados 10 meses no había recibido contestación de la Administración, ignorando la vía a seguir para que sea estimada su solicitud.
5. Consecuencias de la no aprobación previa del plan estratégico de subvenciones.
6. Comente las consecuencias jurídicas del participante pendiente de pago de reintegro consecuencia de una anterior subvención. Analice la exclusión en propuesta de resolución provisional. Analice el recurso interpuesto por el excluido.
7. Analice la legalidad de exigencia de garantía por anticipo de 30.000 euros.
8. Analice el recurso de Agricolasa porque el administrador de la sociedad concesionaria era el director del organismo autónomo.
9. Comente el ajuste a derecho de la anulación del acto de la concesión de la subvención, pero, por el tiempo transcurrido y razones de seguridad jurídica, no se acordó iniciar el procedimiento para obtener el reintegro de lo concedido.

Solución

1. Consecuencias de la falta de aceptación de la propuesta de resolución definitiva por parte de la entidad beneficiaria de la subvención.

Señala la Ley 38/2003, General de Subvenciones (en adelante, LGS) en su artículo 24. 4, 5 y 6, que:

4. El órgano instructor, a la vista del expediente y del informe del órgano colegiado, formulará la propuesta de resolución provisional, debidamente motivada, que deberá notificarse a los interesados en la forma que establezca la convocatoria, y se concederá un plazo de 10 días para presentar alegaciones.

Examinadas las alegaciones aducidas en su caso por los interesados, se formulará la propuesta de resolución definitiva, que deberá expresar el solicitante o la relación de solicitantes para los que se propone la concesión de la subvención, y su cuantía, especificando su evaluación y los criterios de valoración seguidos para efectuarla.

El expediente de concesión de subvenciones contendrá el informe del órgano instructor en el que conste que de la información que obra en su poder se desprende que los beneficiarios cumplen todos los requisitos necesarios para acceder a las mismas.

5. La propuesta de resolución definitiva, cuando resulte procedente de acuerdo con las bases reguladoras, se notificará a los interesados que hayan sido propuestos como beneficiarios en la fase de instrucción, para que en el plazo previsto en dicha normativa comuniquen su aceptación.

6. Las propuestas de resolución provisional y definitiva no crean derecho alguno a favor del beneficiario propuesto, frente a la Administración, mientras no se le haya notificado la resolución de concesión.

Parece que la ley exige aceptación expresa y, una vez aceptada, vendrá la resolución definitiva. Por lo que, al menos, se trata de un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Ahora bien, si pese a esta omisión, la Administración no reacciona y acaba concediéndole la subvención mediante la oportuna resolución y el interesado no se opone y realiza la actividad subvencionada, parece que hay una aceptación tácita por parte de la entidad beneficiaria y que la ausencia de aquella aceptación expresa fue subsanada.

En todo caso, la culpable ha sido la Administración que, ante la falta de aceptación, no debió conceder la subvención. Lo que no puede ser es que, posteriormente, realizada la actividad se pretenda por quien es la culpable del vicio, la Administración, invocar la posible causa de anulabilidad para revisar un acto viciado por su culpa. En este sentido, el artículo 115.3 señala que los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado.

2. Analice el ajuste a derecho de las bases y convocatoria aprobada por el organismo autónomo.

Conforme al artículo 17.1 de la LGS:

En el ámbito de la Administración General del Estado, así como de los organismos públicos y restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de aquella, los ministros correspondientes establecerán las oportunas bases reguladoras de la concesión.

Las citadas bases se aprobarán por Orden Ministerial, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno –hoy, art. 26–, y previo informe de los servicios jurídicos y de la Intervención Delegada correspondiente, y serán objeto de publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

No será necesaria la promulgación de orden ministerial cuando las normas sectoriales específicas de cada subvención incluyan las citadas bases reguladoras con el alcance previsto en el apartado 3 de este artículo.

Se trataría de un vicio de nulidad absoluta, pues estamos ante una incompetencia material, toda vez que las bases tienen el valor de norma reglamentaria y, por tanto, no son susceptible ni de delegación ni de convalidación.

Si no hay recurso alguno contra esta aprobación, la forma de expulsar esta disposición del ordenamiento jurídico sería la revisión de oficio, conforme al artículo 106.2 de la LPAC, siendo necesario el informe favorable del Consejo de Estado.

Respecto a la convocatoria, conforme al artículo 10.1 de la LGS, los ministros y los secretarios de estado en la Administración General del Estado y los presidentes o directores de los organismos y las entidades públicas vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, cualquiera que sea el régimen jurídico a que hayan de sujetar su actuación, son los órganos competentes para conceder subvenciones, en sus respectivos ámbitos, previa consignación presupuestaria para este fin. De manera que tenía la competencia el organismo autónomo para la convocatoria.

3. ¿Cómo deberá resolverse la revisión de oficio realizada por un ciudadano de Sevilla?

Es cierto que para la revisión de oficio de actos nulos el artículo 106.1 de la LPAC permite de oficio o a solicitud de interesado instar la revisión de oficio de actos nulos, pero no estamos en este caso, sino ante una disposición general nula –por lo dicho anteriormente–, en este sentido, el artículo 106.2 señala que los misma sólo pueden ser revisados «de

oficio». Por ello, a este escrito debe dársele la naturaleza de derecho de petición del artículo 29 de la Constitución, que se desarrolla en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición.

Si se tratara de un acto nulo, habría que ver si tienen legitimación o no para solicitar la revisión, pues se exige la condición de «interesado» (titular de derecho o interés) en el artículo 106.1.

4. Comente razonadamente la conducta de que pasados 10 meses no había recibido contestación de la Administración, ignorando la vía a seguir para que sea estimada su solicitud.

Conforme al artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2001, no nos encontramos ante un supuesto de inadmisión de la petición (no se admitirán las peticiones cuyo objeto sea ajeno a las atribuciones de los poderes públicos, instituciones u organismos a que se dirijan, así como aquellas cuya resolución deba ampararse en un título específico distinto al establecido en esta Ley que deba ser objeto de un procedimiento parlamentario, administrativo o de un proceso judicial. Tampoco se admitirán aquellas peticiones sobre cuyo objeto exista un procedimiento parlamentario, administrativo o un proceso judicial ya iniciado, en tanto sobre los mismos no haya recaído acuerdo o resolución firme), luego debió admitirse y tramitarse conforme a los artículos 11 y siguientes de la referida ley.

Al no hacerlo así, la Administración, presuntamente, ha vulnerado un derecho susceptible de amparo constitucional, el artículo 29 de la CE –derecho de petición– que goza de toda la protección que le dispensa el artículo 53.1 de la Constitución.

De acuerdo con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/2001, el plazo para resolver era de tres meses –que, en este caso, ya habían pasado– y el silencio administrativo era negativo o desestimatorio, conforme al artículo 24.1 de la Ley 39/2015.

Con respecto a la vía a seguir en defensa de su pretensión, el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2001 se refiere a la protección jurisdiccional señalando que:

El derecho de petición es susceptible de tutela judicial mediante las vías establecidas en el artículo 53.2 de la Constitución, sin perjuicio de cualesquiera otras acciones que el peticionario estime procedentes. Podrán ser objeto de recurso contencioso-administrativo, por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, establecido en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

- a) La declaración de inadmisibilidad de la petición.
- b) La omisión de la obligación de contestar en el plazo establecido.

- c) La ausencia en la contestación de los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior.

Por otra parte, podría haber recurrido ante este silencio de la Administración, en primer lugar y de forma potestativa, interponiendo el recurso de reposición ante la mismo organismo autónomo, ya que los actos del órgano máximo ponen fin o agotan la vía administrativa conforme al artículo 114 de la Ley 39/2015 y, con posterioridad o directamente, el recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, a tenor del artículo 9.1 c), que señala que conoce en primera o única instancia de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra las disposiciones generales y contra los actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo i) del apartado 1 del artículo 10.

5. Consecuencias de la no aprobación previa del plan estratégico de subvenciones.

El artículo 8.1 de la LGS señala que:

Los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

Por su parte, el artículo 10 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, referido a los principios directores establece que:

1. Los planes estratégicos de subvenciones a que se hace referencia en el artículo 8 de la Ley General de Subvenciones se configuran como un instrumento de planificación de las políticas públicas que tengan por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

Y el artículo 11 referido al ámbito de los planes estratégicos:

1. Se aprobará un plan estratégico para cada Ministerio, que abarcará las subvenciones tanto de sus órganos como de los organismos y demás entes públicos a él vinculados [...]. 4. Los planes estratégicos contendrán previsiones para un periodo de vigencia de tres años, salvo que por la especial naturaleza del sector afectado, sea conveniente establecer un plan estratégico de duración diferente.

El Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 4.^a, en Sentencia de 28 de enero de 2013, rec. núm. 57/2012, señala que:

El artículo 8.1 de la Ley General de Subvenciones establece: «1. Los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria».

De este precepto pueden obtenerse, sin esfuerzo dialéctico, dos conclusiones: el plan estratégico tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención; y el precepto es imperativo y categórico.

Consideramos que la dicción del precepto, exigiendo con carácter previo el plan estratégico, no es tangencial y no sistemático, como sostiene la sentencia de instancia, sino requisito esencial y previo a la regulación de la subvención, de tal forma que sí requiere una formalización o instrumentalización externa que, aunque no es exigible una determinada formalidad, sí una definición específica que pueda ser identificada.

Apoya esta interpretación el mismo artículo 8, en su apartado 3, al establecer:

«3. La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

- a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad igualdad y no discriminación.
- b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.
- c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos».

Es decir, la propia norma –y de ahí también su imperatividad y no mera tangencialidad– alude a los objetivos de transparencia, eficacia y eficiencia, que debe presidir la gestión de las subvenciones. Lo que puede relacionarse también con la disposición adicional 13.^a de la misma ley, para darnos definitiva interpretación de la imperatividad del precepto, de carácter básico, como recoge la sentencia de instancia.

Es claro, por no ser ni siquiera discutido en el proceso, que dicho plan estratégico no ha sido elaborado por lo que procede, pues, estimar el primer motivo de impugnación y, con ello siendo innecesario examinar el segundo, estimar el recurso y decidir la cuestión litigiosa en primera instancia.

En igual sentido se manifestó la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 26 de junio, y las de 4 de diciembre de 2012 y 16 de abril de 2013, entre otras.

Por tanto, la subvención otorgada, en su caso, tendría un vicio de nulidad absoluta por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

6. Comente las consecuencias jurídicas del participante pendiente de pago de reintegro consecuencia de una anterior subvención. Analice la exclusión en propuesta de resolución provisional. Analice el recurso interpuesto por el excluido.

El artículo 21 del Reglamento de Subvenciones referido a las obligaciones por reintegro de subvenciones señala que:

1. A efectos de lo previsto en el artículo 13.2 g) de la Ley se considerará que los beneficiarios o las entidades colaboradoras se encuentran al corriente en el pago de obligaciones por reintegro de subvenciones cuando no tengan deudas con la Administración concedente por reintegros de subvenciones en periodo ejecutivo o, en el caso de beneficiarios o entidades colaboradoras contra los que no proceda la utilización de la vía de apremio, deudas no atendidas en periodo voluntario.
2. Se considerará que los beneficiarios o las entidades colaboradoras se encuentran al corriente en el pago de obligaciones por reintegro de subvenciones cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de la correspondiente resolución de reintegro.

De manera que habría que examinar si nos encontramos en presencia de este segundo apartado para ver si fue excluido o no legalmente.

En cuanto al recurso contra la propuesta de resolución provisional señala el artículo 24.4 de LGS que:

Una vez evaluadas las solicitudes, el órgano colegiado al que se refiere el apartado 1 del artículo 22 de esta ley deberá emitir informe en el que se concrete el resultado de la evaluación efectuada.

El órgano instructor, a la vista del expediente y del informe del órgano colegiado, formulará la propuesta de resolución provisional, debidamente motivada, que deberá notificarse a los interesados en la forma que establezca la convocatoria, y se concederá un plazo de 10 días para presentar alegaciones.

por lo que, al tratarse de un acto de trámite no cualificado –art. 112 de la Ley 39/2015– deberá ser no admitido, pues estos actos no son susceptibles de recurso alguno. En suma, habría que esperar a la resolución definitiva; lo que sí podría hacer son alegaciones, conforme a la Ley 39/2015, LPAC, que permite hacerlas en cualquier momento del procedimiento antes de la propuesta de resolución definitiva.

Ahora bien, el escrito que denomina recurso administrativo, en aplicación del principio *in dubio pro actione*, debió ser tramitado como de alegaciones, que sí permitía la ley.

7. Analice la legalidad de exigencia de garantía por anticipo de 30.000 euros.

El artículo 45 del reglamento señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la ley, cuando las bases reguladoras contemplen la posibilidad de realizar pagos a cuenta o anticipados, podrán establecer un régimen de garantías de los fondos entregados.

Por su parte, según el artículo 46, la garantía se constituirá por un importe igual a la cantidad del pago a cuenta o anticipado, incrementada en el porcentaje que se establezca en las bases reguladoras y que no podrá superar el 20 % de dicha cantidad.

De manera que, al exceder de tal límite, estamos ante un acto administrativo anulable, a tenor del artículo 48 de la Ley 39/2015, si bien puede conservarse el acto hasta el límite permitido.

8. Analice el recurso de Agricolasa porque el administrador de la sociedad concesionaria era el director del organismo autónomo.

El artículo 1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado señala que:

1. La presente ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico aplicable a quienes ejercen un alto cargo en la Administración General del Estado y en las entidades del sector público estatal.
2. A los efectos previstos en esta ley, se consideran altos cargos:

d) Los Presidentes, los Vicepresidentes, los Directores Generales, los Directores ejecutivos y asimilados en entidades del sector público estatal, administrativo, fundacional o empresarial, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que tengan la condición de máximos responsables y cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los Presidentes y Directores con rango de Director General de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; los Presidentes y Directores de las Agencias Estatales, los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias y el Presidente y el Secretario General del Consejo Económico y Social.

El artículo 13 d) de la LGS especifica que es causa de prohibición para estar subvencionado:

Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley

Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.

El artículo 14 referido a las limitaciones patrimoniales en participaciones societarias señala que:

1. Los altos cargos no podrán tener, por sí o por persona interpuesta, participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local, o que reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración Pública.

El artículo 25 de la Ley 3/2015 señala que:

1. A los efectos de esta ley, y sin perjuicio del régimen sancionador previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre se consideran infracciones muy graves:

a) El incumplimiento de las normas de incompatibilidades a que se refiere la presente ley.

Además, de acuerdo con el artículo 13.4, las prohibiciones contenidas en los párrafos b), d), e), f), g), h), i) y j) del apartado 2 y en el apartado 3 de este artículo se apreciarán de forma automática y subsistirán mientras concurren las circunstancias que, en cada caso, las determinen. La de nuestro caso es la de la letra d).

Por tanto y, en conclusión, esta subvención es nula de pleno derecho por aplicación del artículo 47.1 f): los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Respecto a la legitimación de Agricolasa para recurrir esta concesión es discutible, pues ella fue excluida del procedimiento, luego tendrá legitimación para recurrir su exclusión pero no para recurrir la adjudicación a otro. Ahora bien, si recurrió su exclusión, no cabe duda de que tiene interés en que se anule otra concesión de subvención porque, en definitiva, podría beneficiarle a ella. De manera que gozaría de legitimación al amparo del artículo 19 de la LJCA.

9. Comente el ajuste a derecho de la anulación del acto de la concesión de la subvención, pero, por el tiempo transcurrido y razones de seguridad jurídica, no se acordó iniciar el procedimiento para obtener el reintegro de lo concedido.

El principio de legalidad exige que los actos administrativos se ajusten al ordenamiento jurídico, permitiendo que la Administración revise los actos ilegales. Por el contrario, la

seguridad jurídica, en cuanto valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico, exige que los actos administrativos dictados, y consiguientemente las situaciones por ellos creadas, gocen de estabilidad y no puedan ser revisados fuera de determinados plazos.

Ahora bien, cuando la ilegalidad del acto afecta al interés público general, al tratarse de infracciones especialmente graves, su conservación resulta contraria al propio sistema, como sucede en los supuestos de nulidad de pleno derecho, por lo que la revisión de tales actos no está sometida a un plazo para su ejercicio (art. 106 Ley 39/2015).

La declaración de nulidad queda limitada a los supuestos particularmente graves y evidentes, al permitir que el ejercicio de la acción tendente a revisar actos que se han presumido válidos durante un largo periodo de tiempo por sus destinatarios pueda producirse fuera de los plazos ordinarios de impugnación que el ordenamiento establece. Tal y como han señalado las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2001, 27 de diciembre de 2006 y 18 de diciembre de 2007,

el artículo 102 LRJPA –hoy 106 de la Ley 39/2015– tiene como objeto, precisamente, facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su inatacabilidad definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental, ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho y perpetuada en el tiempo, produzca efectos jurídicos, pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia.

Partiendo de que la revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho se puede realizar en cualquier momento y, por tanto, se trata de una acción imprescriptible, hay que tener en cuenta que el artículo 110 de la Ley 39/2015 establece una cláusula de cierre que limita la posibilidad de revisión en supuestos excepcionales, al disponer que:

Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulta contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

En definitiva, si de un lado la ley establece la posibilidad de proceder a la revisión de oficio sin sujeción a plazo (en cualquier momento), en el artículo 110 se establece la posibilidad de que su ejercicio se modere por la concurrencia de las circunstancias excepcionales que en él se prevén, limitándose la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto que incurre en un vicio de especial gravedad, ponderando las circunstancias de todo orden concurrentes y los bienes jurídicos en juego. Esta previsión legal permite que los tribunales puedan controlar las facultades de revisión de oficio que puede ejercer la Administración, confiriéndoles un cierto margen de apreciación sobre la conveniencia de eliminación del acto cuando por el excesivo plazo transcurrido y la confianza creada en el tráfico jurídico o

en terceros se considera que la eliminación del acto y de sus efectos es contraria a la buena fe o la equidad, entre otros factores.

Ahora bien, la correcta aplicación del artículo 110 de la Ley 39/2015, como ya dijimos en la STS núm. 1404/2016, de 14 de junio (rec. núm. 849/2014), exige

dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado, la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u «otras circunstancias»); por otro, el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes.

Es por ello que la jurisprudencia ha sostenido que

la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación del artículo 110 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego, comprendiendo el precepto tanto la prescripción tributaria, como la de los derechos y obligaciones originados en el seno de las relaciones entre la Administración y el ciudadano y los derechos adquiridos en las relaciones entre particulares (STS de 17 de enero de 2006). Y también hemos señalado que este límite opera tan solo cuando el ejercicio de la facultad de revisión que pretende hacer valer la parte actora se presenta contrario a la buena fe y como tal no merece ser acogida la postura de quien consciente y voluntariamente difiere de forma tan exagerada las posibilidades de reacción que siempre tuvo a su disposición, estando prevista la aplicabilidad de dicho artículo 106 precisamente como adecuado complemento para evitar que la ausencia de un plazo para instar la nulidad pueda ser torticeramente utilizada en actuación contraria a la buena fe,

tal y como señala la STS de 1 de julio de 2008 (rec. núm. 2191/2005).

En el supuesto que nos ocupa, invocando razones de seguridad jurídica, aplicó el artículo 110 de la Ley 39/2015 y declaró que no procedía iniciar el procedimiento para la devolución de las cantidades indebidamente percibidas. A tal efecto, consideró que el plazo de cuatro años de prescripción para la restitución de la ayuda, previsto tanto en la Ley General de Subvenciones (art. 39) como en la Ley General Presupuestaria había sido superado desde la fecha de los cuatro años.

Varias son las razones por las que no puede compartirse la interpretación y aplicación que del artículo 110 de la Ley 39/2015 realiza el tribunal de instancia.

En primer lugar, porque no es posible asimilar el mero transcurso del plazo de prescripción de las acciones para exigir el reintegro de la subvención con los límites excepcionales que pueden oponerse a las facultades de revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho.

Conviene empezar por recordar que no nos encontramos ante un supuesto de reintegro por incumplimiento, previsto en el artículo 37 de la LGS, sino ante la declaración de nulidad de la

concesión de la ayuda (art. 36.1.a de la LGS), por concurrir algunos de los motivos de nulidad de pleno derecho contemplados en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015. Nulidad que determina, conforme el apartado 4 del artículo 36 de la LGS, la devolución de las cantidades percibidas.

La acción destinada a instar la nulidad de pleno derecho, a diferencia de las acciones para exigir el reintegro, no está sujeta a plazo alguno de prescripción, y precisamente por ello el artículo 110 de la Ley 39/2015 permite que solo pueda impedirse su ejercicio en supuestos excepcionales. Es por ello que el lapso temporal utilizado para el ejercicio de la acción de revisión no se ha identificado con los plazos de prescripción de las acciones frente actos anulables, sino que ha recibido una interpretación mucho más restrictiva, reservándose para aquellos supuestos en los que el plazo transcurrido resulta excesivo y desproporcionado, afectando a la seguridad jurídica generada, y muy especialmente cuando afecta a terceros. Normalmente en aquellos casos en los que el lapso de tiempo transcurrido desde que se conocieron las irregularidades o vicios del acto y la actitud de pasividad mostrada desde entonces permite entender que debe primar el principio de seguridad jurídica frente al de legalidad, pues la equidad y buena fe hacen improcedente su revisión. Así se ha considerado por la jurisprudencia, aplicando la excepción prevista en el artículo 106 cuando se ha pretendido la anulación de deslindes aprobados décadas antes de su revisión (SSTS de 21 de febrero de 2006, rec. núm. 62/2003, y 20 de febrero de 2008, rec. núm. 1205/2006); o en los casos de anulación de un acuerdo de colegiación instado veinte años después (STS de 16 de julio de 2003, Sección 4.^a, rec. núm. 6245/1999), por entender que resulta contraria a la equidad; o cuando habían transcurrido 58 años desde la aprobación del deslinde que se pretendía impugnar (STS de 17 de noviembre de 2008, rec. núm. 1200/2006), entre otros.

En todo caso, la aplicación de este precepto exige que se hubiese razonado sobre su aplicación.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 29 y 53.1.
- Ley Orgánica 4/2001, Reguladora del Derecho de Petición, arts. 8, 11.1 y 12.
- Ley 50/1997, del Gobierno, arts. 24 y 26.
- Ley 38/2003, de Subvenciones, arts. 8, 10, 13, 17.1, 22, 24, 36 y 47.
- Ley 47/2003, LGP.
- Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, arts. 1 y 25.
- Ley 39/2015, LPAC, arts. 48, 106, 110, 112, 114 y 115.3.
- Ley 40/2015, LRJSP.
- Real Decreto 887/2006, Reglamento de la Ley de Subvenciones.

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, Constitucional y Administrativo y Penal.

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 (6.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.



Más de **350 libros digitales** en las áreas de

- Calidad y medioambiente
- Ciencias de la salud
- Contabilidad
- Derecho laboral y Seguridad Social
- Derecho administrativo
- Derecho civil
- Derecho constitucional
- Derecho mercantil
- Derecho penal
- Derecho procesal
- Economía y finanzas
- Educación
- Historia
- Idiomas
- Informática
- Ingeniería
- Marketing
- Periodismo
- Psicología
- Recursos humanos
- Tributación

// Facilidades de pago

// Entrega inmediata

// También en papel

Tu currículum no dice que
**TE SACASTE
EL GRADO
MIENTRAS
CUIDABAS
A TU HIJO.**

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



ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es

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

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

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

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

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

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

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

Facultad de Ciencias Jurídicas

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

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

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

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

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

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geostrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

DESCUENTO ESPECIAL EN GRADOS. MATRÍCULA ABIERTA