

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 229 | Febrero 2020

ISSN: 1699-129X

Regulación de los mercados en la era digital

Fernando Díez Estella

Deberes de la sociedad matriz en su condición de accionista

Julia Mas-Guindal García-Rojas

Pautas de indemnización derivada de un accidente de tráfico

María Victoria Álvarez-Buján

Pasado y presente del contrato menor

Laura Magarzo Fernández



**MATRÍCULA
ABIERTA**

MÁSTERES Y CURSOS

MADRID | BARCELONA | VALENCIA | ONLINE

ÁREA JURÍDICA

Asesoría Jurídico-Laboral | Compliance | Contratación en el Sector Público | Derecho Concursal | Derecho de Familia | Derecho Laboral | Especialización en Derecho Deportivo | Especialización en Derecho Procesal Penal | Litigios Familiares y Sucesorios. Aspectos Civiles y Fiscales | Práctica de la Abogacía | Práctica en Derecho Procesal-Laboral | Propiedad Intelectual

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es



Revista CEFLegal

Núm. 229 | Febrero 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

- La regulación de los mercados en la era digital: *¿Quo vadis, Europa?* 5-40
Regulating markets in the digital era: Quo vadis, European Union?
Fernando Díez Estella
- Examen, a partir de un caso práctico, de las indemnizaciones por lesiones temporales y secuelas derivadas de un accidente de tráfico 41-54
Analysis, based on a practical case, of compensation for temporary injuries and long terms physical damages caused by a traffic accident
María Victoria Álvarez Buján
- Los deberes de la sociedad matriz en su condición de accionista 55-80
The duties of parent companies
Julia Mas-Guindal García-Rojas

Constitucional-administrativo

- Pasado y presente del contrato menor: Una mirada analítica a su régimen jurídico 81-108
Past and present of minor contracts: An analytic view on its legal regime
Laura Magarzo Fernández

Casos prácticos

Civil

- Demanda por responsabilidad sanitaria de la Administración a la aseguradora 109-119
Adelaida Medrano Aranguren

Impugnación de filiación y derecho de allegados a relacionarse con menores José Ignacio Esquivias Jaramillo	120-126
Responsabilidad notarial en el juicio de identidad de los comparecientes José Ignacio Atienza López	127-137
Mercantil	
Daños causados por vehículo incendiado en garaje de vivienda y cobertura del seguro de hogar o del vehículo responsable Casto Páramo de Santiago	138-141
Administrativo	
Administración local. Información de grupos municipales. Contrato de obras Julio Galán Cáceres	142-158
Normas de publicación	159-160

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

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



La regulación de los mercados en la era digital: ¿*Quo vadis*, Europa?

Fernando Díez Estella

*Profesor titular (acreditado) de Derecho Mercantil.
Centro Universitario Villanueva (UCM)*

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio «Estudios Financieros» 2019** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto 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.

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

Extracto

En los últimos 10 o 15 años los mercados han experimentado vertiginosos cambios derivados, entre otras cosas, de la digitalización de nuevos modelos empresariales y formas de hacer negocio. Pese a que Europa aspira a la creación de un verdadero *mercado único digital*, lo cierto es que en la actualidad las empresas que dominan el panorama (Google, Facebook, Amazon y Apple) son todas estadounidenses. En este trabajo se analiza la respuesta regulatoria que la Unión Europea está dando a este reto de la digitalización de los mercados, en algunos aspectos cruciales, como son: el tratamiento del *big data*; la evaluación competitiva de las plataformas digitales; la imposición de multas por prácticas de abuso de posición dominante (art. 102 TFUE) a los gigantes tecnológicos; las restricciones verticales en el comercio *online* y el tratamiento de las fusiones y adquisiciones en este ámbito. Especial consideración merece el *Informe sobre Política de Competencia en la Era Digital*, de abril de 2019, que es una auténtica declaración de principios en este terreno, y parte de una infundada desconfianza en las empresas digitales, establece una suerte de presunción de culpabilidad sobre sus prácticas en el mercado y desde luego no incentiva la innovación y el emprendimiento digital en Europa.

Palabras clave: digitalización; defensa de la competencia; *big data*; plataformas digitales.

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

Cómo citar: Díez Estella, F. (2020). La regulación de los mercados en la era digital: ¿*Quo vadis*, Europa?. *Revista CEFLegal*, 229, 5-40.



Regulating markets in the digital era: *Quo vadis*, European Union?

Fernando Díez Estella

Abstract

These years have witnessed profound changes in market structure and businesses models, due to the digitization of the economy. Although the European Union aims to create an authentic *digital single market*, truth nowadays is that American companies such as Google, Facebook, Amazon or Apple are the ones leading the path. In this paper we examine what regulatory answer is the EU giving to this challenge of new digital markets. Prominent features of such competitive environment are examined, such as: big data, digital platforms, abusive conduct by high-tech companies, vertical restraints in e-commerce distribution and digital mergers. We pay close attention to the recent report issued in April 2019 by the European Commission, *Competition Policy for the Digital Era*. A first glance of the report suggests an unfavourable assessment, given its culpability presumption and unfounded suspicion on digital enterprises, which, certainly, does not support innovation and digital entrepreneurship in the EU.

Keywords: digitization; competition policy; big data; digital platforms.

Citation: Díez Estella, F. (2020). La regulación de los mercados en la era digital: *¿Quo vadis*, Europa?. *Revista CEFLegal*, 229, 5-40.





Sumario

1. Introducción: ¿hacia un verdadero mercado digital en Europa?
2. El Informe de la Comisión Europea (abril 2019)
 - 2.1. El punto de partida: ¿una actitud adecuada para estos nuevos mercados?
 - 2.2. El papel del Derecho de la competencia ante los mercados digitales
 - 2.3. El «gap transatlántico»: diferentes enfoques Unión Europea / Estados Unidos
3. El papel del *big data* en los mercados digitales
4. El interfaz Derecho de la competencia y mercados digitales
 - 4.1. Las plataformas digitales y la economía colaborativa
 - 4.2. Fusiones y adquisiciones en los mercados digitales: ¿hacia un nuevo paradigma?
 - 4.3. Los algoritmos de fijación de precios: cuando el cartelista es un robot
 - 4.4. Restricciones verticales en la distribución *online* y *geo-blocking*
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introducción: ¿hacia un verdadero mercado digital en Europa?

Desde la publicación¹, en mayo de 2015, de la Estrategia para el Mercado Único Digital en Europa, se han sucedido muchos acontecimientos en nuestro Viejo Continente, y veloces cambios y transformaciones que no podían ni sospecharse hace solo 5 o 10 años. Este documento programático lo define como:

Aquel en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada y en el que personas y empresas pueden acceder fácilmente a las actividades y ejercerlas en línea en condiciones de competencia, con un alto nivel de protección de los consumidores, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia.

Y habla de protección de datos personales, el impulso del comercio transfronterizo, promover la creación de empresas, crear empleo, y la normativa de competencia. No concreta las herramientas o políticas específicas para conseguirlo.

En estas páginas nos proponemos hablar de algunos de esos aspectos, desde la perspectiva mercantil, al hilo también de recientes asuntos que implicaban a conocidas empresas tecnológicas, propias de los nuevos mercados digitales, y que han recibido un trato dispar en la Comisión Europa cuando han sido acusadas de prácticas anticompetitivas, de infringir la normativa de protección de datos o han solicitado autorización para fusionarse o adquirir otras empresas.

Entre sus objetivos se encuentra el impulso del comercio electrónico a través de la prohibición de bloqueo geográfico, la modernización de las normas sobre derechos de autor, actualizar las normas de la Unión Europea en materia audiovisual, la consolidación de la Agencia Europea de las Redes y de la Información (ENISA), liberar el potencial de una economía de datos, garantizar a todos los ciudadanos una conexión óptima a internet, adaptar las normas sobre privacidad y contribuir a que empresas, Administraciones públicas y ciudadanos aprovechen al máximo las nuevas tecnologías².

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, Bruselas, 6 de mayo de 2015, COM (2015) 192 final.

² Comisión Europea. *Mercado Único Digital: Derribar barreras para aprovechar las posibilidades que ofrece internet*. Recuperado de <<https://ec.europa.eu>> (último acceso el 12 de diciembre de 2019).

Como es bien conocido, donde sí se han dado pasos firmes y claros es en el ámbito de la protección de datos, con la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos³ (en adelante, RGPD), que entró en vigor el 25 de mayo de 2018, así como en el ámbito de la protección de derechos de autor, con la recientísima aprobación por el Parlamento Europeo –el pasado 26 de marzo de 2019– de la nueva Directiva de Derechos de Autor⁴ en la Unión Europea.

El RGPD ha obligado a una revisión en profundidad de las políticas de protección de datos de las empresas, ha creado la figura del delegado de protección de datos, y, en fin, ha llevado –en nuestro país– a la aprobación de una nueva LOPD, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁵. Por su parte, la nueva Directiva de Copyright ya se ha proclamado como una indiscutible victoria de los autores y titulares de derechos de propiedad intelectual frente a las grandes multinacionales de internet –Facebook, YouTube, Instagram–, y que sin duda cambiará la manera de actuar *online*.

A su vez, en el mes de abril de 2019, se publicó⁶, con el título *Competition Policy for the Digital Era* (en adelante, el Informe), toda una declaración de principios de lo que la Comisión Europea piensa sobre la regulación de los nuevos mercados digitales. En concreto, y como propuesta de partida, aboga por un «endurecimiento» en la aplicación de las normas del Derecho de defensa de la competencia, y cuando estas sean insuficientes, por una mayor regulación sectorial. Este enfoque es el trabajo que vamos a desarrollar en estas páginas, prestando especial atención a la normativa *antitrust*, ya que este derecho en cierta forma es el más completo en cuanto a regulación del mercado se refiere, pues su carácter transversal –frente al sectorial de otras normativas– hace que abarque también a las demás áreas objeto del Informe.

Hace unos pocos años se decía, como gran novedad, que estos sectores «tecnológicos» estaban caracterizados por el uso intensivo de las TIC (tecnologías de la información y la comunicación), y que en gran medida tenían el uso de internet como base del modelo empresarial (*web-based economy*). A día de hoy, y como no podía ser menos en un mercado en el que los modelos de negocio son innovativos y dinámicos, «disruptivos», hay una serie de rasgos añadidos que inciden fuertemente en el mercado y han reconfigurado el panorama: el hecho de que operan sobre plataformas (*multi-sided markets*); la popularidad y extensión de las redes sociales; el fenómeno *big data*, y el rol que los datos juegan en el proceso competitivo; y, finalmente, que ahora internet no se usa desde un PC, sino a través de aplicaciones desde dispositivos móviles (tabletas, *smartphones*, etc.), dando lugar a lo que se conoce como *app-based economy*.

³ Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DOUE L 119, 4 de mayo de 2016, pp. 1-88.

⁴ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2019, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, COM (2016) 0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD). Recuperado de <<http://www.europarl.europa.eu>>.

⁵ BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018, pp. 119788 a 119857.

⁶ Disponible en <<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>

Son muchos los aspectos económicos de este tipo de mercados que todavía están por definir, y no hay aún un modelo que explique exactamente cómo funcionan, y de ahí la complejidad de aplicarle las normas regulatorias «tradicionales» y el acervo jurisprudencial que se ha ido forjando en contextos totalmente distintos, de la vieja economía. Lo que no ofrece muchas dudas es que los casos que vamos a analizar en estas páginas hacen referencia a unas empresas muy concretas (conocidas ahora por el acrónimo GAFA, Google, Amazon, Facebook y Apple), cuyas prácticas comerciales han revolucionado el mercado tal como antes lo conocíamos y la forma de hacer negocios (Simon, 17 de mayo de 2012).

Para el análisis de todas estas cuestiones, seguiremos el siguiente esquema: tras este epígrafe de introducción, se llevará a cabo, en el apartado 2, una somera caracterización de estos nuevos mercados digitales, poniendo de manifiesto lo especialmente complejo que es en ellos la intervención regulatoria. En este apartado, naturalmente, habremos de prestar especial atención a las conclusiones que el Informe de la Comisión Europea refleja, ya que son la premisa necesaria sobre el debate de la conveniencia o no de modificar la normativa de mercado para adaptarla al ecosistema digital. A continuación, en el apartado 3 se examina uno de los elementos clave de los mercados digitales: los datos. Sobre esta cuestión, se analizará también la reciente decisión de la autoridad alemana de competencia (FCO) sobre la conducta en relación con los datos personales de sus usuarios de la empresa Facebook. Seguidamente, en el apartado 4, centraremos el análisis en algunos de los fenómenos sin duda más característicos y representativos de estos mercados: las plataformas digitales y la economía colaborativa (apartado 4.1); cómo en el ámbito digital la evaluación de las fusiones y adquisiciones de empresas se dirige hacia un nuevo paradigma (apartado 4.2); la creciente utilización en todo tipo de sectores de los algoritmos para la fijación del precio de venta de los productos (apartado 4.3); y, por último, la incidencia del comercio online en las nuevas restricciones verticales y la práctica del *geo-blocking* (apartado 4.4). Finalmente, en el apartado 5 de este comentario se ofrecen una serie de conclusiones y valoración global de las cuestiones examinadas.

2. El Informe de la Comisión Europea (abril 2019)

2.1. El punto de partida: ¿una actitud adecuada para estos nuevos mercados?

El Informe caracteriza (capítulo 2) la economía digital con tres grandes rasgos: retornos «extremos» derivados de las economías de escala, efectos de red y el papel de los datos⁷. Y, en opinión de los expertos que han elaborado el Informe, «no hace falta repensar los objeti-

⁷ El papel crucial de los datos en el proceso competitivo ya había sido reconocido «oficialmente» por las autoridades francesa y alemana de competencia, en su informe conjunto en 2016, *Competition Law and Data*. Recuperado de <<https://www.bundeskartellamt.de>> (último acceso el 14 de diciembre de 2019).

vos fundamentales del derecho de competencia al hilo de la revolución digital» (capítulo 3). Pensamos que aquí el Informe incurre en cierta contradicción interna, pues mientras sigue afirmando en este capítulo que «el sistema de defensa de competencia, tal cual está contenido en los artículos 101 y 102 TFUE, supone una base sólida y suficientemente flexible para proteger la competencia en la era digital», por ejemplo en el capítulo 5, al hablar de los datos, reconoce la necesidad de «una actualización del análisis tradicional del derecho de competencia aplicable a los *aftermarkets*, ya que en su actual estado no tiene en consideración suficientemente las especificidades de los datos».

Una de las premisas que nos parece más objetable del Informe de la Comisión es la contenida en este capítulo 2, cuando al caracterizar estos mercados afirma que «la experiencia señala que los grandes operadores digitales ya instalados son muy difíciles de desplazar».

En nuestra humilde opinión, lo que la experiencia señala es precisamente lo contrario (basta pensar en redes sociales, en MySpace; o en buscadores, en Yahoo; o en navegadores, en el Explorer). No es suficiente que se concluya la frase anterior con el *caveat* «aunque hay poca evidencia empírica del coste en eficiencias que supone esta dificultad». Porque de esta premisa se sigue la siguiente conclusión, que es –una vez más, en nuestra opinión– aterradora para el desarrollo de los mercados digitales en Europa:

Desde la óptica de la política de competencia, hay una razonable preocupación de que las empresas digitales dominantes tienen fuertes incentivos para incurrir en conductas anticompetitivas. Todos estos factores tienen un enorme peso en el modo en que la competencia tiene lugar en la economía digital; requieren una vigorosa aplicación de la normativa de competencia y justifican los ajustes en la forma en que este derecho se aplica⁸.

Decimos que nos parece sencillamente «aterrador» esta postura manifestada en el Informe (recordemos que no es todavía una política oficial adoptada por la Comisión Europea, pese a que se titule *Competition Policy for the Digital Era*, ya que a ella no le corresponde esa tarea, sino al Parlamento y al Consejo) por dos motivos: en primer lugar, porque es una suerte de inversión de la presunción de inocencia, de modo que a partir de ahora la carga de la prueba de que una práctica realizada por una empresa dominante del sector digital no es anticompetitiva le corresponde a ella. En segundo lugar, porque –ahondado en el gap transatlántico– la política de competencia en Europa sigue estando amedrentada por la obsesión con el *underenforcement*, y el afán intervencionista y regulador, mientras que en Estados Unidos ocurre totalmente lo contrario.

En este sentido, señalaba un reciente artículo⁹ de la prestigiosa revista *The Economist*, tras analizar precisamente todos los asuntos que vamos a examinar en estas páginas, que

⁸ Informe de la Comisión (abril 2019), *cit.*, p. 3 (traducción propia).

⁹ Europe takes on the tech giants (23 y 29 de marzo de 2019). *The Economist*, p. 19 y ss.

no sorprendía que, con semejante planteamiento, de las 20 mejores compañías del mundo en el ámbito digital, 15 sean americanas, y sin embargo solo una europea. Y, como duramente concluía, en el ámbito digital, Europa es vista por muchos como «un yermo para el emprendimiento empresarial y la cuna espiritual de la burocracia».

Tanto en las jurisdicciones americana como europea, hay dos rasgos que caracterizan el habitual enfoque de las autoridades a la hora de aplicar la normativa *antitrust* en este ámbito: por un lado, una especie de fijación¹⁰ contra empresas líderes en sectores intensivos en I+D y caracterizados por un gran dinamismo tecnológico (*high-tech markets*); y, por otro, una suerte de «amnesia»¹¹ sobre principios legales y económicos largamente asimilados en el Derecho antitrust, como el hecho de que una excesiva intervención por parte de las autoridades o un enfoque extremadamente formalista puede llevar a comprometer la emergencia de estos nuevos modelos de negocio, y en consecuencia limitar el desarrollo económico de las empresas y los países.

Asimismo, y pese a que no faltan tampoco autorizadas publicaciones¹² que denuncian un deseo de protagonismo mediático de los responsables de las autoridades antitrust, ya que estos asuntos siempre atraen grandes titulares de prensa, este aspecto concreto no será analizado aquí, ya que en este trabajo se abordarán las cuestiones desde ópticas más técnicas y jurídico-económicas.

Hace ya casi 40 años, la administración antitrust americana emprendió la que sería su primera gran «cruzada» contra un gigante tecnológico, líder indiscutido –entonces– de la industria informática, la compañía IBM. Visto con la perspectiva de estos cuatro lustros, y teniendo en cuenta los cientos de miles de documentos examinados, los miles de horas de interrogatorio de testigos y expertos, y los millones de dólares invertidos en el caso, nadie duda ya de que fue «uno de los mayores despropósitos en la historia de la litigación antitrust» (Boudin, 1984, p. 838).

Al igual que aquella actuación ha merecido en la doctrina la calificación de «arrogante» (Lopatka, 2000), nuestra propuesta, en línea con un amplio sector doctrinal que ha estudiado esta cuestión¹³, es la de una actitud de prudencia y cautela a la hora de aplicar las prohibiciones contenidas en la normativa antitrust a prácticas empresariales y mercados cuyo funcionamiento interno y dinámicas propias todavía no son del todo conocidas por

¹⁰ Hasta el punto de que autorizadas voces en el ámbito académico, después de analizar las últimas actuaciones contra empresas como Google pidieron –ya se ve que con poco éxito– a las autoridades antitrust, literalmente, que «den un respiro» al sector (Evans, 2012).

¹¹ Nos parece muy sugerente –y acertada– la propuesta, a este respecto, de Ibáñez-Colomo y De Stefano (2018).

¹² *Vid.* Will the computer industry ever escape its antitrust problems? (7 de mayo de 2009). *The Economist*.

¹³ *Vid.*, por todos, Balto y Coffman (2012).

los economistas, y pensamos que por eso despiertan recelos y sospechas entre las autoridades de competencia. Y una actuación sobre la base de sólidos fundamentos legales y económicos (Houck, 2012, p. 2), y no una suerte de «intuiciones» o pálpitos, que es lo que a veces parece guiar algunas actuaciones de las autoridades de competencia cuando afrontan decisiones en estos mercados.

2.2. El papel del Derecho de la competencia ante los mercados digitales

La caracterización de gran parte de los mercados digitales, con un amplio apoyo en sistemas online y alto grado de innovación tecnológica, presenta –en líneas generales– una serie de rasgos que los distinguen de los mercados tradicionales, que históricamente han sido objeto de escrutinio antitrust. Hemos tenido ocasión de desarrollar esta caracterización en publicaciones recientes (Díez Estella, 2019), y a ellas nos referimos aquí para no reiterar el análisis. Nos centraremos en este apartado en los puntos que señala, a este respecto, el Informe de la Comisión Europea.

Se empieza por destacar la estructura de plataforma¹⁴ de gran parte de estos mercados, y a ello dedica el Informe todo el capítulo 4, destacando la importancia (para preservar un grado de competencia aceptable en los mercados en los que estas plataformas operan) de promover tanto la competencia *por* el mercado (evitando las estrategias de las empresas dominantes que impidan la entrada de nuevas plataformas, o se expandan a mercados vecinos) como la competencia *en* el mercado (dentro de la propia plataforma, en la que ella misma actúa como regulador de mercado, estableciendo normas de actuación para sus usuarios). Serán objeto de análisis más detallado en el apartado 4.1 de este trabajo.

Se habla igualmente en el Informe (capítulo 3) de los «extremos» retornos, y cómo el coste de producción de los servicios y productos digitales es mucho menos que proporcional al número de clientes servidos. Esto es así porque los bienes y servicios que se ofertan en el entorno digital y la *app-based economy* tienen un coste marginal próximo a cero. Es cierto que las inversiones iniciales son cuantiosas, pero una vez desarrollado el producto o la aplicación de que se trate, el coste de «fabricar» una unidad adicional es irrisorio.

La peculiar caracterización de estos mercados hace que la evaluación antitrust de las prácticas comerciales que tienen lugar en ellos sea particularmente compleja –no solo para las autoridades de competencia, naturalmente, también en sede de revisión judicial–¹⁵ por una serie de razones ya muy asimiladas por la doctrina, aunque no siempre aceptadas por

¹⁴ *Vid.*, para un análisis del peculiar funcionamiento de estos mercados, Evans y Noel (2007) y Musgrove (2013).

¹⁵ *Vid.*, a este respecto, la muy elocuente intervención de un ex magistrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Da Cruz Vilaça (2018).

las autoridades de competencia: 1) dificultad de distinguir las conductas pro-competitivas de las anti-competitivas (Jenny, 2008); 2) el hecho de que las compañías tecnológicas son habitualmente líderes¹⁶ en sus sectores, y en estos mercados la competencia es *por* el mercado y no *en* el mercado, lo que dificulta especialmente la aplicación del artículo 102 del TFUE en el «ecosistema digital»¹⁷; y, 3) el éxito de estas empresas parece atraer la atención de los reguladores invirtiendo la presunción de inocencia para establecer –como hemos visto que hace el Informe de la Comisión Europea– una suerte de presunción de comportamiento abusivo.

Esta «presunción», y la sospecha que el Informe arroja sobre las empresas que operan en estos nuevos mercados digitales, junto con la propuesta que se hace de invertir la carga de la prueba, y que no sea la autoridad de competencia que instruye el expediente sancionador la que demuestre los efectos anticompetitivos, sino la empresa, han sido ya duramente criticados (Lamadrid, 2019, pp. 2 y ss.).

El Informe dedica todo el capítulo 3, bajo el título «Objetivos y metodologías del Derecho de la Competencia en la UE para la era digital», a señalar qué conceptos establecidos, doctrinas y metodologías hay que repensar y adaptar para aplicarlas a las plataformas, los ecosistemas digitales y la economía de los datos. En concreto, se abordan los siguientes:

- El estándar de bienestar del consumidor.
- La definición de mercado relevante.
- La medida del poder de mercado.
- El marco analítico coste-error.
- La interacción competencia/regulación.

Es en este peculiar contexto en el que tiene que desarrollarse el «juicio» sobre las conductas de las empresas que operan en estos mercados digitales, y su evaluación desde el punto de vista de infracción del Derecho de defensa de la competencia. Se entiende por ello cómo el balance entre evitar los errores de tipo I (*falso positivo*, condenar una conducta lícita) y los de tipo II (*falso negativo*, dejar impune una conducta restrictiva de la competencia) es especialmente delicado.

¹⁶ «Los mercados de alta tecnología están habitualmente caracterizados por ingentes inversiones iniciales en I+D, una intensa competencia por innovaciones "rompedoras", y amplias economías de escala, así como efectos de red que generan cuantiosas ganancias en un corto periodo de tiempo para el innovador más exitoso. Estas son las características de los mercados "winner-take-all"» (Economides, 1996, p. 683).

¹⁷ *Vid.*, por ejemplo, la completa y rigurosa obra de Akman (2013) que analiza la prohibición del artículo 102 del TFUE, tal cual está siendo aplicada por las autoridades comunitarias de competencia, y se hace eco –y lo fundamenta– de las principales críticas y quejas vertidas contra el actual estado de la cuestión.

Pese a que el Informe de partida rechaza los presupuestos del análisis coste-error (que vamos a exponer seguidamente), sin embargo, en el capítulo 6, al hablar de las fusiones y adquisiciones en el ámbito digital, advierte de la necesidad de minimizar los falsos negativos en el análisis competitivo de una operación de concentración, ya que los costes de incurrir sistemáticamente en estos errores de tipo II, dice, son «extremadamente altos».

2.3. El «gap transatlántico»: diferentes enfoques Unión Europea / Estados Unidos

Sin embargo, y como veremos en apartados posteriores, la actitud de la Comisión Europea al aplicar la normativa comunitaria en estos sectores se desmarca de esta actitud de cautela, y como tal ha sido valorada muy críticamente por un amplio sector doctrinal (Hagiu y Padilla, 2001 y Jiménez Laiglesia, 2001), entre otras cosas por los motivos que aquí estamos apuntando. Como ha quedado dicho, el propio Informe, en su capítulo 3, expresamente rechaza aplicar este enfoque a partir de un análisis «caso a caso», y en cambio propone «trasladar sus conclusiones generales a los test de legalidad de las conductas».

En su núcleo, el enfoque coste-error es un marco analítico simple pero efectivo que exige evidencia¹⁸ empírica para sustentar –sobre la base de argumentos económicos sólidos– la opinión sobre las consecuencias en el mercado de determinadas prácticas empresariales. Además, y a diferencia de otros enfoques más teóricos y difusos, arroja unos resultados óptimos en términos de reglas aplicables, previsibilidad económica y seguridad jurídica.

Llama por ello la atención, como venimos advirtiendo, que las autoridades de competencia comunitarias adopten una actitud tan agresiva y poco cautelosa en este tipo de casos, a diferencia de lo que lleva ya años haciendo el Tribunal Supremo americano, que en asuntos como *Leegin*¹⁹, *Linkline*²⁰ y *Trinko*²¹, se muestra en cambio contrario a esta interpretación expansiva de la prohibición de abuso de posición dominante.

En los primeros análisis que ya se han publicado del Informe de la Comisión Europea, destacados académicos del Derecho de la competencia critican (Ibáñez-Colomo, 5 de abril de 2019) que se estén proponiendo una serie de cambios de cierta entidad en el modelo actualmente vigente cuando no está claro que los mercados digitales sean tan novedosos

¹⁸ En estos mercados de alta tecnología, más que en ningún otro tipo de sectores, esto es una exigencia fundamental para imputar a una empresa una conducta anticompetitiva. *Vid.*, a este respecto, la opinión de un académico –firme defensor en todos sus artículos del enfoque *coste-error*– y que más tarde se incorporó a la FTC (Federal Trade Commission): Wright (2013).

¹⁹ 551 U.S. 877, 886 (2007).

²⁰ 129 S. Ct. 1109, 1122 (2009).

²¹ 540 U.S. 398, 414 (2004).

para justificar ese apartamiento de los principios y criterios ya establecidos, y desde luego falta suficiente evidencia empírica y consenso entre los expertos.

El debate que hemos apuntado en la introducción, sobre la conveniencia –o no– de actualizar la normativa reguladora de la actividad en el mercado en la Unión Europea, en términos más amplios, ya se había planteado en la doctrina²² desde hace ya casi 20 años, y la vertiginosa evolución tecnológica y la profunda transformación empresarial que la revolución digital ha supuesto no hace sino agudizarlo; lo cierto es que a día de hoy no hay un consenso sobre la adecuación del «instrumental» clásico para el análisis y evaluación de los nuevos mercados digitales, y la correcta comprensión de los nuevos modelos de negocio y prácticas empresariales.

Lo que está fuera de discusión, sin embargo, es que estas peculiaridades de los mercados digitales les exima del escrutinio antitrust; como señaló hace pocos años –y en donde se considera que es el corazón de la innovación tecnológica americana, Silicon Valley– la responsable antitrust del Departamento de Justicia Americano, hablando de las operaciones de concentración, «los mercados de alta tecnología no tienen una patente de corso, y su impacto sobre la competencia habrá de evaluarse caso por caso» (Hesse, 2014). Como ya tuvimos ocasión de plantear, en esta misma revista (Díez Estella, 2014) hace unos años, a raíz de las investigaciones por parte de la Comisión Europea contra Google, lo que en todo caso sí es necesario es cuestionarse si nuestras «viejas» reglas del Derecho de la competencia son adecuadas para estos «nuevos» mercados digitales.

Por ejemplo, parece del todo contraproducente que la evaluación de mercados *dinámicos* se lleve a cabo con herramientas analíticas *estáticas*: *v. gr.* la definición de mercado relevante que atiende únicamente a la cuota de mercado de una empresa en un momento dado²³. En estos mercados tecnológicos y digitales la cuota de mercado, a los efectos de determinación del poder de mercado de una empresa, puede considerarse como «irrelevante» (Patterson, 27 de abril de 2012, pp. 3 y ss.), y por tanto el poder de mercado que supuestamente confiere «pasajero» (Hesse, 2014, p. 5).

En este sentido, la línea de razonamiento que siguen los tribunales al otro lado del Atlántico nos parece más acertada que la postura europea que se desprende de los casos que vamos a analizar. Así, como señaló acertadamente el Tribunal de Apelación estadounidense en *Microsoft*: «Los veloces cambios tecnológicos llevan a sectores en los que las empresas compiten, a través de la innovación, por un dominio temporal del mercado, del cual pueden ser desplazados por la siguiente oleada de nuevos desarrollos de productos»²⁴.

²² *Vid.*, por todos, Ahlborn (2001).

²³ Así lo señala, entre otros muchos autores, Cass (2012, p. 3): «Los problemas surgen, en parte, porque los efectos de red son *dinámicos*, mientras que las principales herramientas para el análisis antitrust –sobre todo respecto a la definición de mercado relevante– son *estáticas*».

²⁴ *U.S. v. Microsoft*, 253 F.3d 35 (D.C. Circuit 2001), n.º 49.

3. El papel del *big data* en los mercados digitales

Pese a que se habla mucho ya del *big data*, no siempre se ofrece una caracterización adecuada de este polivalente concepto; a efectos de este trabajo, vamos a definirlo como «la captura digital de masivos volúmenes de información, susceptible de ser tratada a través de algoritmos» (Forrest, 2019, p. 10).

Ya hemos señalado en la introducción como este es uno de los pilares del mercado único digital para la Unión Europea, y la preocupación por parte de las autoridades comunitarias sobre el manejo y tratamiento de datos personales va orientada, principalmente, hacia el aspecto de la privacidad, como lo refleja el espíritu y el texto del RGPD. Sin embargo, hay otro aspecto que quizá ha pasado más inadvertido, y es el que vamos a analizar aquí, que es el impacto sobre la competencia en los mercados que tiene el *big data*. Esta cuestión queda perfectamente reflejada en el pronunciamiento²⁵ del pasado 7 de febrero de 2019 del Bundeskartellamt (FCO - Federal Cartel Office) en el caso Facebook.

Esta decisión supone, además, un absoluto desmarque del enfoque tradicional de la prohibición de abuso de posición dominante seguido hasta ahora en el enjuiciamiento de las conductas empresariales que llevan a cabo las empresas líderes en sus respectivos sectores. En efecto, a diferencia de las multas por conducta presuntamente abusiva que la Comisión Europea ha impuesto a Google, en las que por lo menos puede argumentarse que las categorías tradicionales del derecho de la competencia para enjuiciar este tipo de prácticas anticompetitivas (conductas exclusionarias, restricciones contractuales, uso de efectos de red para consolidar una posición dominante en el mercado, etc.) son propias tanto de los mercados «clásicos» como de los nuevos mercados digitales.

Sin embargo, en esta «disruptiva» decisión, la autoridad alemana de competencia ha considerado acreditado que la popular red social usaba sus servicios filiales (las plataformas de mensajería WhatsApp y de compartir fotografías Instagram) para recabar datos de sus usuarios, incluso a través de los clásicos botones de «me gusta» o «compartir», que sin necesidad de que sus usuarios los clicaran cuando visitaban páginas web de terceras empresas, transmitían información, a través del servicio Facebook Analytics, y todos estos datos eran empleados con fines comerciales y a efectos de publicidad selectiva.

La particularidad de este asunto es que representa una notable expansión de concepto clásico de dominancia, en cuanto que el Bundeskartellamt –que, recordemos, no es una agencia reguladora de protección de datos, como en España puede ser la AEPD– considera que la tenencia y empleo de datos personales de los usuarios es un elemento determinante para considerar que se detenta poder de mercado, en un ecosistema digital.

²⁵ No hay todavía disponible una versión oficial de la decisión, puede consultarse la nota de prensa en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html?nn=3599398 (última consulta el 24 de noviembre de 2019).

Naturalmente, ya se han alzado voces críticas contra este pronunciamiento, señalando que se ha puesto más el foco en cuestiones de privacidad que en el concreto impacto sobre la competencia en el mercado. Sin embargo, lo que no ofrece ninguna duda es que supone un paso hacia novedosas consideraciones del poder de mercado y los datos personales, que de consolidarse y ser acogida por la Comisión Europea, supondría un impacto más que significativo en el *enforcement* antitrust en toda la Unión Europea.

Hace apenas tres años, en una conferencia en Múnich, tras recalcar la importancia de los datos en la industria digital, y las eficiencias derivadas de su acumulación y uso, a la vez que alertaba frente a algunos de los riesgos inherentes al manejo de big data, afirmaba con toda seguridad la comisaria Vestager (17 de enero de 2016) que «no creo que tengamos que acudir a la normativa de competencia para resolver los problemas de privacidad».

Hoy en día puede decirse que «digital» equivale a *data-driven*, por lo que la relevancia competitiva que se otorgue a este factor será lo determinante del *enforcement* antitrust en estos mercados. El impacto de los datos en el poder de mercado de una empresa digital ya ha sido estudiado por la doctrina (Lerner, 2014). Por otro lado, y como veremos en el último apartado de este trabajo, esto tampoco es una novedad en la praxis decisoria de la Comisión Europea, que ya desde hace más de una década ha prestado considerable atención al big data en el proceso competitivo y ha analizado su papel específico en concentraciones de empresas digitales, como por ejemplo el caso²⁶ *Google/DoubleClick* o el caso²⁷ *TomTom/TeleAtlas*.

En el Informe se habla de las «especificidades de los datos» en el capítulo 6. Pues bien, trataremos, en estas páginas, de extraer una pauta de cómo la Comisión Europea y destacadas autoridades de competencia de Estados miembros las tienen en cuenta a la hora de evaluar comportamientos y mercados. De menos a más, veremos como en el ámbito del control de concentraciones a la CE no le parece que la acumulación de datos suponga un riesgo competitivo (caso *Apple/Shazam*). En cambio, en el ámbito de las conductas restrictivas, el hecho de que una empresa posea una ingente cantidad de datos que sus competidores no pueden replicar sí se considera una barrera de entrada de la que se deduce –junto con otros factores– una posición dominante (caso *Google Shopping*). Finalmente, en un caso extremo (*Facebook*), el Bundeskartellamt ha considerado que la forma de recabar datos y emplearlos es una conducta abusiva contraria al Derecho de la competencia.

Puede que la opinión de la comisaria Vestager haya que matizarla, porque algo de esta nueva *interface* entre la protección de datos y el derecho de competencia se puede cons-

²⁶ Caso M.4731, *Google/DoubleClick*, 11 de marzo de 2008, conforme al art. 8.1 del Reglamento (CE) 139/2004. Recuperado de <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf>.

²⁷ Caso M.4854, *TomTom / TeleAtlas*, 14 de mayo de 2008, conforme al art. 8.1 del Reglamento (CE) 139/2004. Recuperado de <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4854_20080514_20682_en.pdf>.

tatar en el Informe, que dedica a este tema todo el capítulo 5, y aborda múltiples ángulos de esta conexión... ¡ninguno de los cuales es el enfoque adoptado por el FCO! En efecto, una vez ha dejado claro que hay muchos tipos de datos, y que sus usos son también muy variados, y la forma en que son recabados reviste igualmente múltiples variantes, la Comisión Europea destaca los siguientes aspectos:

- Acceso a los datos personales: se quiere evitar la situación de bloqueo de los datos (*lock-in*) de un consumidor, a través de la portabilidad, en relación –explícita– con el RGPD.
- *Data sharing*: es evidente que en muchas ocasiones es necesario compartir y poner en común datos, para prestar un servicio más eficaz y competitivo; el enfoque que se dé al carácter anticompetitivo de esta conducta es a través de la prohibición de intercambios de información del artículo 101 del TFUE, tal como ha sido matizada por la jurisprudencia reciente y está contemplada por las directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal.
- Negativa de conceder acceso a los datos bajo el artículo 102 del TFUE: haciendo uso de la ya consolidada doctrina comunitaria del *duty-to-deal*, en los supuestos restrictivos que la jurisprudencia ha fijado, la negativa a dar acceso a los datos será considerada una conducta de abuso de posición dominante.
- Datos y *aftermarkets*: cuando el fabricante de un producto que se nutre de datos de sus usuarios (piénsese, por ejemplo, en los coches autónomos, los navegadores de mapas, etc.) no les deja acceso a esos datos, ello puede suponer una conducta de cierre de mercado (*foreclosure*) en un mercado secundario.

Falta todavía tiempo –y pronunciamientos de las autoridades de competencia– para evaluar el calado y recorrido de esta conexión entre la protección de datos y el derecho de competencia. Lo que desde luego ya es cuando menos discutible es la definición de mercado adoptada por el FCO y la consideración de que Facebook es dominante en ese mercado.

En un extenso documento²⁸ relativo al caso, el Bundeskartellamt define el mercado relevante como el de «las redes sociales en Alemania», dejando fuera servicios como Snapchat, YouTube o Twitter, y no considerando otras redes sociales (cuyo uso tiene un carácter más de tipo «profesional») como LinkedIn o Xing, en la medida en que todas estas plataformas son diferentes de Facebook, por lo menos desde la perspectiva del consumidor, ya que proporcionan servicios específicos que solo son una fracción de lo que la red social sirve a sus usuarios.

Desde el punto de vista geográfico el mercado considerado es Alemania, y en él Facebook alcanza una cuota del 95 % de usuarios activos, a diario, y más del 80 % en usuarios

²⁸ [Background information on the Bundeskartellamt's Facebook proceeding](https://www.bundeskartellamt.de). Recuperado de <<https://www.bundeskartellamt.de>> (última consulta el 24 de noviembre de 2019).

activos a lo largo del mes. Además de estas elevadas cuotas, la dominancia se establece a partir de los efectos de red directos (las redes sociales son más atractivas para sus usuarios en la medida en que tengan más número de usuarios) e indirectos (la red es más valiosa para las empresas de publicidad en la medida en que aumente su base de usuarios). En relación con las barreras de entrada, el FCO considera que estas son muy altas.

En un sector tan dinámico como este, con la fluidez característica de los ecosistemas digitales, y los hábitos tan cambiantes de los usuarios finales, especialmente los jóvenes, y prestaciones tan parecidas de otras plataformas, la definición de mercado adoptada por el FCO nos parece demasiado estrecha, y la supuesta dominancia de Facebook más que objetable.

Y no menos objetable la calificación de su conducta –recabar datos de terceros e incorporarlos al perfil del usuario, a través de varios medios informáticos, así como imponer una serie de «términos y condiciones de uso» tanto a los usuarios como a las web de terceros que interactúan con la propia Facebook– como constitutiva de un abuso de posición dominante (conforme a la normativa alemana, aunque se ha insistido en que el resultado hubiera sido similar si se hubiera aplicado el artículo 102 del TFUE).

En cualquier caso, y con independencia del recorrido o la influencia que esta decisión tenga en futuros pronunciamientos de las autoridades de competencia –incluida la Comisión Europea– pueden apreciarse las siguientes áreas (Forrest, 2019, pp. 10 y 11) en las que el uso de big data puede plantear problemas competitivos:

- Al poder efectuar una publicidad tan selectiva (*targeted*) les llevará a mantener su dominio en el mercado, e impedir la entrada de nuevos competidores;
- Al conocer las pautas de compra de sus usuarios, y ser capaz de predecir su conducta, pueden discriminar en precios, ofreciéndole a cada uno la cantidad que saben que está dispuesto a pagar;
- Al margen ya de las clásicas «reuniones», el tratamiento de los datos a través de algoritmos permite la colusión de precios y las conductas de fijación de precios.

4. El interfaz Derecho de la competencia y mercados digitales

Una vez sentadas las premisas de cómo se caracterizan estos nuevos mercados digitales, qué actitud ha asumido ante ellos la Comisión Europea en su Informe y examinado –someramente– uno de sus rasgos más prominentes y representativos, el big data, veremos en este apartado algunos ejemplos de prácticas y conductas de las empresas protagonistas de esta era digital, y cómo han resuelto las autoridades de competencia el correspondiente escrutinio antitrust.

4.1. Las plataformas digitales y la economía colaborativa

Ya hemos señalado que la Comisión Europea dedica todo el capítulo 4 del Informe a las plataformas, y aunque en ningún momento se la menciona explícitamente, da la impresión de que se ha redactado esa parte pensando sencillamente en el expediente seguido contra la compañía Google.

En efecto, al hablar de la importancia de promover la competencia *en* el mercado, es decir, dentro de la propia plataforma, y de cómo estas actúan de reguladores, estableciendo las normas y criterios con los que sus usuarios interactúan entre ellos y con la plataforma, cita como ejemplos de conductas abusivas «la venta de posiciones monopolísticas a sus negocios clientes, como por ejemplo el *r*anking en el que los resultados se muestran a los consumidores», o el diseño del algoritmo de forma que se incurra en un «trato autopreferencial abusivo».

Como es sabido, en las dos principales jurisdicciones antitrust a ambos lados del Atlántico se han tramitado sendos expedientes sancionadores contra la empresa Google por presuntas conductas anticompetitivas de abuso de posición dominante. En Estados Unidos la investigación se cerró –al concluirse que no había habido ninguna conducta anticompetitiva– mediante un acuerdo²⁹ entre la empresa y la FTC (Federal Trade Commission), y en el ámbito de la Unión Europea, pese a repetidos intentos de acuerdo³⁰ con la Comisión Europea, llevamos tres sanciones en tres años consecutivos (2017, 2018 y 2019) que arrojan un astronómico saldo total de más de 8.200 millones de euros en multas impuestas a Google.

Desde un amplio sector doctrinal³¹ se ha apuntado –y no parece del todo desencaminada esta opinión– que uno de los principales fundamentos de dichas acusaciones de prácticas abusivas es sencillamente que si los reguladores antitrust no entienden las conductas que se llevan a cabo en un determinado sector, presumen que la empresa dominante –titular de la plataforma en la que tienen lugar esas prácticas– está, de alguna forma, infringiendo el Derecho de la competencia.

En cierto modo supone recuperar aquel lamento manifestado por el premio Nobel R. Coase (1972, p. 67) hace ya casi medio siglo, y que aún hoy –y en mercados tan novedosos como los que estamos analizando– cobra pleno sentido:

Si un economista encuentra algo –una práctica empresarial de un tipo u otro– que no entiende, buscará una explicación de monopolio. Y si es un sector del que no

²⁹ *In the Matter of Google Inc.*, FTC File No. 121-0120 January 3, 2013. Recuperado de <<http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/01/130103googlemotorolastmtofcomm.pdf>>.

³⁰ COMMITMENTS IN Case COMP/C-3/39.740 - *Foundem and others*, de 31 de enero de 2014, texto íntegro disponible en: <http://docs.dpaq.de/6448-google_commitments_full.pdf> (última consulta el 20 de enero de 2019).

³¹ *Vid.*, entre otros, Manne y Wright (2011).

sabe nada, y el número de prácticas incomprensibles tiende a ser muy elevado, la explicación del monopolio, más frecuente.

Así, por ejemplo, en el caso de Google, si entendemos que su modelo de negocio es el de una plataforma, por un lado, están los usuarios del motor de búsqueda (que representan en número el núcleo del negocio, pese a que no se les cobra nada por el uso del servicio), y por otro los anunciantes y las empresas que ofrecen sus servicios a través del buscador (a las que sí se cobra por aparecer allí)³². Ambos son grupos diferenciados, pero necesarios para la existencia del producto o servicio; de hecho, el valor del bien para el segundo grupo –y su disponibilidad a pagar– aumenta en función del número de usuarios del primero³³.

Así, y aunque la Comisión en su Informe se empeña en decir que sirven las herramientas clásicas³⁴ del Derecho de la competencia, no le queda más remedio que reconocer (capítulo 3) que:

En el mundo digital los contornos de un mercado pueden no estar tan claros como en la «vieja economía». Pueden cambiar muy rápidamente. Más aún, en el caso de las plataformas de varios lados, la interdependencia entre los diferentes «lados» es una parte esencial en el análisis, mientras que el papel tradicional de la definición de mercado relevante era la de aislar los problemas.

En la primera de las decisiones sancionadoras de la Comisión Europa, en el caso³⁵ *Google Shopping*, el gigante norteamericano fue multado en junio de 2017 con más de 2.400 millones de euros por favorecer sistemáticamente a su propio servicio de comparación de precios y servicios sobre los de sus competidores, que quedaban relegados a la cuarta página de resultados cuando se hacía una búsqueda general online. Esta conducta supuestamente dio a Google una ventaja ilegal sobre sus competidores.

³² No todos los autores comparten la opinión de que Google es un mercado-plataforma. *Vid.*, en sentido contrario a lo que aquí mantenemos, Luchetta (2014); a favor de aplicar este enfoque, para el motor de búsqueda y en general para las empresas de la llamada *economía-web*, así como para Microsoft e Intel, Page y Childers (2014) y Rysman, (2009).

³³ Como se ha puesto de manifiesto en un elevado número de publicaciones científicas, esta interdependencia debe tenerse en cuenta a la hora de definir el mercado relevante, evaluar el poder de mercado, y acreditar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, *Vid.*, por todos, Broos y Marcos Ramos (2017).

³⁴ En el ámbito del control de concentraciones, como demuestra la literatura jurídica y económica que ha estudiado el tema con profundidad, el instrumental «clásico» sencillamente no sirve ni para el punto de partida necesario: la definición de mercado relevante en una plataforma digital. *Vid.*, por todos, Evans y Schmalensee (2012).

³⁵ Caso AT.39740, de 27 de junio de 2017, en un procedimiento conforme al artículo 7 del Reglamento 1/2003. Recuperado de <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf>.

Un año después, en julio de 2018, en el caso³⁶ *Android*, se impuso la multa más alta a una sola empresa en la historia de la Comisión Europea, más de 4.300 millones de euros, por llevar a cabo conductas supuestamente restrictivas de la competencia, consistentes –entre otras cosas– en la preinstalación de aplicaciones de Google en los móviles con sistema operativo Android.

Y, finalmente, en marzo de 2019, se conoció la tercera decisión sancionadora, en el caso³⁷ *Google AdSense*, con la imposición de una multa de más de 1.500 millones de euros por conductas supuestamente contrarias a la competencia, de abuso de posición dominante en el mercado de la publicidad online relacionada con las búsquedas, consistentes en la imposición de ciertas restricciones a las páginas web de terceros que se anuncian en el portal del popular buscador.

Excedería con creces el ámbito de este trabajo entrar a analizar exhaustivamente estas decisiones, y sus profundas implicaciones desde el punto de vista de la política de competencia implementada desde Bruselas, y las naturales reacciones críticas que han suscitado al otro lado del Atlántico. Lo cierto es que, en la línea de las propuestas del Informe de la Comisión Europea, resulta complicado definir los parámetros de estos mercados digitales emergentes. Los servicios que las compañías ofrecen (como, por ejemplo, en el caso de Google, AdSense y Android) son totalmente gratuitos, y extremadamente sustitutivos; ¿cabe entonces hablar de precios abusivos?, ¿cómo se acredita la existencia de una práctica predatoria o de precios excesivos?

Por otro lado, y refiriéndonos ahora en concreto al caso *Google Shopping*, ¿es aplicable la teoría del daño clásica de las conductas exclusionarias –también conocidas como eliminatorias o anticompetitivas– a ese «trato autopreferencial» que describe el Informe en su capítulo 4? Hemos de agradecer que la Comisión Europea nos recuerde que el artículo 102 del TFUE no impone una prohibición *per se* de este tipo de conductas, sino sujeta a un análisis de efectos. ¿Hará falta un pronunciamiento³⁸ del TJUE –como en el caso *INTEL*– para que la Comisión reconsidere (Ibáñez-Colomo, 2018) este tratamiento de las prácticas comerciales de empresas líderes?

Sin embargo, da que pensar que la Comisión recupere, para el tratamiento antitrust de las plataformas digitales, la teoría de los «recursos esenciales» (Turney, 2005; Stothers, 2001, y Lao, 2013), construcción doctrinal estadounidense de mediados del siglo pasado, y que en la actualidad tiene una aplicación excepcional (Areeda, 1990) y muy restringida. En cualquier caso, la consideración del motor de búsqueda de Google como un «recurso esencial» tiene serias objeciones, tanto desde el punto de vista económico como jurídico, y que han sido oportuna-

³⁶ No hay todavía una versión pública de la decisión, por motivos de confidencialidad; pueden consultarse documentos varios relativos al expediente en <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm>.

³⁷ *Vid.* nota de prensa de la Comisión Europea: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1770_en.htm>.

³⁸ STJUE, de 6 de septiembre de 2017, asunto C-413/14P, *Intel Corporation Inc v. Commission*.

mente puestas de manifiesto (Manne, 2011), y la multa al gigante norteamericano es calificada como una ocasión perdida para ganar en seguridad jurídica en este ámbito (Eben, 2018).

Idénticos –o muy parecidos– son los problemas que se está encontrando la Comisión Europea, y la práctica totalidad de autoridades de competencia de los Estados miembros al analizar un fenómeno directamente relacionado con las plataformas digitales: la economía colaborativa (*sharing economy*).

En efecto, gracias a las plataformas de *software* se permite que los particulares realicen entre ellos las transacciones económicas, sin necesidad de acudir a la intermediación de una empresa profesional. Así, el Comité Económico y Social Europeo la define como «la manera tradicional de compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regalar a través de la tecnología moderna y las comunidades»³⁹. Más acertado nos parece el concepto que ha acuñado la Comisión Europea en su reciente *Agenda europea sobre economía colaborativa*, que la define como «todos aquellos modelos de negocios en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas, que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares»⁴⁰.

En el actual paradigma social, en formulación ya clásica (Botsman y Rogers, 2010) de los profesores Botsman y Rogers, los ciudadanos ya no buscan tanto *poseer* bienes como *acceder* a ellos, y esto transforma⁴¹ radicalmente la prestación de servicios en cualquier sector que examinemos. La «economía de acceso» es transversal, afecta a casi todos los mercados, también el del alojamiento, ya que es un modelo de negocio especialmente propicio para este sector: modelo en el que los agentes comparten de forma innovadora bienes y servicios infrutilizados, a cambio –o no– de un pago monetario, y valiéndose habitualmente de plataformas digitales a las que acceden a través de internet. Un ejemplo claro, y que en España ha generado un auténtico caos regulatorio, todavía no resuelto, es el de las ya célebres *viviendas de uso turístico* (VUT), mercado liderado por plataformas como Airbnb y HomeAway.

Por su parte, la CNMC, en su informe *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios en la economía colaborativa*, define esta manifestando que «engloba un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten de forma innovadora activos, bienes o servicios infrutilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de internet» (CNMC, 2016, p. 11).

³⁹ *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI»*, OJ C 177, de 11 de junio de 2014.

⁴⁰ *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, Bruselas, 2 de junio de 2016, COM (2016) 356 final.

⁴¹ Se habla de «cuarta revolución industrial», de unos modelos de negocios «disruptivos», de la nueva «economía digital», etc.

En este escenario competitivo, se ha comprobado que la labor que hacen las plataformas de intermediación –por lo menos en el caso de las VUT y Airbnb– lleva a que no pueda en rigor hablarse ya de economía colaborativa, pues el papel que en esta relación jurídica tiene la plataforma no es la de un mero prestador de servicios de intermediación en la red, y por tanto no le es de aplicación la exclusión de responsabilidad de las actividades de alquiler turístico que, en ese caso, contempla la Ley de Internet⁴². Queda por determinar la naturaleza jurídica⁴³ de la actividad que desarrollan estas plataformas, en estos peculiares mercados de la economía colaborativa.

Lo que es evidente es que, en el caso de las VUT –como en cualquier otro sector de la economía colaborativa–, no se puede aplicar a la plataforma la normativa que se aplica a sus actividades o prestaciones subyacentes, el alojamiento turístico en el caso de Airbnb o el sector de transporte terrestre en el caso de Uber, pese a las dudas y falta de rotundidad que ha puesto de manifiesto la Sentencia del TJUE en el asunto C-434/15, de 20 de diciembre de 2017, resolviendo⁴⁴ una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, ante un litigio que enfrentaba a la popular plataforma contra una asociación del taxi en la ciudad condal.

En cambio, sí ha sido totalmente contundente el TJUE, que en muy reciente sentencia⁴⁵ –de fecha 19 de diciembre de 2019– no duda en afirmar que procede calificar de «servicio de la sociedad de la información» (comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico) un servicio de intermediación, prestado a cambio de una remuneración, destinado a poner en contacto mediante una plataforma electrónica a potenciales arrendatarios con arrendadores, profesionales o no profesionales, que ofrecen servicios de alojamiento de corta duración y que, además, proporciona otras prestaciones accesorias de ese servicio de intermediación.

Por razones de espacio no podemos entrar en este trabajo a analizar esta cuestión en profundidad⁴⁶, baste dejarla aquí señalada como uno más de los fenómenos característicos de los nuevos mercados digitales, y a los que las autoridades de competencia o regulatorias tienen que hacer frente.

⁴² Ley 34/2002, de 11 de julio, de la Sociedad de los Servicios de la Información y el Comercio Electrónico, BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

⁴³ *Vid.* a este respecto el acertado análisis de Miranda Serrano (2018).

⁴⁴ Aunque la sentencia no es todo lo clara que se podría esperar, sí cabe extraer que el aspecto determinante para que se pueda excluir a las plataformas digitales del cumplimiento de una específica regulación sectorial está en precisar la posición neutral o no de estos intermediarios profesionales respecto de la actividad de sus usuarios. *Vid.* un acertado comentario de este pronunciamiento en Touriño (2018).

⁴⁵ STJUE (Gran Sala), de 19 de diciembre de 2019, asunto C-390/18, *Airbnb Ireland* (ECLI: EU:C:2019:1112).

⁴⁶ Para un análisis más detallado, se pueden consultar, entre otras, los siguientes autores: Estupiñán Cáceres (2018, p. 3 y ss.) y Velasco San Pedro y Herrero Suárez (2014, pp. 565 y ss.).

4.2. Fusiones y adquisiciones en los mercados digitales: ¿hacia un nuevo paradigma?

Otro ámbito de especial interés y trascendencia práctica es la aplicación del derecho de la competencia al control de concentraciones, del que además contamos –para ilustrarla– con un asunto también reciente, la adquisición por parte de la empresa Apple –que a través de Apple Music es el segundo servicio de *streaming* del mundo, detrás de Spotify–, de la popular aplicación Shazam –líder mundial de reconocimiento de canciones–.

Es, como veremos, un ejemplo paradigmático de lo que se analiza en el capítulo 6 del Informe, al abordar las fusiones y adquisiciones en los mercados digitales, cuando se señala –y parece como si estuviera describiendo esta operación– que un aspecto crucial del actual debate sobre el papel del control de concentraciones en la era digital son «las adquisiciones por parte de plataformas dominantes de pequeñas *start-ups* con una base de usuarios que crece a gran velocidad y un gran potencial de ejercer presión competitiva».

Ya hemos apuntado que hay una cierta inconsistencia en la consideración del «riesgo competitivo» que los datos entrañan por parte de la Comisión Europea y otras autoridades de la competencia de la Unión Europea. Así, el Bundeskartellamt concluyó que Facebook abusó de su posición dominante en el mercado de las redes sociales en Alemania con la forma en que recababa y usaba los datos de sus usuarios. Sin llegar a esos extremos, la Comisión consideró en el caso *Google Shopping* que la acumulación de datos del gigante norteamericano, no replicable por sus competidores, era una barrera de entrada y la situaba en posición dominante en el mercado. Pues bien, en el ámbito del control de concentraciones en mercados digitales, sorprendentemente, estos enfoques se suavizan hasta el extremo de autorizar (incluso en fase I) operaciones empresariales por las que empresas de estos sectores adquieren ingentes cantidades de datos.

Este análisis reviste especial interés porque, al igual que en el ámbito mercantil una operación de fusión/adquisición compendia en cierto modo aspectos contractuales, societarios, etc., el análisis competitivo de una concentración implica la evaluación del mercado relevante, poder de mercado, efectos red, costes de cambio, etc.⁴⁷. Y, de cara al tema que nos ocupa, ver hasta qué punto la acumulación de big data entre la empresa adquirente y la adquirida se erige como una barrera de entrada competitiva al mercado en el que operan, o lleva a que sus usuarios queden «cautivos», o simplemente constituye un «recurso esencial» (Abrahamson, 2014, pp. 867 y ss.) que obligatoriamente tendrán que compartir o al que tendrán que dar acceso para garantizar un mercado competitivo.

En efecto, el pasado 6 de septiembre de 2018 la Comisión Europea autorizó⁴⁸ sin condiciones la operación Apple/Shazam. Como es bien conocido, Shazam identifica la música que se

⁴⁷ Vid. un reciente –y acertado– análisis de todas estas cuestiones en Tucker (2019).

⁴⁸ Caso M.8788, *Apple/Shazam*, 6 de septiembre de 2018, conforme al artículo 8.1 del Reglamento (CE) 139/2004. Recuperado de <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8788_1279_3.pdf>.

está reproduciendo a partir de una muestra de grabación hecha a través del teléfono móvil. La muestra se compara con una base de datos para encontrar coincidencias de información como el título de la canción, el artista, el álbum y sugerencias de canciones relacionadas. Igualmente, el servicio ofrece a sus usuarios enlaces de interés a plataformas como Apple Music, YouTube, Spotify o Deezer, donde puede escucharse o adquirirse la pieza de música identificada.

A pesar de no alcanzar los umbrales de notificación previstos por el Reglamento 139/2004, de Control de Concentraciones, la Comisión Europea estableció que revisaría la operación (en virtud del derecho de remisión previsto en el artículo 22.1 del Reglamento), a petición de las autoridades de competencia de Austria, Francia, Islandia, Noruega, España y Suecia, al considerar que la operación podría afectar negativamente a la competencia en el ámbito de la Unión Europea.

Tras la oportuna notificación por parte de la sociedad absorbente, la Comisión Europea acordó analizar los efectos de la operación sobre la competencia en más detalle (segunda fase). En particular, lo que se quería verificar eran dos aspectos cruciales desde el punto de vista competitivo y de la protección de datos:

- Si Apple tuviera acceso a datos comerciales sensibles sobre clientes de sus competidores, que podría utilizar para incentivar a que cambiasen su servicio por Apple Music; y,
- Si los competidores de Apple Music podrían verse perjudicados en caso de que Shazam dejara de redirigir a sus usuarios, a través de enlaces de interés, a las aplicaciones competidoras de Apple Music en beneficio de esta última.

Tras prácticamente medio año de investigación, y en el que la Comisión Europea ha contado con aportaciones y propuestas de diferentes agentes de la industria musical, se consideró que el servicio de streaming ofrecido por Apple y la aplicación de reconocimiento de canciones Shazam son servicios complementarios y por tanto no compiten entre sí. Asimismo, se concluyó que la entidad resultante de la absorción no tendría capacidad de excluir a los competidores directos de Apple, como Spotify o Deezer, que participan también en el mercado de servicios de música online en streaming.

En particular, la Comisión señaló los siguientes aspectos en su decisión:

- La nueva entidad no tendría capacidad para excluir a los competidores de Apple accediendo a datos comerciales sensibles de sus clientes.
- El acceso a los datos de Shazam no aumentaría sustancialmente la capacidad de Apple para dirigirse a aficionados de la música y que «cualquier conducta con el objetivo de incentivar a los consumidores a cambiar tendría únicamente un efecto insignificante. En consecuencia, los competidores que participan en el mercado de servicios de streaming no serían expulsados del mercado».

- La nueva entidad no tendría capacidad para excluir a los competidores de Apple restringiendo el acceso a la aplicación Shazam, ya que esta no es un «punto de entrada clave al mercado de servicios de streaming».
- La integración de la base de datos de Apple y Shazam «no otorgarían una ventaja única a la nueva entidad». Los datos de los que dispone Shazam no son únicos, de modo que sus competidores tendrían la oportunidad de acceder y utilizar bases de datos similares.

A la luz de todo lo que hemos manifestado ya en estas páginas, puede fácilmente comprenderse que el interés de la Comisión Europea por la operación y las conclusiones alcanzadas en su análisis refuerzan las tesis que hemos venido defendiendo sobre la importancia de los datos en la economía digital. En este caso, además, se unen las profundas implicaciones desde la perspectiva del Derecho de competencia derivadas de la concentración de operadores con acceso a grandes cantidades de datos e información comercial sensible.

En relación también con lo que se ha comentado sobre la dificultad –especialmente en este tipo de mercados y operaciones– de distinguir entre los efectos pro- y anti-competitivos, se ha puesto de manifiesto al hilo de esta decisión:

Los casos que impliquen big data pueden ser complejos. La razón por la que se argumenta que pueden causar un daño (la naturaleza única y comercialmente ventajosa desde un punto de vista competitivo de los datos adquiridos) es habitualmente la misma razón por la que pueden tener efectos procompetitivos (Slaughter y May 2018, p. 3).

Esto quizá explica el diferente tratamiento que la Comisión Europea otorga a los datos en el ámbito del abuso de dominio y en el del control de concentraciones. Como ya han puesto de manifiesto algunos autores (Karolczyk y Le Croy, 2018), el análisis propio del control de concentraciones es siempre prospectivo, y predecir *ex ante* qué papel van a jugar los datos en el futuro en el mercado en que la operación se evalúa es tarea ciertamente compleja. En el ecosistema digital, con modelos cambiantes de plataformas en los que continuamente se ponen a prueba nuevos modelos de negocio, hacer este tipo de «predicciones» es difícil, y peligroso, y llevar a cabo una intervención demasiado pronto pone en serio peligro el desarrollo de mercado y la innovación. En cambio, es cierto que en un análisis *ex post* del tipo del que se hace en el ámbito de conductas restrictivas, como el abuso de posición dominante, es más fácil evaluar el papel que los datos han jugado en el mercado, y su potencial anticompetitivo.

En la decisión Apple/Shazam la Comisión en cierta forma anticipa lo que luego iba a manifestar en su Informe, donde se plantea si es preciso –desde el punto de vista del test sustantivo en el control de concentraciones– revisar la actual teoría del daño, para adaptarla a casos como este, en el que una plataforma dominante, que se beneficia de fuertes

externalidades de red y tiene un amplio acceso a los datos de sus usuarios (lo que puede generar, como efecto combinado de ambos factores, una importante barrera de entrada a ese mercado), adquiere una empresa pequeña, con un volumen de negocio relativamente pequeño, pero una base de usuarios creciente y un alto potencial de mercado futuro.

A este respecto, y quizá como otra muestra más de estos «nuevos tiempos» que se avencinan, no puede dejar de destacarse que ha sido la primera vez que la Comisión Europea ha abierto una segunda fase de revisión de una operación de concentración con especial atención al impacto de los datos como elemento clave en el análisis de competencia. En efecto, en operaciones igualmente «célebres» que ha examinado anteriormente de estas mismas características, las operaciones fueron autorizadas en primera fase, en los asuntos *Facebook/Whatsapp*⁴⁹, *Microsoft/Skype*⁵⁰ y *Microsoft/LinkedIn*⁵¹.

En una primera aproximación, y a falta de más precedentes, de esta decisión podría deducirse que no se considera perjudicial para la competencia la adquisición de datos por sí misma, sino que es preciso un análisis caso por caso del tipo de datos que se adquieren; de la finalidad y uso que se pretender hacer de ellos; de su carácter único, es decir, si se pueden replicar fácilmente; y de si otorgarían a la entidad resultante la capacidad para excluir a competidores del mercado.

Por idéntica razón, y en relación con la cuestión de si los efectos de red generados por la operación son una barrera de entrada anticompetitiva, en dichas operaciones ha manifestado la Comisión que:

La existencia de efectos de red, por sí misma, no constituye a priori un problema para la competencia en el mercado afectado por la operación. Estas externalidades pueden suponer un riesgo competitivo en particular si permiten a la entidad resultante de la fusión cerrar el mercado y hacer más complicado a sus competidores expandir su base de usuarios. Los efectos de red tienen que evaluarse caso por caso⁵².

A este respecto, en la sentencia *United States v. Bazaarvoice, Inc.*⁵³, en la que se evalúan los efectos sobre la competencia de la fusión entre dos empresas características de estos mercados digitales, se señala (nn. 19-20) que «este sector está en una fase inicial de desarrollo, rápidamente cambiante, fragmentado, y sujeto a alteración radical por la innovación tecnológica», por lo que se concluye que «la futura composición del sector en su conjunto es totalmente impredecible».

⁴⁹ Decisión *Facebook/WhatsApp*, caso n.º COMP/M.7217, de 3 de octubre de 2014.

⁵⁰ Decisión *Microsoft/Skype*, caso n.º COMP/M.6281, de 7 de octubre de 2011.

⁵¹ Decisión *Microsoft/LinkedIn*, caso n.º COMP/M.8124, de 6 de diciembre de 2016.

⁵² Decisión *Facebook/WhatsApp*, párrafo n.º 130; Decisión *Microsoft/LinkedIn*, párrafo n.º 342.

⁵³ *United States v. Bazaarvoice, Inc.*, n.º 13-cv-00133-WHO, *slip op.* (N.D. Cal, 8 January 2014).

Por último, cabe señalar que si las autoridades de varios Estados miembros no hubiesen solicitado su remisión, esta operación habría escapado del control de la Comisión Europea, ya que no cumple con los umbrales establecidos en el artículo 1 del Reglamento 139/2004. En efecto, una característica clara de los modelos empresariales típicos del ecosistema digital es que se basan en obtener y analizar datos, y tienen un volumen de negocio muy bajo, a pesar de contar con un alto valor de adquisición⁵⁴ y un impacto real o potencial considerable en el mercado. Para evitar esta situación, ya en la Consulta Pública sobre Control de Concentraciones finalizada en enero de 2017, la Comisión Europea planteó la posibilidad de introducir umbrales de notificación adicionales basados en otros parámetros, como el valor de la operación.

De ahí que, y esta es la otra propuesta del Informe, en su capítulo 6, se planteara revisar los umbrales establecidos actualmente en el Reglamento 139/2004, para evitar que este tipo de operaciones «escaparan» al escrutinio antitrust, como se ha hecho en algunos países europeos recientemente (Austria y Alemania), en la línea de añadir, al volumen de negocios tradicional, un umbral adicional basado en el valor de la operación. La conclusión de la Comisión Europea es que es todavía demasiado pronto para modificar los umbrales establecidos.

4.3. Los algoritmos de fijación de precios: cuando el cartelista es un robot

Hemos rubricado este epígrafe con el título de un pionero trabajo del profesor Robles Martín-Laborda (2017-2018), en el que con acertada intuición planteó un problema que hoy es protagonista de intensos debates⁵⁵ en el marco de la aplicación del derecho de la competencia a los nuevos mercados digitales: ¿qué ocurre cuando la fijación de precios – sancionada por el artículo 101 del TFUE como una de las más graves conductas anticompetitivas– es fruto de la «actuación» automática de los algoritmos?

A nadie escapa que las aplicaciones derivadas de la inteligencia artificial y el empleo de programas informáticos –que expresan el lenguaje que las máquinas pueden leer, entender, y llevarlas a la «toma de decisiones»– en las empresas ha proporcionado significativos beneficios para la competencia, en cuanto que reducen costes de producción, minimizan riesgos, y en múltiples mercados suponen la práctica eliminación de costes de transacción, lo que redundará en la oferta de nuevos y mejores servicios y productos, y en mejores precios para el consumidor.

Pocos fenómenos caracterizan tanto a los nuevos mercados digitales, y las innovaciones disruptivas empresariales, como el empleo de este tipo de algoritmos, que unidos al desarrollo de las tecnologías de la información y el big data permiten a la empresa que los utiliza –o a

⁵⁴ Sobre la «desproporción» entre el precio de adquisición y el beneficio generado por la empresa adquirida, *vid.* Zimmer (2015, pp. 627-628).

⁵⁵ *Vid.*, recientemente, Abrantes Metz (2019).

empresas especializadas contratadas por ella a tal efecto– monitorizar los precios en el mercado y establecer los suyos propios. Y lo mismo que vamos a señalar aquí de los algoritmos puede perfectamente aplicarse al *blockchain* y los llamados *smart contracts* (Schrepel, 2019).

Como puede fácilmente apreciarse, esto plantea inmediatamente la pregunta sobre si estas técnicas pueden servir para facilitar la colusión, al propiciar la ejecución de una concertación previa, favorecer una suerte de colusión tácita o –en la situación más extrema, si acaso todavía futurista– que los algoritmos de precios se puedan concertar por sí mismos y llevar a cabo –sin intervención humana alguna– una conducta anticompetitiva de fijación de precios.

Veremos en el apartado siguiente cómo, en el ámbito de los acuerdos de distribución verticales, ya se han dado casos en los que los algoritmos de precios han servido para ejecutar una concertación previa entre operadores. Por su parte, en la sentencia *Eturas*⁵⁶, del TJUE de 21 de enero de 2016, y como señala el profesor Robles Martín-Laborda (2017-2018, p. 84),

las empresas que los utilizan son responsables de cualquier infracción cometida mediante programas de inteligencia de precios cuando estos hayan sido configurados expresamente, por indicación de aquellas, para ejecutar o facilitar una concertación prohibida. Pero, además, la especial estructura de los mercados digitales y la especialización necesaria para la programación de algoritmos de precios favorecen en estos casos la posible responsabilidad, como facilitadores de la infracción, tanto de los proveedores de los programas que incorporan algoritmos de precios (Uber, Accenture, Webtaxi) como de la propia plataforma en la que operan las empresas que los utilizan (*Eturas*).

Naturalmente, y esto ya se ha puesto de manifiesto por la doctrina (Liñán Hernández, 2019) más atenta, las dificultades de aplicar las nociones y herramientas clásicas del Derecho de la competencia a esta nueva forma de colusión, llevan –una vez más– a replantearse si el arsenal con que en la actualidad cuentan las autoridades es suficiente para hacer frente a este reto. Además de las clásicas dificultades sobre la detección de estas conductas, se suma ahora una de mayor calado⁵⁷, la relativa a la culpabilidad del sujeto infractor: ¿cabe hablar de conducta antijurídica cuando el precio «colusorio» es fruto de un proceso automático?

El Informe de la Comisión Europea se limita a hacer alguna referencia aislada a esta cuestión en el capítulo 5, cuando examina el papel que los datos juegan en los nuevos mercados digitales, y su tratamiento empleando algoritmos. No hace, sin embargo –y esto es decepcionante– la Comisión expresa mención de que la inteligencia artificial y las decisiones de colusión adoptadas por máquinas puedan ser susceptibles de constituir un acuerdo anticompetitivo contrario al artículo 101 del TFUE.

⁵⁶ STJUE (Sala Quinta) de 21 de enero de 2016, asunto C-74/14 (ECLI: EU:C:2016:42).

⁵⁷ *Vid.* una interesante y acertada reflexión sobre este problema en Pérez Hernández (2019, pp. 8 y ss.).

4.4. Restricciones verticales en la distribución *online* y *geo-blocking*

Llegamos al último apartado de este trabajo, en el que brevemente se expondrá cómo la irrupción de las nuevas tecnologías y el desarrollo de nuevos modelos de distribución, especialmente a través de comercio online en sus diferentes modalidades (web propia de la empresa, plataformas de terceros, etc.) ha dado lugar a un nuevo escenario en el que surgen problemáticas hasta ahora desconocidas en la aplicación del Derecho de la competencia.

Como es bien sabido, esta materia está regulada por el Reglamento⁵⁸ (UE) núm. 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, y las directrices⁵⁹ que lo acompañan.

El avance imparable del comercio online⁶⁰, la aparición de las nuevas plataformas de venta –los *marketplaces*– y también el desarrollo de la teoría económica que ha llevado a un mejor entendimiento sobre el potencial procompetitivo de las «restricciones» verticales, han llevado a la Comisión Europea a lanzar una consulta pública para la reforma o actualización del Reglamento 330/2010 (cuya expiración tendrá lugar el 31 de mayo de 2022), a la vez que ha encargado un extenso estudio y análisis del sector europeo del comercio electrónico. Fue publicado, en mayo de 2017, con el título de *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*⁶¹.

Veremos a continuación, a raíz de dos conocidos asuntos, el caso *Coty* y la decisión *Guess*, cómo se ha plasmado esto en la jurisprudencia del TJUE y la praxis decisoria de la Comisión Europea, y qué lecciones cabe extraer para diferenciar las prácticas procompetitivas de las anticompetitivas⁶² en el concreto sector de la distribución online de productos de lujo, y, en cierta medida, también para aquellos productos de marca, sin que necesariamente tengan las consideración de *luxury-brand*.

En efecto, este pronunciamiento⁶³ es de gran trascendencia, ya que clarifica hasta qué punto la normativa antitrust permite o no a un fabricante de productos de marca imponer res-

⁵⁸ DOUE L 102/1, de 23 de abril de 2010.

⁵⁹ Directrices relativas a las restricciones verticales, DOUE C 130/1, de 19 de mayo de 2010.

⁶⁰ Habrá que ver si hay en verdad tanta transformación como se afirma, o bien, y en este sentido se han manifestado ya autorizadas publicaciones doctrinales, *nihil novum sub sole*; Vid. Crespo Lasso de la Vega y Martínez Mata (2019).

⁶¹ Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Bruselas, COM (2017) 229 final, 10 de mayo de 2017.

⁶² Puede verse un completo y acertado análisis de estas prácticas, con abundantes referencias a jurisprudencia no solo comunitaria sino de autoridades de diferentes Estados miembros de la Unión Europea, en Valdés Burgui (2018).

⁶³ STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941.

tricciones a las ventas online de su red de distribución, especialmente la de aquellos ligados por un contrato de distribución selectiva: solo cuando haga referencia a plataformas de terceros (marketplaces) que sean claramente discernibles por los consumidores. Además, y aunque sobre esto no hay consenso, la sentencia de 2017 supone una clarificación importante de la doctrina Pierre Fabre⁶⁴, del mismo TJUE, que en 2011 había establecido que la prohibición absoluta de vender por internet impuesta por el fabricante a los distribuidores se consideraba una restricción de la competencia que en ningún caso estaba justificada por la necesidad –aducida por los fabricantes– de proteger la imagen de prestigio y el áurea de lujo de sus productos.

En referencia explícita a los resultados del *E-Commerce Inquiry*, el TJUE señala⁶⁵ que el 90 % de los comercios que habían respondido al cuestionario seguían teniendo su propia web como canal principal de venta de los productos en el régimen de distribución selectiva, pese a constatar igualmente la creciente importancia de las plataformas de terceros como canal alternativo.

Por eso, y para «tranquilidad» de las empresas de *retail*, que en una lectura un tanto alarmista de esta sentencia han visto peligrar su negocio online, señala el TJUE que

los distribuidores autorizados pueden vender en línea los productos objeto del contrato tanto a través de sus propios sitios de internet, si disponen de un escaparate electrónico de la tienda autorizada y se preserva el carácter lujoso de los productos, como mediante plataformas de terceros no autorizadas si la intervención de estas no es evidente para los consumidores⁶⁶.

Una de las primeras decisiones de la Comisión tras el pronunciamiento Coty ha sido la sanción⁶⁷ de 40 millones de euros impuesta a la compañía Guess, el 17 de diciembre de 2018, por una serie de conductas que restringían o impedían la capacidad de sus distribuidores de anunciarse en internet, así como de realizar ventas transfronterizas a clientes de otros Estados miembros, a través de mecanismos de geo-blocking.

Este tipo de conductas, que han quedado acreditadas gracias también a la colaboración de la propia empresa (y que, por ir más allá de lo estrictamente necesario, le ha valido una reducción del 50 % de la cuantía de la multa original), se ha considerado que revestían especial gravedad ya que atentaban contra uno de los principios «sagrados» en el enforcement de la política de competencia en la Unión Europea, pues conllevaban la fragmentación del mercado único, en este caso el anhelado «mercado único digital», al que venimos haciendo referencia desde el principio de este trabajo.

⁶⁴ STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649.

⁶⁵ Sentencia Coty (2017), párrafo n.º 54.

⁶⁶ Sentencia Coty (2017), párrafo n.º 53.

⁶⁷ Decisión de la Comisión Europea, de 17 de diciembre de 2018, asunto AT.40428 – *Guess*. Texto disponible en <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40428/40428_1205_3.pdf>.

En efecto, y como pone de manifiesto la aprobación del Reglamento⁶⁸ 2018/32, una actuación empresarial en ese sentido es un atentado directo contra los principios en los que la Unión Europea está trabajando con más empeño en la actualidad. De ahí que se haya señalado, acertadamente (Martí Moya, 2018, pp. 5 y ss.), que la prohibición del geo-blocking es una exigencia esencial para la construcción de un verdadero mercado único digital. Como tal, ha sido ya analizado por la doctrina más atenta (Uría Menéndez, 2018), especialmente en cuanto a sus implicaciones desde el punto de vista del Derecho internacional privado (Paredes Pérez, 2018, pp. 4 y ss.).

En relación con algunos de los problemas que los nuevos mercados digitales plantean al Derecho de la Competencia, el 24 de julio de 2018 la Comisión Europea sancionó a cuatro fabricantes de productos electrónicos (Asus⁶⁹, Denon & Marantz⁷⁰, Philips⁷¹ y Pioneer⁷²) con una multa conjunta total de 111 millones de euros por fijación de precios mínimos o fijos de reventa a distribuidores online de sus productos.

Una vez más esta investigación tiene –en parte– su origen en el *e-commerce sector inquiry*, a raíz del cual la Comisión constató que un elevado número de distribuidores manifestó ser objeto de restricciones en cuanto al precio de reventa. En el caso en cuestión, la conducta de las cuatro empresas de productos electrónicos afectaba principalmente a los distribuidores online que vendían sus productos a un precio más bajo que el recomendado por los fabricantes. Conforme detallan las decisiones de la Comisión, los distribuidores que no aplicaban los precios de reventa recomendados por los fabricantes recibían amenazas o sanciones, como la denegación de suministro. A esto hay que añadir –y aquí nos remitimos a lo dicho en un epígrafe precedente– que los fabricantes utilizaron mecanismos muy sofisticados (software de diferente tipo, algoritmos, «robots araña», etc.) para monitorizar los precios de reventa, con los que podían intervenir rápidamente ante una reducción del precio.

Finalmente, a los pocos meses de la decisión Guess, la Comisión ha vuelto a sancionar a otra empresa precisamente por esa misma práctica anticompetitiva de provocar una fragmentación del mercado en la Unión Europea a través de restricciones en el comercio

⁶⁸ Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior.

⁶⁹ Decisión de la Comisión, de 24 de julio de 2018, asunto AT.40465 – *ASUS*. Recuperado de <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40465/40465_337_3.pdf>.

⁷⁰ Decisión de la Comisión, de 24 de julio de 2018, asunto AT.40469 – *Denon & Marantz*. Recuperado de <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40469/40469_329_3.pdf>.

⁷¹ Decisión de la Comisión, de 24 de julio de 2018, asunto AT.40181 – *Philips*. Recuperado de <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40181/40181_417_3.pdf>.

⁷² Decisión de la Comisión, de 24 de julio de 2018, asunto AT.40182 – *Pioneer*. Recuperado de <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40182/40182_370_3.pdf>.

online: se trata de la multa⁷³ de 12,5 millones de euros impuesta a Nike por prohibir a sus distribuidores la venta de productos sujetos a licencia a otros países del Espacio Económico Europeo. Esta restricción afecta especialmente a los productos de *merchandising* de algunos de los clubs y federaciones de fútbol más conocidos de Europa (FC Barcelona, Manchester United, Juventus, Inter de Milán y AS Roma), de los que Nike tiene la licencia.

En idéntico sentido, Sanrio, la conocida empresa japonesa propietaria de los derechos de personajes tan populares en el público infantil como Hello Kitty, ha sido sancionada⁷⁴ el pasado 9 de julio por la Comisión Europea con una multa de 6,2 millones de euros por restringir el comercio transfronterizo entre Estados miembros y las ventas online de productos de *merchandising* a sus licenciatarios.

5. Conclusiones

De todo lo visto en las páginas precedentes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Europa –no sin razón conocida como el Viejo Continente– ha hecho una decidida apuesta, desde 2015, por la creación de un verdadero mercado único digital, y a tal efecto la Comisión Europea ha ido publicando estos años todo tipo de declaraciones y documentos en los que expone cuáles son las áreas en las que pretender actuar para conseguir este objetivo.
2. El ecosistema digital, con sus múltiples facetas (internet, los modelos de negocio que funcionan sobre plataformas de dos o más lados, el big data, la app-economy, etc.) es evidente que ha revolucionado por completo la forma clásica de actuar en el mercado, y ha generado nuevos modelos empresariales, que han puesto de manifiesto indudables eficiencias en el aprovechamiento de los recursos, ahorro de costes, mejor servicio a los consumidores, y también algunos riesgos para el proceso competitivo.
3. Ante este panorama, evolutivo y cambiante, y que fluye con una rapidez que a veces las autoridades de competencia –y los propios economistas que analizan y estudian estos mercados– no son capaces de seguir, es necesario preguntarse: ¿es necesaria una regulación específica para este tipo de mercados?; en concreto, ya que es la rama del ordenamiento más apta para afrontar este reto, ¿está el Derecho de la competencia preparado para un adecuado enforcement en esta

⁷³ Decisión de la Comisión Europea de 25 de marzo de 2019, asunto AT.40436 – *Ancillary Sports Merchandise*, disponible en la propia página web de la Comisión (el texto oficial solo es la versión inglesa): <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40436/40436_949_5.pdf>.

⁷⁴ Decisión de la Comisión de 9 de julio de 2017, asunto COMP/AT.40432 – *Character merchandise* (todavía no está disponible el texto de la decisión).

era digital?, ¿es suficiente el instrumental «clásico», o se precisa una adaptación y modernización para ajustarlo a la actualidad?

4. Además de las aportaciones al debate de las propias empresas, sus abogados, y especialmente los académicos, la Comisión Europea está en cierto modo liderando esta reflexión, y un hito sin duda muy relevante ha sido la publicación en el pasado mes de abril de 2019 del informe *Competition Policy for the Digital Era*. En nuestra opinión, este documento parte de unas premisas incorrectas: desconfianza hacia las empresas digitales, una suerte de presunción de culpabilidad en cuanto a su comportamiento en el mercado, y la opción regulatoria/intervencionista frente a la libertad de mercado.
5. Por la especial caracterización de estos mercados –que, en muchos aspectos, difieren sustancialmente de los mercados «tradicionales»– la intervención antitrust reviste una mayor complejidad de lo habitual, especialmente en la evaluación de conductas empresariales que se consideren potencialmente anticompetitivas. La prohibición del abuso de posición dominante del artículo 102 del TFUE, tanto en sus herramientas de análisis previo (definición de mercado y posición de dominio) como en su aplicación (explotación abusiva) requiere de un enfoque cauteloso, que minimice los falsos positivos. En nuestra opinión, este no es el enfoque actualmente seguido por la Comisión Europea, y en cambio sí es el adoptado por las autoridades de competencia estadounidenses.
6. Si algún rasgo hay que sea más propio que ningún otro de los mercados digitales, es sin duda ninguna el uso de los datos. Como hemos comprobado en estas páginas, al hilo de casos recientes, en el ámbito del control de concentraciones a la Comisión Europea no le parece que la acumulación de datos suponga un riesgo competitivo (caso *Apple/Shazam*). En cambio, en el ámbito de las conductas restrictivas, el hecho de que una empresa posea una ingente cantidad de datos que sus competidores no pueden replicar sí se considera una barrera de entrada, de la que se deduce –junto con otros factores– una posición dominante (caso *Google Shopping*). Finalmente, en un caso extremo (Facebook), el Bundeskartellamt ha considerado que la forma de recabar datos y emplearlos es una conducta abusiva contraria al Derecho de la competencia.
7. El otro rasgo típico, muy ligado al anterior, es el hecho de que muchas de estas empresas operan sobre plataformas, de dos o más lados, y cuyo análisis económico –y, en consecuencia, la evaluación jurídica pro- o anti-competitiva de sus efectos– dista mucho todavía de ser pleno. Por ello, una vez más, es aconsejable un enfoque cauteloso, basado en un *análisis coste-error*, a la hora de llevar a cabo el escrutinio antitrust de estas prácticas empresariales. Especialmente habrá de tenerse en cuenta, en este examen, la fuerte presencia de efectos de red, tanto directos como indirectos, así como la estrecha interdependencia entre ambos «lados» del mercado.
8. A diferencia del ámbito de conductas, la Comisión Europea sí ha llevado a cabo una evaluación más acorde con la naturaleza digital de las empresas en el ámbito

del control de concentraciones, y ha conferido a la acumulación de datos el papel que en cada caso merecían, aprobando o poniendo condiciones en las operaciones que ha analizado, ofreciendo un marco de seguridad jurídica que protege la competencia a la vez que incentiva la innovación.

9. El avance imparable del comercio online y la transformación digital en los contratos de distribución ha provocado, en el ámbito de las restricciones verticales, que, tras 15 años de inactividad en esta materia, la Comisión Europea haya vuelto a sancionar a empresas –como en el caso *Guess*– o que el TJUE haya tenido que delimitar –en el asunto *Coty*– qué prohibición de venta online por parte del fabricante a su red de distribución selectiva está permitida y cuál no.
10. Finalmente, y aunque se están dando pasos muy acertados y hay un trabajo intenso y bien encaminado por parte de las autoridades y las instituciones, no es menos cierto, como han puesto de relieve publicaciones especializadas en este ámbito, que la política proyectada por la Comisión Europea, de implementarse tal cual está expresada en el Informe, seguirá contribuyendo a que la Unión Europea sea un páramo en cuanto a emprendimiento digital se refiere, las compañías estadounidenses sigan dominando el panorama y la innovación empresarial europea se tope contra el muro de la burocracia y el intervencionismo.

Referencias bibliográficas

- Abrahamson, Z. (2014). Essential Data. *Yale Law Journal*, 124.
- Abrantes Metz, R. (2019). Pricing Algorithms and Implications for Competition. *Competition Policy International*, May.
- Ahlborn, C., Evans, D. y Padilla, A. J. (2001). Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge? *ECLR*, 22(5).
- Akman, P. (2013). *The concept of Abuse in EU Competition Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Areeda, P. (1990). Essential facilities: an epithet in need of limiting principles. *Antitrust Law Journal*, 58.
- Balto, D. y Coffman, B. (2012). [Using antitrust enforcement prudently in High-Tech markets](#). Recuperado de <<http://www.dccanti-trustlaw.com>>.
- Botsman, R. y Rogers, R. (2010). *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*. Nueva York: Harper Collins.
- Boudin, M. (1984). Book Review: Forensic Economics, *Harv. L. Rev.*, 97(835).
- Broos, S. y Marcos Ramos, J. (2017). [Google, Google Shopping and Amazon: The Importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevant Markets](#). *The Antitrust Bulletin*, 62(2). Recuperado de <<https://ssrn.com>>.
- Cass, R. (2012). [Antitrust for High-Tech and Low: Regulation, Innovation, and Risk](#). *Journal of Law, Economics & Policy*, 9(2). Recuperado de <<http://ssrn.com>>.

- Coase, R. H. (1972). Industrial Organization: A Proposal for Research. *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization*, 59.
- CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia). (2016). *Resultados preliminares E/CNMC/004/15. Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*.
- Crespo Lasso de la Vega, D. y Martínez Mata, Y. (2019). Las restricciones verticales en internet: ¿Qué hay de nuevo bajo el sol? En M. A. Recuerda Girela (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019* (pp. 263 a 278). Madrid: Thomson Reuters.
- Da Cruz Vilaça, J. L. (2018). [Challenges to the judiciary in the enforcement of competition rules in the digital age](#). *Revista de Estudios y Publicaciones*, 36. Recuperado de <<http://www.concorrenca.pt>>.
- Díez Estella, F. (2014). Google, Internet y Derecho de la Competencia: ¿viejas reglas para nuevos mercados? *Revista CEFLegal*, 163-164, 5-44.
- Díez Estella, F. (2019). La aplicación del Derecho de la Competencia en la era digital: casos Google, Facebook, Apple/Shazam y el Informe de la Comisión Europea de abril de 2019. *Anuario de la Competencia 2019* (pp. 145-183). Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- Eben, M. (2018). Fining Google: a missed opportunity for legal certainty? *European Competition Journal*, 14(1), 129-151.
- Economides, N. (1996). The Economics of Networks. *J. Int'l J. Indus. Org.*, 14(675).
- Estupiñán Cáceres, R. (2018). Reflexiones sobre la defensa de la competencia y las plataformas de economía colaborativa. *La Ley Mercantil*, 48.
- Evans, D. y Noel, M. (2007). [Defining Markets that involve Multi-Sided Platforms Businesses: An Empirical Framework With an Application Google's purchase of DoubleClick](#). 4 AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Working Paper 07-18. Recuperado de <<http://papers.ssrn.com>>.
- Evans, D. (2012). A few Reflections on the FTC's Decision on Google. *Competition Policy International*, 1. Recuperado de <<http://www.competitionpolicyinternational.com>>.
- Evans, D. y Schmalensee, R. (2012). [Market Definition and Merger Analysis for Multi-Sided Platforms](#) *Competition Policy International*. Recuperado de <<https://www.competitionpolicyinternational.com>> (último acceso el 20 de marzo de 2019).
- Forrest, K. B. (2019). Big Data and online advertising: emerging competition concerns. *CPI Antitrust Chronicle*.
- Graef, I. (2015). Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms. *World Competition Law and Economics Review*, 38, 473-506.
- Hagiu, A. y Padilla, J. (2001). Los Estados Unidos contra Microsoft: innovación, integración tecnológica y Derecho de competencia. *GJ Competencia*, 215.
- Hesse, R. (2014). [At the Intersection of Antitrust & High-Tech: Opportunities for Constructive Engagement](#). Remarks as Prepared for the Conference on Competition and IP Policy in High-Technology Industries, Stanford (CA) 22 de enero de 2014. Recuperado de <<http://www.justice.gov>> (última consulta el 24 de noviembre de 2019).
- Houck, S. (2012). The Microsoft case and Google. *Competition Policy International*, 1.
- Ibáñez-Colomo, P. (2018). The Future of Article 102 TFEU after Intel. *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(5), 293-303.
- Ibáñez-Colomo, P. (5 de abril de 2019). [The report on «Competition policy for the digital era» is out: why change the law if](#)

- there is no evidence? And how? [blog]. *Chillin' Competition*. Recuperado de <<https://chillingcompetition.com>> (última consulta el 10 de diciembre de 2019).
- Ibáñez-Colomo, P. y De Stefano, G. (2018). The Challenge of Digital Markets: First, Let us not Forget the Lessons Learnt Over the Years. *Journal of European Competition Law & Practice*, 4, (Editorial, pp. 1-2).
- Jiménez Laiglesia, J. M. (2001). El asunto Microsoft: competencia y tecnología. *Gaceta Jurídica de la Competencia*, 215.
- Jenny, F. (2008). The CFI Decision in Microsoft: Why the European Commission's guidelines on abuse of dominance are necessary and possible. *Global Competition Policy*, 2.
- Karolczyk, P. y Le Croy, K. (2018). Navigating the digital age: The European Commission's differing approaches to Merger control and Abuse of Dominance in the digital sector. *CPI Antitrust Chronicle*. Recuperado de <www.competitionpolicy-international.com>.
- Lamadrid, A. (2019). Shortcuts and Courts in the era of digitization. *Competition Policy International - Antitrust Chronicle*, October.
- Lao, M. (2013). Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 11(5), pp. 287 y ss.
- Lerner, A. V. (2014). [The Role of «Big Data» in Online Platform Competition](#). Recuperado de <<https://ssrn.com>>.
- Liñán Hernández, P. (2019). Límites del derecho de la competencia al uso de la inteligencia artificial en el comercio online. Primeros casos y perspectivas de futuro. En M. A. Recuerda Girela (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019* (pp. 193-216). Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- Luchetta, G. (2014). [Is the Google Platform a Two-Sided Market?](#) *Journal of Competition Law & Economics*, 10(1). Recuperado de <<http://ssrn.com>>.
- Lopatka, J. (2000). United States v. IBM: A Monument to Arrogance. *Antitrust L. J.*, 68(145).
- Manne, G. A. (2011). [The Problem of Search Engines as Essential Facilities: An Economic & Legal Assessment](#). *Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper*, 10. Recuperado de <<http://ssrn.com>>
- Manne, G. y Wright, J. (2010). Innovation and the Limits of Antitrust. *Journal of Competition and Economics*, 6(153).
- Manne, G. y Wright, J. (2011). [Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Antitrust Case Against Google](#). *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 34(1). Recuperado de <<http://ssrn.com>>.
- Martí Moya, V. (2018). Hacia un verdadero mercado único digital: la prohibición del bloqueo geográfico en las compras online transfronterizas. *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 47.
- Miranda Serrano, L. M.^a (2018): La determinación de la naturaleza jurídica de los servicios que prestan las plataformas digitales en la economía colaborativa. Reflexiones al hilo de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 sobre Uber. *La Ley Mercantil*, 50.
- Musgrove, J. (2013). Both Sides Now: a brief reflection on the Two-Sided Market Debate. *CPI Antitrust Chronicle*, 1. Recuperado de <<http://www.competitionpolicy-international.com>> (última consulta el 24 de enero de 2019).
- Page, W. y Childers, S. (2014). [Antitrust, Innovation, and Product Design in Platform Markets: Microsoft and Intel](#). Recuperado de <<http://ssrn.com>>.
- Paredes Pérez, J. I. (2018). Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado: el reglamento 2018/302 y su incidencia en las

- normas europeas de derecho internacional privado. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 35.
- Patterson, M. (27 de abril de 2012). [Google and Search Engine Market Power](#). *Fordham University School of Law WP Series*. Recuperado de <<http://ssrn.com>>.
- Robles Martín-Laborda, A. (2017-2018). Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios. En *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t. 38, pp. 77-103.
- Rysman, M. (2009). The Economics of Two-Sided Markets, *J. Econ. Perspectives*, 23(125).
- Schrepel, T. (2019). Collusion by Blockchain and Smart Contracts. *Harv. J. L. & Tech.*, 33.
- Slaughter y May (2018). Apple/Shazam: Big Data, Big Tech and M&A – what’s the big deal? *Antitrust Bulletin*, September.
- Simon, P. (17 de mayo de 2012). [The age of Platform: how Amazon, Apple, Facebook and Google have redefined business](#) (motion pub. 2011). En Fred Vogestein, *Network Effects and Global Domination*. Wired. Recuperado de <<http://www.wired.com>> (última consulta el 20 de diciembre de 2019).
- Stothers, C. (2001). Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union. *ECLR*, 22(7).
- Touriño, A. (2018). Régimen de la responsabilidad de las plataformas que operan en el ámbito de la economía colaborativa. En S. Rodríguez Marín y A. Muñoz García (Coord.), *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales* (pp. 94-97). Madrid: Bosch.
- Tucker, C. (2019). Online advertising and Antitrust: network effects, switching costs, and data as an essential facility. *CPI Antitrust Chronicle*, April, 30-35.
- Turney, J. (2005). Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation. *NJTIP*, 3(2), 179-202.
- Uría Menéndez (2018). [El nuevo Reglamento \(UE\) 2018/302 sobre «bloqueo geográfico»](#). Recuperado de <<https://www.uria.com>> (última consulta el 12 de diciembre de 2019).
- Valdés Burgui, A. (2018). La distribución de bienes de consumo ante los cambios tecnológicos. Tendencias en la práctica de los órganos de defensa de la competencia. En M. A. Recuerda Girela (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia* (pp. 69 a 95). Madrid: Thomson Reuters.
- Velasco San Pedro, L. y Herrero Suárez, C. (2014). Mercados electrónicos, marcas y Derecho de la competencia. En Velasco, Echebarría y Herrero (Dirs.), *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*. Pamplona: Lex Nova.
- Vestager, M. (17 de enero de 2016). [Competition in a Big Data world](#). Speech at DLD 16. Munich. Recuperado de <<https://ec.europa.eu>> (último acceso el 20 de marzo de 2019).
- Wright, J. (2013). Evidence-Based Antitrust Enforcement in the Technology Sector. *CPI Antitrust Chronicle*, March. Recuperado de <www.competitionpolicyinternational.com>.
- Zimmer, D. (2015). Digital Markets: New Rules for Competition Law. *Journal of European Competition Law and Practice*, 6.



Examen, a partir de un caso práctico, de las indemnizaciones por lesiones temporales y secuelas derivadas de un accidente de tráfico

María Victoria Álvarez Buján

Doctora en Derecho (Universidade de Vigo)

Abogada (I. C. A. de Ourense)

Extracto

En el presente trabajo se realiza un análisis, partiendo de un supuesto de hecho frecuente en la realidad, acerca de los conceptos y cantidades que, según la normativa de aplicación en la materia, corresponderían en concepto de indemnización a una persona que haya sufrido lesiones, secuelas y otros perjuicios a causa de un accidente de tráfico. La forma en la que el trabajo se encuentra estructurado y redactado persigue servir como orientación o guía ejemplificativa para los operadores jurídicos (particularmente los profesionales de la abogacía) a la hora de determinar los conceptos y cantidades que cabría reclamar a la compañía de seguros del vehículo causante del siniestro.

Palabras clave: accidentes de tráfico; compañías aseguradoras; indemnizaciones; cálculo.

Fecha de entrada: 22-09-2019 / Fecha de aceptación: 21-10-2019

Cómo citar: Álvarez Buján, M.^a V. (2020). Examen, a partir de un caso práctico, de las indemnizaciones por lesiones temporales y secuelas derivadas de un accidente de tráfico. *Revista CEFLegal*, 229, 41-54.



Analysis, based on a practical case, of compensation for temporary injuries and long terms physical damages caused by a traffic accident

María Victoria Álvarez Buján

Abstract

The main aim of this work is to analyze, based on an assumption of fact frequent in reality, about de concepts and quantities that, according to the applicable regulations in the matter, would correspond as compensation to a person who has suffered injuries and long terms physical damages due to a traffic accident. The way in which is structured and written up this article seeks to serve as an orientation or exemplary guide for legal operators (particularly lawyers) in order to determine the concepts and amounts that could be claimed to the insurance company of the vehicle causing the accident.

Keywords: traffic accidents; insurance companies; legal compensations; calculation.

Citation: Álvarez Buján, M.^aV. (2020). Examen, a partir de un caso práctico, de las indemnizaciones por lesiones temporales y secuelas derivadas de un accidente de tráfico. *Revista CEFLegal*, 229, 41-54.





Sumario

1. Introducción: Enunciado del supuesto de hecho
2. Determinación y cálculo de la indemnización por lesiones temporales
3. Determinación y cálculo de la indemnización por secuelas y otros perjuicios
4. Algunas consideraciones complementarias



1. Introducción: Enunciado del supuesto de hecho

La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, modificó íntegra y sustancialmente el contenido del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante, LRCSCVM). Dada la relevancia de la citada reforma en la práctica jurídica y con la finalidad de conocer y comprender cómo deberíamos calcular en la praxis la indemnización que, por causa de un accidente de tráfico, correspondería por lesiones temporales, secuelas y otros perjuicios, a partir del supuesto de hecho práctico que figura redactado a continuación, analizaremos los conceptos y cantidades que, de acuerdo con las concretas particularidades del caso escogido, resultarían de aplicación, de conformidad con el denominado «nuevo» baremo de tráfico, vigente en la actualidad.

El día 23 de noviembre de 2018, D. Alejo Peralta Márquez, nacido en fecha 11 de agosto de 1989, al salir de su trabajo de operario en la empresa agrícola Mufasa, SL, sufrió un accidente *in itinere* mientras circulaba por la avenida de Van Gogh de la ciudad de Soria conduciendo su vehículo matrícula 2318-ZFD. A la altura del cruce con la calle 2 de mayo, el conductor del vehículo matrícula 8491-KJT, que viajaba acompañado de otras dos personas (una en la posición del copiloto y otra en el asiento trasero) y circulaba a más velocidad de la permitida para ese tipo de vía, no respetó la señal de *stop*, colisionando contra el vehículo conducido por D. Alejo. Se levantó atestado por la policía local que señaló como responsable único del siniestro, por la causa indicada, al conductor del vehículo matrícula 8491-KJT¹.

¹ Todos los datos relativos al siniestro, su dinámica, las referencias de los vehículos y el nombre de las calles son inventados.

Como consecuencia del impacto, D. Alejo resultó lesionado, necesitando ser trasladado en ambulancia al hospital más cercano, donde permaneció ingresado 18 días. Tras la entrada en el servicio de urgencias fue diagnosticado de policontusiones, heridas que precisaron sutura (en frente y mano izquierda), fractura de muñeca y hernia en la zona dorsal (D3-D4), visible en resonancia magnética. Para resolver la fractura tuvo que ser intervenido quirúrgicamente.

Tras el alta hospitalaria, permaneció en situación de baja laboral durante un total de 55 días, período durante el cual precisó estar con el brazo y la muñeca inmovilizados, realizando curas y revisiones médicas y continuando con tratamiento para el dolor de la muñeca y de la espalda. En los últimos días, se le retiró el cabestrillo y comenzó a realizar las sesiones de rehabilitación.

Tras las 10 primeras sesiones de rehabilitación, recibió el alta laboral, necesitando continuar por prescripción facultativa con el tratamiento de fisioterapia/rehabilitación durante 90 días.

A la finalización del tratamiento rehabilitador, recibe el alta médica, quedándole como secuelas: dos cicatrices visibles (de 3 cm en frente y 5 cm en mano izquierda), algias y limitación de la movilidad (inclinación cubital) en la muñeca, que afecta a la realización de su trabajo habitual, además de la hernia discal en la zona dorsal.

Alejo tuvo que sufragar diversos gastos de fisioterapia y ortopedia que ascendieron a la cantidad total de 2.526,81 euros.

2. Determinación y cálculo de la indemnización por lesiones temporales

Debemos emplear aquí el baremo vigente a fecha de estabilización lesional, momento en que tras el tratamiento médico y, en su caso, rehabilitador realizado, se da de alta a la persona lesionada porque se puede determinar que presenta una(s) lesión(es) permanente(s), que no desaparecerá(n) ni mejorará en el tiempo. En el caso que nos ocupa el baremo aplicable es el vigente para el año 2019².

² El artículo 49 de la LRCSCVM, en su nueva redacción, fija las actualizaciones y establece que:

1. A partir del año siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, las cuantías y límites indemnizatorios fijados en ella y en sus tablas quedan automáticamente actualizadas con efecto a 1 de enero de cada año en el porcentaje del índice de revalorización de las pensiones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. 2. No obstante, las tablas de lucro cesante y de ayuda de tercera persona, por su naturaleza, se actualizan conforme a las bases técnicas actuariales.

El primer concepto que debemos examinar en este epígrafe es la indemnización por pérdida temporal de calidad de vida, cuya función es compensar el perjuicio moral particular que sufre la víctima por el impedimento o la limitación que las lesiones sufridas o su tratamiento producen en su autonomía o desarrollo personal, ex artículo 137 de la LRCSCVM. Los grados de perjuicio personal particular por pérdida temporal de calidad de vida (muy grave, grave y moderado)³ son excluyentes entre sí y se aplican de modo sucesivo, de forma que a cada día se asignará un único grado, según lo previsto en el artículo 138.6 de la LRCSCVM.

El período que permaneció ingresado en el hospital nuestro perjudicado se considera como perjuicio personal particular grave, que la LRCSCVM, en su nueva versión, describe en su artículo 138.3 como «aquél en el que el lesionado pierde temporalmente su autonomía personal para realizar una parte relevante de las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal». Este precepto en su inciso final especifica que «la estancia hospitalaria constituye un perjuicio de este grado». Por tanto, le corresponde una indemnización por este concepto de 77,61 euros/día:

$$18 \text{ días} \times 77,61 \text{ euros/día} = 1.396,98 \text{ euros}$$

Hemos de matizar aquí que en el caso de que D. Alejo hubiese permanecido ingresado esos días o parte de ellos en la UCI (unidad de cuidados intensivos), el perjuicio sería calificado como muy grave, abonándose 103,48 euros/día, y ello por cuanto el artículo 138.2 define este grado de perjuicio como «aquel en el que el lesionado pierde temporalmente su autonomía personal para realizar la casi totalidad de actividades esenciales de la vida ordinaria». Y a renglón seguido matiza que «el ingreso en una unidad de cuidados intensivos constituye un perjuicio de este grado».

Tras el alta hospitalaria, D. Alejo permaneció en tratamiento médico y en situación de baja laboral hasta un total de 55 días, debiendo catalogarse este periodo como perjuicio personal particular moderado, por el cual se ha de satisfacer la cantidad de 53,81 euros/día. Este tipo de perjuicio es definido en el artículo 108.4 de la referida LRCSCVM como «aquel en el que el lesionado pierde temporalmente la posibilidad de llevar a cabo una parte rele-

Asimismo, la tabla de gasto de asistencia sanitaria futura se actualiza, en su caso, de acuerdo con lo que se establezca en los convenios sanitarios que se suscriban con los servicios públicos de salud según lo establecido en el artículo 114, y teniendo en cuenta la variación de los costes soportados por los servicios sanitarios. 3. La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones hará públicas por resolución las cuantías indemnizatorias actualizadas para facilitar su conocimiento y aplicación.

³ La clasificación de los grados se establece en el artículo 138.21 de la LRCSCVM.

vante de sus actividades específicas de desarrollo personal». Como se refiere en el supuesto de hecho, D. Alejo tenía el brazo inmovilizado y presentaba algias, lo que le provocaba dificultades para realizar actividades como ducharse, peinarse, vestirse, estando además impedido para conducir, practicar su deporte habitual e ir a trabajar, entre otros quehaceres. Consiguientemente, la indemnización que corresponde por tal concepto es la siguiente:

$$55 \text{ días} \times 53,81 \text{ euros/día} = 2.959,55 \text{ euros}$$

Desde que tuvo lugar el siniestro hasta que recibió el alta laboral, D. Alejo se vio evidentemente imposibilitado para trabajar. Dicho impedimento se indemniza en este caso, en los días pertinentes, con los importes que corresponden en concepto de perjuicio personal particular grave y moderado⁴.

Tras incorporarse al trabajo, D. Alejo continuó haciendo fisioterapia y revisiones. Recibió el alta médica en el momento en que se tuvo por finalizado el proceso curativo y se consideraron estabilizadas las lesiones, restando las secuelas indicadas y que concretaremos y valoraremos a continuación. Consecuentemente, este periodo desde el alta laboral hasta el alta médica debe considerarse como perjuicio personal básico, abonándose el importe de 31,05 euros/día. Este es el perjuicio común que se padece desde la fecha del accidente hasta el final del proceso curativo o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela, ex artículo 136. La indemnización que corresponde por tal concepto es la siguiente:

$$90 \text{ días} \times 31,05 \text{ euros/día} = 2.794,50 \text{ euros}$$

La indemnización total en concepto de lesiones temporales asciende *s. e. u. o.* a la cantidad de 7.151,03 euros.

3. Determinación y cálculo de la indemnización por secuelas y otros perjuicios

Como consideración preliminar en este epígrafe, debemos partir de la idea preconizada en el artículo 104 a) de la LRCSCVM que establece:

El régimen de valoración económica del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial con el daño moral ordinario que le es inherente, y del perjuicio estético se contie-

⁴ Ello es así, toda vez que el artículo 138 en su apartado 5 de la LRCSCVM dispone que «el impedimento psicofísico para llevar a cabo la actividad laboral o profesional se reconduce a uno de los tres grados precedentes».

ne en el baremo económico de la tabla 2.A.2, cuyas filas de puntuación y columnas de edad expresan, respectivamente, la extensión e intensidad del perjuicio y su duración.

Asimismo, hemos de matizar que para saber el importe que por los puntos de secuelas funcionales o estéticas corresponde en concepto de indemnización debemos tomar como referencia la edad de la persona lesionada a fecha de siniestro (no a fecha de estabilización lesional). En efecto, la indemnización por los mismos puntos de secuelas disminuye progresivamente conforme aumenta la edad, ya que tal y como determina el artículo 104.2 de la LRCSCVM, la valoración de las secuelas «es inversamente proporcional a la edad del lesionado y se incrementa a medida que aumenta la puntuación»⁵.

D. Alejo tuvo un accidente a la vuelta de trabajo, calificándose el mismo *in itinere*, motivo por el cual la causa de su baja por incapacidad temporal (IT) fue considerada por contingencias profesionales (accidente laboral), recibiendo así durante el periodo que permaneció en situación de baja laboral el 100 % del importe de su nómina, sin sufrir ningún lucro cesante en este sentido, como sí habría tenido que soportar en la hipótesis de que el accidente no hubiese sido considerado laboral, ya que la baja por IT en este caso sería por contingencias comunes. En este último supuesto tendría que indemnizarse el lucro cesante, concebido como la pérdida de capacidad de ganancia por trabajo personal y, en particular, el perjuicio que sufre el lesionado por la pérdida o disminución neta de ingresos provenientes de su trabajo, de conformidad con lo previsto en los artículos 126 y ss. de la LRCSCVM. El lucro cesante es uno de los conceptos que se indemnizan por el denominado perjuicio patrimonial (tabla 3.C.), junto con los gastos de asistencia sanitaria y otros gastos resarcibles.

D. Alejo tuvo que comprar dos muñequeras ortopédicas para la muñeca, cuyo coste ascendió a 176,81 euros, y pagar facturas de fisioterapia por importe total de 2.350 euros. Ambas cantidades, que suman un total de 2.526,81 euros, deben ser reintegradas/indemnizadas.

⁵ En sus siguientes apartados este precepto dispone que:

3. Las filas de puntuación se articulan de punto en punto desde uno hasta cien y las columnas de edad de año en año desde cero hasta cien. 4. El importe del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial consta en la intersección de la fila y columna correspondientes. Este importe es el resultado de haber multiplicado el valor de cada punto, en función de la edad del lesionado, por el número total de puntos obtenidos de acuerdo con el baremo médico. 5. El importe del perjuicio estético consta en la intersección de la fila y columna correspondientes. Este importe es el resultado de haber multiplicado el valor de cada punto, en función de la edad del lesionado, por el número total de puntos obtenidos de acuerdo con el baremo médico, teniendo en cuenta el máximo de cincuenta puntos. 6. La indemnización básica por secuelas, en su doble dimensión psicofísica, orgánica y sensorial, por un lado, y estética, por otro, está constituida por el importe que resulta de sumar las cantidades de los dos apartados anteriores.

A la vista del informe médico-valorador emitido por el perito D. Ulises Rojo, designado a tal efecto por D. Alejo, tras explorar en varias ocasiones al lesionado, además de examinar los informes médicos y de fisioterapia, las secuelas que faltan se determinan y puntúan, con arreglo al nuevo baremo, de la siguiente manera:

Secuelas funcionales (perjuicio psicofísico)

- Artrosis postraumática o antebrazo/muñeca dolorosa, de 1 a 5 puntos: 4 puntos.
- Limitación de la movilidad de la muñeca - Inclinación cubital (N: 45°), de 1 a 3 puntos: 2 puntos.
- Cuadro clínico derivado de hernia(s) discal(es) correlacionable con el accidente. 1-15. (Se considera globalmente todo el segmento afectado de columna cervical, dorsal o lumbar): 10 puntos.

Puntuación total secuelas funcionales: 16 puntos → Importe en concepto de indemnización, según tabla 2.A.2: 19.784,65 euros.

Secuelas estéticas (perjuicio estético)

Cicatrices en zona de cara (frente) y mano izquierda: 9 puntos. Por tal concepto y puntuación corresponde una indemnización de 9.079,93 euros⁶.

Según el artículo 101 de la LRCSCVM,

el perjuicio estético consiste en cualquier modificación que empeora la imagen de la persona. Es un perjuicio distinto del psicofísico que le sirve de sustrato y comprende tanto la dimensión estática como la dinámica. 2. El perjuicio estético es el existente a la finalización del proceso de curación del lesionado. 3. La imposibilidad de corregir el perjuicio estético constituye una circunstancia que incrementa su intensidad. 4. El resarcimiento del perjuicio estético es compatible con el del coste de las intervenciones de cirugía plástica necesarias para su corrección.

⁶ Debe aclararse aquí que en la práctica normalmente los informes periciales determinan las secuelas y la puntuación de las mismas, pero no expresan los importes que en euros corresponden por esos puntos de secuelas. Tales cantidades se verifican en las tablas que contiene el nuevo baremo y se indican en los escritos de reclamación previa y, en su caso, ulterior demanda, al igual que ocurre con las cantidades relativas a los días de indemnización por lesiones temporales.

En el caso que nos concierne quedan cicatrices, esto es, modificaciones que empeoran la imagen de la persona lesionada, ex artículo 101 de la LRCSCVM, y habrá de determinarse que el grado del perjuicio estético es moderado, toda vez que una de las cicatrices que le quedan a D. Alejo se encuentra en la zona de la cara o rostro, y según el artículo 102.2 e) de la LRCSCVM el grado moderado

corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que producen las cicatrices visibles en la zona facial, las cicatrices en otras zonas del cuerpo, la amputación de un dedo de las manos o de los pies o la cojera leve.

Si las cicatrices fuesen de pequeña entidad y quedasen únicamente en zona distinta a la facial, el perjuicio se determinaría como ligero, ex artículo 102.2 f) de la LRCSCVM. La puntuación por el perjuicio estético de grado moderado oscila entre 7 y 13 puntos y en el presente caso en el informe pericial se ha fijado en 9 puntos. Por tal concepto y puntuación corresponde una indemnización de 9.079,93 euros⁷.

⁷ El citado artículo 102 de la LRCSCVM determina los grados de perjuicio estético y así dispone que:

1. La medición del perjuicio estético se realiza mediante la asignación de una horquilla de puntuación a cada uno de los grados teniendo en cuenta, de modo particular, los factores siguientes: a) el grado de visibilidad ordinaria del perjuicio, b) la atracción a la mirada de los demás, c) la reacción emotiva que provoque y d) la posibilidad de que ocasione una alteración en la relación interpersonal del perjudicado. 2. Los grados de perjuicio estético, ordenados de mayor a menor, son los siguientes: a) Importantísimo, que corresponde a un perjuicio estético de enorme gravedad, como el que producen las grandes quemaduras, las grandes pérdidas de sustancia y las grandes alteraciones de la morfología facial o corporal. b) Muy importante, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que produce la amputación de dos extremidades o la tetraplejía. c) Importante, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que produce la amputación de alguna extremidad o la paraplejía. d) Medio, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que produce la amputación de más de un dedo de las manos o de los pies, la cojera relevante o las cicatrices especialmente visibles en la zona facial o extensas en otras zonas del cuerpo. e) Moderado, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que producen las cicatrices visibles en la zona facial, las cicatrices en otras zonas del cuerpo, la amputación de un dedo de las manos o de los pies o la cojera leve. f) Ligero, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que producen las pequeñas cicatrices situadas fuera de la zona facial. 3. Los perjuicios estéticos no mencionados en los distintos grados señalados en el apartado anterior se incluyen en el grado que corresponda en atención a su entidad, según criterios de proporcionalidad y analogía.

Por su parte, las reglas de aplicación del perjuicio estético se fijan en el artículo 103 de la LRCSCVM, el cual determina lo siguiente:

1. Si un perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial permanente comporta, a su vez, la existencia de un perjuicio estético, se fija separadamente la puntuación que corresponde a uno y a otro, sin que la asignada a la secuela psicofísica, orgánica y sensorial incorpore la ponderación de su repercusión antiestética. 2. La puntuación del perjuicio estético se realiza de

Asimismo, el referido informe pericial fija otros perjuicios que se refieren a continuación:

Tener que someterse a una intervención quirúrgica (en este caso, de muñeca) supone un perjuicio que es reconocido y valorado en el baremo. Así, por cada intervención quirúrgica, deberá abonarse un importe que oscile entre 413,93 euros y 1.655,73 euros, ya que según dispone el artículo 140 de la LRCSCVM,

el perjuicio personal particular que sufre el lesionado por cada intervención quirúrgica a la que se someta se indemniza con una cantidad situada entre el mínimo y el máximo establecido en la tabla 3.B, en atención a las características de la operación, complejidad de la técnica quirúrgica y tipo de anestesia.

Tomando en consideración estos parámetros y poniéndolos en relación con la concreta operación a la que tuvo que someterse D. Alejo, con arreglo al informe pericial, se determina que procede una indemnización de 1.100 euros.

Por otro lado, el artículo 107 de la LRCSCVM reconoce la procedencia de un perjuicio denominado perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas, el cual tiene por objeto compensar el perjuicio moral particular que sufre la víctima por las secuelas que impiden o limitan su autonomía personal para realizar las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas. Seguidamente, el artículo 108 de la LRCSCVM establece los grados del perjuicio moral por pérdida de calidad de vida y los clasifica en muy grave, grave, moderado y leve, definiendo respectivamente cada uno de ellos⁸.

acuerdo con el capítulo especial de la tabla 2.A.1 mediante su ponderación conjunta, sin atribuir puntuación a cada uno de sus componentes. 3. Ni la edad ni el sexo de la persona lesionada se tendrán en cuenta para medir la intensidad del perjuicio estético. 4. La puntuación adjudicada al perjuicio estético no incluye la ponderación de su incidencia sobre las diversas actividades del lesionado, cuyo específico perjuicio se valora a través del perjuicio particular de pérdida de calidad de vida. 5. La puntuación establecida se lleva a la tabla 2.A.2 que fija el valor económico del perjuicio estético en función de la edad del lesionado de acuerdo con lo previsto en el artículo 104.5.

⁸ Dicho precepto define el perjuicio muy grave como aquel en el que el lesionado pierde su autonomía personal para realizar la casi totalidad de actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria. A continuación, se refiere al perjuicio grave como aquel en el que el lesionado pierde su autonomía personal para realizar algunas de las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal. El perjuicio moral por la pérdida de toda posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional también se considera perjuicio grave. 4. El perjuicio moderado es aquel en el que el lesionado pierde la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal. El perjuicio moral por la pérdida de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo también se considera perjuicio moderado. 5. El perjuicio leve es aquel en el que el lesionado con secuelas de más de seis puntos pierde la posibilidad

Con las secuelas que le quedan a D. Alejo podría considerarse que procede indemnizar el perjuicio moral por pérdida de calidad de vida en grado leve. El hecho de que en el grado leve la norma hable de más de seis puntos, no implica que este perjuicio se aplique automáticamente una vez que se traspase dicha puntuación, sino que es necesario justificar además que se pierde la posibilidad de desarrollar actividades de especial trascendencia en el desarrollo personal, salvo que a consecuencia de las secuelas se genere una limitación o pérdida parcial de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo, supuesto en el que se determina la existencia de un perjuicio leve con independencia del número de puntos que se atribuyan a las secuelas. En el caso de D. Alejo existe esa limitación o pérdida parcial de la actividad laboral o profesional, dado que al quedarle como secuela la limitación en la movilidad de la muñeca izquierda no puede desempeñar su trabajo en las mismas condiciones que antes, siendo más lento y menos productivo al manejar una de las máquinas que como operario debe utilizar en su puesto, motivo por el cual ha solicitado que se le reasigne en otro puesto. La indemnización por este concepto, según la tabla 2.B., se determina en una horquilla de 1.552,25 euros hasta 15.522,55 euros, y en este caso se estima que procede una indemnización de 10.500 euros.

En definitiva, la indemnización total *s. e. u. o.* que correspondería a D. Alejo se cifra en 50.142,42 euros (7.151,03 € + 2.526,81 € + 19.784,65 € + 9.079,93 € + 1.100 € + 10.500 €).

4. Algunas consideraciones complementarias

Lo más recomendable en supuestos como el que nos ocupa, particularmente si la reclamación previa no ha tenido éxito y debemos acudir a la vía judicial, es disponer de un informe pericial realizado por un médico valorador, que es un profesional distinto al médico asistencia y que se limita a determinar y valorar las lesiones, secuelas y perjuicios, sin realizar ningún tipo de diagnóstico o tratamiento. De esta manera contamos con un medio de prueba que nos ayude a convencer al juez de que la indemnización que procede por

de llevar a cabo actividades específicas que tengan especial trascendencia en su desarrollo personal. El perjuicio moral por la limitación o pérdida parcial de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo se considera perjuicio leve con independencia del número de puntos que se otorguen a las secuelas.

Por su parte, el artículo 109 de la LRCSCVM dispone que:

1. Cada uno de los grados del perjuicio se cuantifica mediante una horquilla indemnizatoria que establece un mínimo y un máximo expresado en euros.
2. Los parámetros para la determinación de la cuantía del perjuicio son la importancia y el número de las actividades afectadas y la edad del lesionado que expresa la previsible duración del perjuicio.
3. El máximo de la horquilla correspondiente a cada grado de perjuicio es superior al mínimo asignado al perjuicio del grado de mayor gravedad precedente.

los días del periodo necesario para alcanzar la estabilización lesional, la secuelas y demás perjuicios es la que reclamamos. El perito, además de emitir su informe, acudirá al acto del juicio, si así lo interesan la(s) parte(s), a ratificar el mismo y someterse a las preguntas y aclaraciones que las partes le formulen. Si únicamente aportamos los informes médicos sin informe pericial, dejamos en manos del juez totalmente la valoración de extremos técnicos, en este caso médicos. Además, aunque no adjuntemos informe pericial, la parte contraria (la compañía aseguradora del vehículo causante del siniestro) sí puede aportarlo, ya que puede solicitar que el lesionado sea visto y valorado por su servicio médico, emitiendo su correspondiente informe para discutir la existencia y alcance de las lesiones y secuelas que reclamamos.

El lesionado durante la fase pre- o extra-judicial de reclamación puede negarse a ser visto y valorado por los servicios médicos de la compañía, pero el perito de esta podrá emitir un informe sobre la base de la documentación médica que le conste relativa al lesionado (remitida con la reclamación previa). En todo caso, una vez iniciada la fase judicial, el artículo 336.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece que:

A instancia de parte, el juzgado o tribunal podrá acordar que se permita al demandado examinar por medio de abogado o perito las cosas y los lugares cuyo estado y circunstancias sean relevantes para su defensa o para la preparación de los informes periciales que pretenda presentar. Asimismo, cuando se trate de reclamaciones por daños personales, podrá instar al actor para que permita su examen por un facultativo, a fin de preparar un informe pericial.

Por lo expuesto, consideramos que lo más aconsejable, y singularmente, una vez que debemos iniciar la fase judicial, cuando se realicen reclamaciones de este tipo (salvo que sean de escasa cuantía) es contratar a un médico-valorador que emita informe pericial (que se aportará con el escrito de demanda) y lo defienda en el acto de la vista o juicio, para sustentar nuestras pretensiones indemnizatorias, a pesar del coste que el mismo puede suponer.

Con todo, si bien en la práctica parece que tal medida no ha tenido mucho éxito, desde el 1 de enero de 2016, fecha en la que entró en vigor el «nuevo baremo», también puede solicitarse, ex artículo 7 de la LRCSCVM de forma gratuita un informe forense que acredite la existencia y magnitud de las lesiones, secuelas y perjuicios, al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del lugar del accidente o del lugar de domicilio del lesionado. La solicitud del informe forense se puede formular a petición del perjudicado o también de común acuerdo con la compañía aseguradora responsable del accidente, y su coste será sufragado por esta compañía.

Finalmente, no podemos obviar que en nuestro caso nos hemos ceñido a determinar y calcular la indemnización que le correspondería a D. Alejo, como conductor del vehículo no causante del siniestro en el que viajaba solo al regreso de su jornada laboral. No obstante,



aunque al conductor del vehículo causante del siniestro no le correspondería indemnización alguna y únicamente tendría cubiertos, de acuerdo con su póliza de seguro suscrita, los gastos de asistencia sanitaria, en el accidente descrito en este caso también habría que indemnizar a los ocupantes del vehículo causante del siniestro (otras dos personas), por los daños, lesiones, secuelas y demás perjuicios sufridos.



Los deberes de la sociedad matriz en su condición de accionista

Julia Mas-Guindal García-Rojas

*Legal Counsel M&A, Finance & Capital Markets.
Compañía Española de Petróleos
Profesora de Derecho Mercantil*

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

Una de las cuestiones que recientemente han suscitado mayor interés en el ámbito doctrinal es la regulación de los deberes de los accionistas en nuestro ordenamiento jurídico. En el Derecho continental, el accionista ha sido tradicionalmente sujeto de derechos y no de obligaciones, sin embargo, se están produciendo cambios en esta concepción tradicional de la mano de las instituciones europeas gracias a la Directiva 2017/828 y las nuevas tendencias derivadas del activismo accionarial.

En el presente trabajo se abordan los deberes que son de aplicación a la sociedad matriz en el ámbito de un grupo de sociedades, analizando aquellos tipificados en nuestras disposiciones jurídicas, y también aquellos que emanan de los principios configuradores del Derecho societario. Finalmente se aportan una serie de reflexiones sobre aquellas obligaciones que deberían ser de aplicación para aquellos accionistas dominantes que tengan capacidad de influir en la gestión de la sociedad en la que participan.

Palabras clave: deberes de los accionistas; grupo; matriz; accionistas; control.

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

Cómo citar: Mas-Guindal García-Rojas, J. (2020). Los deberes de la sociedad matriz en su condición de accionista. *Revista CEFLegal*, 229, 55-80.





The duties of parent companies

Julia Mas-Guindal García-Rojas

Abstract

One of the topics that has recently sparked most interest among the academic community is the regulation of the shareholder's duties in our legal system. In the civil Law tradition, the shareholder has always been seen as a rights holder, but not as a duty bearer. However, this traditional view is changing thanks to the European institutions and the Directive 2017/818, as well as the new trends derived from the shareholder's activism.

This paper explores the duties of parent companies in the context of a group of companies. Also, we review the duties foreseen under the Spanish Law regime and those duties that arise from the founding principles of the company Law. Lastly, we analyze the duties that should apply to controlling shareholders.

Keywords: shareholder's duties; group; holding; shareholders; control.

Citation: Mas-Guindal García-Rojas, J. (2020). Los deberes de la sociedad matriz en su condición de accionista. *Revista CEFLegal*, 229, 55-80.



Sumario

1. Los grupos de sociedades
2. Los «deberes» de la matriz
 - 2.1. El deber de no perjudicar el interés social de la sociedad filial
 - 2.1.1. Interés social de la matriz vs. interés social de la filial
 - 2.1.2. El conflicto de grupo y las ventajas compensatorias
 - 2.1.3. El deber de lealtad del administrador en el conflicto de grupo
 - 2.2. El deber de no perjudicar a los socios minoritarios
3. La responsabilidad de la matriz por actos de la filial. La doctrina del levantamiento del velo jurídico
 - 3.1. Separación de la personalidad jurídica y limitación de responsabilidad
 - 3.2. La doctrina del levantamiento del velo
 - 3.2.1. Definición y fundamento
 - 3.2.2. Supuestos de extensión de responsabilidad a la matriz por actos de la filial en la doctrina del levantamiento del velo
4. Los deberes del accionista
 - 4.1. El accionista como titular de deberes
 - 4.2. La capacidad del accionista de influir en la gestión a través del artículo 161 de la LSC
 - 4.3. El deber de lealtad del accionista si actúa como administrador oculto

Referencias bibliográficas



1. Los grupos de sociedades

Como es sabido, han pasado varias décadas desde que se iniciara en nuestro ordenamiento jurídico el proceso de regulación de la figura del grupo de sociedades sin que, hasta la fecha, se haya logrado un resultado satisfactorio con una regulación sistemática como ha acontecido en el Derecho alemán¹.

Esta ausencia de regulación normativa desde el Derecho de sociedades no hace que esta figura pueda ser considerada como una realidad extraña al ordenamiento jurídico, pues existen normas aisladas y dispersas en varios de nuestros cuerpos legales². Con frecuencia encontramos referencias al grupo de sociedades en la regulación contable o en disposiciones de naturaleza supervisora, en las que, por ejemplo, la imposición de determinados deberes se extiende a una sociedad de capital y también al grupo en el que eventualmente pudiera estar integrada (Sánchez-Calero, 20 de enero de 2016).

De forma acertada, el artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) remite a la definición del artículo 42 del Código de Comercio (CCom.)³ y se limita a enunciar que, en un grupo, será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.

El artículo 42.1 del CCom. dispone que existe un grupo cuando una sociedad –la sociedad dominante– ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras –la o las sociedades dependientes–. La clave es, pues, el concepto de «control», que se presumirá que existe cuando la dominante, en relación con la dependiente, se halle en alguna de las siguientes situaciones:

¹ Gracias al régimen contenido en la Aktiengesetz de 6 de septiembre de 1965 (Emmerich y Habersack, 2013). Varios países, como Brasil, Portugal, y algunos centroeuropeos, han seguido el modelo regulador germano.

² Principalmente, el Código de Comercio y la Ley de Sociedades de Capital

³ La misma remisión se realiza en otras disposiciones mercantiles o de regulación económica, particularmente en el ámbito contable y fiscal.

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

El concepto consagrado en el artículo 42 del CCom. se refiere al llamado «grupo de subordinación» o «grupo vertical». Tradicionalmente, se ha venido considerando otro criterio adicional, el del llamado «grupo de coordinación» o «grupo horizontal», que no es otro que el integrado por empresas controladas por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias⁴.

La reciente modificación de la Ley del Mercado de Valores⁵, llevada a cabo para incorporar a nuestro ordenamiento normativa comunitaria, procedió a unificar el concepto de grupo de esta norma con la del Código de Comercio. De este modo, tras el cambio de redacción del artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores –actual art. 5 TRLMV– se limita el concepto de grupo de sociedades establecido en el artículo 42 del Código de Comercio, desapareciendo el antiguo criterio que se basaba en la «unidad de decisión», circunstancia que ha llevado a nuestro Alto Tribunal a concluir que tras la citada reforma solo entran dentro del concepto legal de grupo de sociedades los de carácter jerárquico, quedando excluidos los grupos «paritarios», «horizontales» o «por coordinación»⁶.

⁴ Vid. indicación decimotercera del artículo 260 de la Ley de Sociedades de Capital, en la norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) n.º 13 y en la n.º 11 del PGC pymes.

⁵ La reforma fue operada por la Ley 16/2007, de 4 julio.

⁶ Vid. STS de 15 marzo 2017 y 11 de julio de 2018.

En la mayoría de las ocasiones la realidad muestra como el grupo actúa internamente como una unidad en la que existe cierta jerarquía, en la que el mando y el control corresponden a la sociedad o al órgano central dominante, de tal modo que las sociedades dominadas resultan meros instrumentos sujetos a las directrices y órdenes de aquella. El tercero que contrata con una de las sociedades del grupo lo hace formalmente con una sociedad autónoma, pero no independiente en la medida en que se actúa en el ámbito del interés de grupo.

Como es natural, la problemática no se plantea de igual modo, o con la misma intensidad, en todos los casos, sino que podrá variar atendiendo a los diversos supuestos posibles para propiciar la unidad del grupo.

Los grandes problemas suscitados por la insuficiencia de una regulación integral de los grupos de sociedades en nuestro ordenamiento se reflejan en cuestiones relacionadas con su funcionamiento –estos son, entre otros, el cómo se articulan las relaciones entre las sociedades que forman parte de un mismo grupo, qué se entiende por unidad de dirección, cuál debe ser la tutela de los socios minoritarios o la protección de los acreedores, y si debe existir una publicidad de la existencia de grupo– (Embido, 2016, p. 573 y ss. y Sánchez-Calero y Sánchez-Calero, 2015, p. 915).

2. Los «deberes» de la matriz

2.1. El deber de no perjudicar el interés social de la sociedad filial

2.1.1. Interés social de la matriz vs. interés social de la filial

En el presente epígrafe se pretende abordar el tratamiento de los deberes de la matriz con respecto a su filial desde el prisma del llamado «interés del grupo», así como los efectos que puede producir dicha forma de empresa en la posición de los socios minoritarios de las sociedades que la integran.

Imaginemos una situación en la que una filial sufre un daño patrimonial a causa de una decisión empresarial, que ha sido tomada de facto en el seno del consejo de su sociedad matriz invocándose el interés del grupo. Más allá, imaginemos que el daño patrimonial es de tal relevancia que tiene efectos negativos tanto en sus socios externos, que ven cómo se reduce injustificadamente el valor de su participación en el capital social, como en sus acreedores, que ven frustrada la satisfacción de sus créditos contra la sociedad por la disminución injustificada del patrimonio social. ¿Quedaría justificado el daño causado a la filial si como consecuencia de esa decisión la matriz u otras sociedades del grupo obtuvieran algún beneficio? Todo apunta a que el interés de grupo no basta por sí solo como justificación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5440) resulta particularmente interesante por desgranar en detalle la noción del interés del grupo, como

contraposición al interés de las sociedades que lo componen –en el asunto que ahora analizamos es de utilidad para caer en la cuenta de los distintos incentivos que tienen matriz y filial en el desarrollo de su actividad– y resolver sobre un supuesto en el que se ha causado daño a una sociedad filial en la que hay socios externos.

La resolución se pronuncia sobre un caso en el que en el marco de un grupo de sociedades se realizó el traspaso de la clientela desde una sociedad española a otra francesa. Ambas sociedades pertenecían a un mismo grupo de estructura horizontal, en cuyo ámbito ya se había ejecutado un traspaso similar entre otras sociedades. Como justificación a dicha transmisión se invocó la existencia de un interés del grupo. La ejecución de esa operación llevó a uno de los socios de la sociedad española a plantear en su junta general el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra sus administradores –estos también eran socios–, y, rechazado el ejercicio de la acción por la propia sociedad, fue el socio proponente el que interpuso la correspondiente demanda de acción social.

Uno de los grandes aciertos de la sentencia radica en la afirmación de la vigencia del interés de la sociedad en el ámbito individual de cada una de las sociedades, que debería proyectarse con respecto al interés social de cada una de ellas.

La sentencia afirma que la integración de la sociedad en un grupo societario, incluso aunque lo sea en concepto de sociedad dominada, no puede suponer la pérdida total de su identidad y autonomía. La filial no solo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus concretos objetivos y su propio y específico interés social, matizado por el interés del grupo, y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrado.

Resulta necesario señalar que, como es elemental, esa independencia de la filial estará directamente condicionada por cómo se distribuya su capital social entre los socios. En una sociedad íntegramente participada por la sociedad matriz, es obvio que las decisiones del grupo no afectarán a los intereses de los accionistas. En cambio, la cuestión cambia si se trata de un supuesto en el que una sociedad perteneciente al grupo tiene un porcentaje relevante de su capital social en manos de una pluralidad de accionistas.

En cualquier caso, el límite impuesto desde nuestra jurisprudencia es claro, nunca puede estar justificada una actuación en beneficio del grupo que suponga poner en peligro la viabilidad y solvencia de la sociedad filial, con el perjuicio que ello puede suponer para los socios externos y los acreedores⁷.

⁷ Sobre la defensa del interés de grupo para justificar determinadas decisiones en el ámbito societario conviene consultar la SAP de Oviedo, Sección 1.ª de 28 de marzo, 31 de marzo, 4 de abril de 2014, 15 de mayo de 2015 y 30 de junio de 2016.

Todo apunta pues, a que en los grupos pueden darse con frecuencia situaciones de conflicto de interés y, por ende, existe una clara necesidad de equilibrar el interés del grupo respecto a los intereses de las sociedades dominadas mediante el establecimiento de importantes medidas de protección para estos (Fuentes, 2008, pp. 401 y ss. y Embid, 2018).

2.1.2. El conflicto de grupo y las ventajas compensatorias

El conflicto de grupo pone de relieve los efectos negativos que de la organización y el funcionamiento del propio grupo pueden derivarse para diversos colectivos de las sociedades dominadas –principalmente, para los socios minoritarios y los acreedores–.

En ese conflicto de intereses, la lesión del interés social debe encontrar una justificación, que es la que plantea la teoría de las «ventajas compensatorias». Esta teoría defiende que pueda asumirse alguna desventaja derivada de una actuación en interés del grupo si a cambio se obtienen ventajas que compensen de algún modo ese perjuicio.

Las ventajas compensatorias implican la búsqueda de un equilibrio, que tomando en cuenta un resultado negativo para una sociedad filial, justifican el reconocimiento de la primacía del interés del grupo como paso previo a la aceptación de un concreto sacrificio por la filial. Los supuestos beneficios que conlleva la política del grupo deben contar con una justificación razonable y adecuada de los daños que haya podido padecer una determinada sociedad filial. Esos daños reclaman que las ventajas compensatorias tengan igualmente un valor económico y que guarden una adecuada proporción con el perjuicio derivado de la aplicación de la política (Sánchez-Calero, 2017, p.18).

Según la doctrina jurisprudencial en la materia, dichas ventajas no tienen que ser necesariamente simultáneas o posteriores a la eventual actuación perjudicial para la filial, sino que han podido obtenerse con carácter previo.

Parece claro asumir que las ventajas compensatorias tienen importancia a efectos de analizar las diferentes actuaciones de las sociedades que componen el grupo, por ejemplo, los beneficios obtenidos por la sociedad matriz y los perjuicios ocasionados a su participación o entre varias sociedades pertenecientes al mismo grupo.

La doctrina jurisprudencial es clara al afirmar que las ventajas o prestaciones realizadas por el grupo a favor de la sociedad filial deben ser verificables, sin que sean suficientes meras hipótesis, invocaciones retóricas a «sinergias» o a otras ventajas faltas de la necesaria concreción, que carezcan de consistencia real, aunque sí pueden consistir en oportunidades de negocio concretas, dotadas de valor patrimonial.

En el caso de la Sentencia de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5440) el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial, pues al realizarse el traspaso de la

clientela desde la filial española a la filial francesa, no consideró probado que las ventajas iniciales de que pudiera haber sido beneficiaria la sociedad filial por la pertenencia al grupo compensaran el perjuicio padecido, de tal modo que el resultado fuera inocuo o neutro. La resolución indicaba que:

Se habría producido así un perjuicio: la clientela ganada durante los años 2003 a 2005, con esfuerzo de la propia empresa, constituía un activo intangible, un fondo de comercio, que generaba en los socios una expectativa de ganancia y de valor de su participación; la posterior pérdida de ese fondo de comercio, sin contraprestación, en favor de otra sociedad en la que no participaban los mismos socios y que no se constituyó como filial directa o inmediata de Alphaspray, habría originado un perjuicio a esta sociedad e indirectamente a los socios que no conformaban la nueva sociedad beneficiaria. A raíz del desvío de la clientela, Alphaspray sufrió pérdidas en los ejercicios de 2006 a 2008, sin haber logrado una recuperación de volumen de negocio en 2009.

[...]

La Audiencia ha dejado sentado que no han existido tales ventajas compensatorias del grupo para con la sociedad filial, previas o posteriores, por lo que el administrador social ha infringido el deber de lealtad para con la sociedad que administra, al participar en la actuación que le ha provocado un daño directo, la pérdida de la parte sustancial de su clientela con la pérdida de beneficios que ello ha traído consigo.

Si realizamos un análisis más exhaustivo de la utilidad de estas ventajas, la clave radica en que las instrucciones del grupo reclaman una conducta activa por parte de los administradores de las sociedades filiales, que son quienes, en la práctica, deben ejecutar tales instrucciones. De esta forma, la aplicación de la doctrina de las ventajas compensatorias nos sitúa ante la cuestión de la responsabilidad de los administradores de la sociedad filial.

2.1.3. El deber de lealtad del administrador en el conflicto de grupo

Cualquier sistema de gobierno corporativo está integrado por un conjunto de mecanismos de protección y supervisión cuya finalidad es alinear los incentivos de los *insiders* –estos son, el equipo directivo, los administradores y, en su caso, el grupo de control– y los intereses de los *outsiders* –los accionistas minoritarios–. Los socios minoritarios, como es natural, aspiran a maximizar los retornos de su inversión, y exigen a los administradores principalmente dos deberes: (a) que gestionen adecuadamente los recursos que se les han confiado y (b) que distribuyan equitativamente los rendimientos que generan (Paz Ares, 15 de enero de 2015 y Veloso, 2015).

Una de las cuestiones más relevantes que se trataron en la reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo aprobada por la Ley 31/2014,

de 3 de diciembre es la regulación del deber de lealtad de los administradores (arts. 227 y ss. LSC)⁸.

El artículo 227 de la LSC enuncia que «los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad». De este enunciado se deduce fácilmente que el deber de lealtad obliga al administrador a actuar de buena fe y orientado por aquello que resulte más favorable para la sociedad que administra. Este deber se impone al administrador en relación con el cumplimiento de los deberes que implica la administración y representación de la sociedad, sea cual sea la estructura del órgano de administración y el cargo o función que pudieran desempeñar en ella los administradores. Tanto si se trata de un consejo de administración con funciones primordialmente orientadas al control y la supervisión, como si se trata de un consejo que efectivamente administra la sociedad, los administradores tienen los mismos deberes de lealtad en relación con el interés de la sociedad.

El hecho de que la lealtad se defina en relación con el interés de la sociedad, que determinan los socios y se refiere a su interés común, permite entender que los administradores hayan de rendir cuentas de su actuación, pues corresponde a la junta general aprobar la gestión realizada por los administradores como representantes de la sociedad.

El legislador, además de disponer una cláusula general en el artículo 227 de la LSC, ha aportado en el artículo 228 de la LSC alguna orientación adicional, y para ello ha regulado las principales prohibiciones y obligaciones derivadas del mandato genérico de lealtad del administrador, esto es:

- a) La llamada prohibición de abuso de poder, pues no puede ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas.
- b) La obligación de confidencialidad.
- c) La obligación de abstenerse de participar en decisiones en las que tengan un interés propio⁹.
- d) La obligación de actuar con independencia, pues deben desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.
- e) La obligación de evitar ponerse en una situación de conflicto de interés.

⁸ Tradicionalmente, nuestra legislación antes de la reforma se había limitado a establecer un deber muy genérico o abstracto de lealtad, enunciándose en el antiguo artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas que estos habían de proceder como un representante leal.

⁹ La obligación de abstención del administrador incurso en conflicto de interés se refiere a cualquier tipo de participación, ya sea en la deliberación o en la votación, ya sea activa o pasiva.

Nos encontramos ante un deber de orden público, cuya regulación tiene carácter imperativo, de manera que no son válidas las disposiciones estatutarias que puedan limitarlo o atemperarlo o resultar contrarias al mismo. Con todo, el deber de lealtad no significa que se impongan a los administradores unas prohibiciones absolutas de conducta. En la naturaleza de los intereses que tratan de protegerse se encuentra el carácter relativo de las prohibiciones establecidas, de manera que resulta posible la dispensa de las prohibiciones por la propia sociedad (ex. art. 230 LSC).

Parece claro que el deber de actuar como un representante leal en defensa del interés social supone la obligación de desempeñar las funciones del cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad de la que es administrador al interés particular del propio administrador o de terceros. Ante cualquier situación de conflicto, el administrador ha de velar por el interés de la sociedad y dirigir su gestión hacia la consecución del objeto y finalidad social de manera óptima, absteniéndose de actuar en perjuicio de los intereses de la sociedad.

La cuestión clave a tener en cuenta en el conflicto de grupo es que este deber de lealtad viene referido al interés de la sociedad que administra, no al de otras, aunque pertenezcan al mismo grupo, aunque sea la sociedad dominante, ni a otros intereses formalmente ajenos, como es el que se ha venido en llamar «interés del grupo».

La jurisprudencia se ha pronunciado de manera clara sobre esta cuestión, indicando que el interés del grupo puede explicar la decisión y ejecución del acuerdo o acto lesivo para la sociedad dominada o sometida, pero no exonera, por principio, a los administradores de esta, que han de actuar siempre con lealtad a los intereses de esa sociedad, evitando su perjuicio en provecho de otras sociedades o terceros que formalmente cuentan con personalidad jurídica independiente, propia y diferenciada¹⁰.

En la Sentencia de 25 de septiembre de 2018 (JUR 2018, 303354), la Audiencia Provincial de Asturias resolvió sobre un caso en el que un socio ejercitó la acción individual de responsabilidad del artículo 241 de la LSC (Mas-Guindal, 2015) contra los administradores de una sociedad que, conociendo la existencia de un crédito de la AEAT, decidieron conceder un préstamo a una filial para burlar el pago, lo que originó un daño patrimonial al demandante en la medida en que la ejecución de los avales bancarios de los que respondía personalmente le condujo a afrontar un sobrecoste. El tribunal apreció que por más que dicha decisión de los administradores pudiera aparentemente obedecer a una decisión estratégica adoptada en el seno del grupo, ello supuso una infracción de los prioritarios deberes fiduciarios frente a los socios, por lo que la acción no fue realizada en interés del grupo. La audiencia concluyó que no existió tal interés de grupo afirmando:

¹⁰ Vid. STS de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5440). De igual manera nuestro Alto Tribunal ha acudido a este criterio en la Sentencia del 27 de junio de 2017.

La defensa del interés de grupo tan solo opera correctamente como técnica de solución cuando el conflicto se plantea entre ese pretendido interés superior frente a lo que constituye el interés particular de cualquiera de las sociedades que integran el grupo, pues de lo que se trata en definitiva es de impedir el expolio del patrimonio de una sociedad (y con ello de los socios externos y de sus acreedores) si ello no aparece justificado en el balance del flujo recíproco de ventajas habido en ambas direcciones.

2.2. El deber de no perjudicar a los socios minoritarios

A la luz de lo expresado¹¹, como regla general podría afirmarse que no existe en abstracto un interés de grupo que pueda prevalecer de manera absoluta sobre los de la filial, y por tanto no se puede reemplazar el interés social de la filial por el interés del grupo. Se ha indicado con acierto que hacer prevalecer tal cosa implicaría una modificación de la causa del contrato de sociedad en la sociedad filial (Alfaro, 6 de marzo de 2017 y *Bebchuk y Kastiel*, 2018).

El supuesto de unipersonalidad en la filial, como es obvio, no plantea problemas con los socios minoritarios, en cambio, cuando el grupo comparte el capital de la filial con otros socios, la política del grupo no puede ignorar los intereses de estos, al igual que los de los acreedores. Los socios minoritarios, aquellos que participan en la filial y son distintos a la sociedad dominante, tienen también su propio interés, que no tiene por qué coincidir con el de la sociedad que ostente control en la matriz. El socio minoritario desea maximizar el valor de su aportación a la sociedad y no debe sacrificar dicho interés en favor de los intereses de otro, en este caso, de los intereses del socio mayoritario.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5440) resulta acertada al pronunciarse sobre un caso en el que una misma persona es socio mayoritario de control de todas las sociedades que lo integran. El tribunal afirma:

Los socios minoritarios externos al grupo de control pueden ver volatilizado el valor de su participación social como consecuencia de una decisión del poder de dirección unitario que suponga la transferencia de activos a otra sociedad del grupo en la que aquellos no participan, o en general de operaciones societarias intragrupo que originen un perjuicio a los intereses particulares de la sociedad dominada o sometida. En tales supuestos, esos socios minoritarios o externos no van a ver compensada la pérdida que van a padecer en la sociedad dominada o sometida con los beneficios obtenidos por la sociedad beneficiaria a raíz de las operaciones decididas y ejecutadas en su favor, y en detrimento de aquella, si no participan en la sociedad beneficiaria. Es el caso del demandante, que por la razón que fuere, y es irrelevante a estos efectos, no participa en la sociedad francesa de nueva crea-

¹¹ *Vid. epígrafe supra.*

ción, beneficiaria del trasvase de la principal cartera de clientes realizado sin compensación o contraprestación alguna para la sociedad española.

En un supuesto de un grupo de sociedades en el que se produce un desvío patrimonial de activos desde una de las filiales en beneficio de la sociedad matriz, parece claro que la sociedad dominante no debería perjudicar con sus actos a la filial, pero, siguiendo el mismo razonamiento, tampoco debería perjudicar a los otros socios que participan en el capital de la misma, los minoritarios.

Este tipo de actuación tendrá sus consecuencias en cuanto a la responsabilidad que tendrán que asumir los administradores de la filial por autorizar dicho vaciamiento patrimonial infringiendo su deber de lealtad.

Adicionalmente, habrá que analizar si existió un interés de grupo, y si se otorgaron unas ventajas compensatorias que justificaran el acto en sí. Por último, habrá que atender al interés de los socios externos que ven mermado el valor de su participación social en provecho de otras sociedades del grupo en las que no participan.

3. La responsabilidad de la matriz por actos de la filial. La doctrina del levantamiento del velo jurídico

3.1. Separación de la personalidad jurídica y limitación de responsabilidad

Aunque en el ámbito del Derecho continental los principios de separación de la personalidad y de limitación de responsabilidad han ido ganando fuerza en algunos aspectos, ello no implica que la ley los considere infranqueables, sino que, más bien, la ley prescinde de la separación de la personalidad para lograr algunos efectos.

En los grupos de sociedades (art. 42 CCom.) se ignora esa separación de personas a efectos fiscales, contables, de aplicación de derecho de la competencia¹² e incluso a determinados efectos de la Ley Concursal¹³.

Por otro lado, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la sucesión de empresa, hace prevalecer la relación económica sobre la personalidad jurídica, imponiendo al nuevo empleador la subrogación de los trabajadores en las mismas condiciones laborales.

¹² La Ley de Defensa de la Competencia reconoce el principio de imputación a la matriz de la responsabilidad por las infracciones de su filial en el artículo 61.2, según el cual «la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas».

¹³ El artículo 25 de la Ley Concursal regula la declaración conjunta de concurso de varios deudores.

Otro ejemplo ilustrativo lo encontramos en la normativa de prevención de blanqueo de capitales (Ley 10/2010), donde el objetivo de ciertas de sus disposiciones es identificar al titular real de las acciones o participaciones sociales, es decir, determinar quién tiene el control de la sociedad, y a este efecto se prescinde de todas las personas físicas o jurídicas interpuestas.

Todos estos ejemplos demuestran que la limitación de la responsabilidad no es una consecuencia necesaria de la personalidad jurídica (Clarke, 2017).

El principio de limitación de la responsabilidad es la fórmula que predomina en nuestra realidad económica, debido a que con frecuencia se necesitan grandes cantidades de capital y una gestión especializada.

Hay quien sostiene que, puesto que la persona jurídica es una ficción al servicio de sus socios, tendría sentido que la responsabilidad por sus acciones recayera sobre ellos¹⁴. La cuestión que se plantea entonces es que si el socio responde de las deudas, entonces deberá controlar cada acto de gestión de la sociedad, pues cada uno de ellos puede desencadenar su responsabilidad personal.

Parece claro que esta intervención no interesa a la adecuada gestión de la sociedad, ni tampoco encaja bien con el principio que impera en las sociedades de capital en el que la participación determina el voto –por tanto un minoritario no podría controlar el riesgo en la sociedad ni tampoco el montante de la responsabilidad que asume–. Adicionalmente, los beneficios para los acreedores sociales no serían tan relevantes si tenemos en cuenta que si la responsabilidad de los socios fuera mancomunada y no solidaria, el incumplimiento por la sociedad implicaría la necesidad de entablar acciones contra una multitud de socios. Si fuera solidaria, el acreedor debería controlar en todo momento el accionariado y las transmisiones, así como su solvencia (Álvarez, 2015, p. 825).

El legislador ha llegado a extender el principio de responsabilidad limitada no solo a las sociedades anónimas, sino también a sociedades que no necesitan tanto capital, como puedan ser las sociedades de responsabilidad limitada. Esto es así porque considera que los beneficios para la economía y para el favorecimiento de la empresa y la toma de riesgos por empresarios individuales compensan con creces el mayor riesgo de impago de las deudas.

El derecho societario altera la imputación sobre los socios del principio de responsabilidad universal (art. 1.911 CC) porque permite a los particulares separar e incluso aislar patrimonios limitando, consiguientemente, su responsabilidad mediante el recurso a formas societarias para el ejercicio de actividades económicas. Cuando una persona física contrata con una sociedad que limita la responsabilidad de sus socios, la norma legal que limita la responsabilidad forma también parte del contrato, de forma que el que contrata con la

¹⁴ Como ocurre en las sociedades civiles y mercantiles colectivas.

sociedad no puede pretender, posteriormente, ignorar dicha limitación pretendiendo atacar el patrimonio personal de los socios.

La realidad muestra cómo, sin el principio de limitación de responsabilidad de los socios no es posible la separación entre propiedad y gestión, ni la existencia de sociedades con muchos socios, ni las reglas sobre mayorías en los socios, ni la transmisión de partes sociales, ni en general la inversión en sociedades (Álvarez, 2015, p. 821).

Esta constituye la regla general aplicable, sin embargo, como veremos a continuación, pueden darse escenarios que podrían justificar la no aplicación del principio de responsabilidad limitada por parte de los tribunales.

3.2. La doctrina del levantamiento del velo

3.2.1. Definición y fundamento

En toda reflexión sobre la personalidad jurídica societaria y las implicaciones que su reconocimiento legal conlleva, siempre se señala como excepción la aplicación de la llamada «doctrina del levantamiento del velo societario», que responde a la técnica jurídica de construcción jurisprudencial que trata de evitar que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como medio o instrumento defraudatorio, con un fin fraudulento¹⁵ o en contra de la buena fe de la personalidad jurídica societaria¹⁶.

Si examinamos en detalle la jurisprudencia sobre la materia, resulta complejo determinar con rigor un listado con los criterios necesarios y suficientes para la aplicación de esta técnica jurídica. Lo que sí que podemos afirmar, a juzgar por las resoluciones consultadas, es que el levantamiento del velo de la persona jurídica tiende a evitar los perjuicios que se pudieran ocasionar a terceros mediante la instrumentalización de varias sociedades conectadas entre sí.

Para su aplicación, que debe ser excepcional, se requiere que se acrediten plenamente las premisas fácticas idóneas al respecto –los indicios–, que se pruebe la existencia del resultado lesivo y que haya un nexo de causalidad entre aquellas y este. Es preciso, por consiguiente, que se haya causado un daño o se produzca la burla de un derecho¹⁷ como sucede cuando se trata de eludir responsabilidades personales y, entre ellas, el pago de deudas¹⁸.

¹⁵ Vid. sentencias de 29 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8642), 28 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3177) y 23 de octubre de 2008.

¹⁶ Contraria, en definitiva, a las disposiciones contenidas en los artículos 6.4, 7.1, 7.2 y 1.257 del Código Civil.

¹⁷ Vid. sentencias, entre otras, de 6 de abril de 2005 (RJ 2005, 2704), 10 de febrero y 29 de junio de 2006 (RJ 2006, 3976) y 22 de febrero y 29 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8430).

¹⁸ Vid. sentencias de 14 de abril de 2004 (RJ 2004, 2624), 20 de junio de 2005, 24 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3117), 22 de febrero y 29 de octubre de 2007 y 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 6920) y sentencias

Resulta interesante señalar la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4724) que enuncia:

La doctrina del «levantamiento del velo» es una construcción jurisprudencial que permite al juzgador penetrar en el sustrato de las sociedades para percibir su auténtica realidad y poder así averiguar si la autonomía patrimonial consustancial a la personalidad jurídica es o no utilizada como una ficción con un uso fraudulento o abusivo con el propositivo de perjudicar a tercero, lo que abre un gran abanico de posibilidades como el incumplimiento contractual, aparentar insolvencia, susstraer bienes de la ejecución forzosa, soslayar o hacer prevalecer ciertos derechos o eludir la responsabilidad contractual o extracontractual¹⁹.

[...]

La idea esencial que constituye el sustrato de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas radica en que no puede separarse el patrimonio de una persona jurídica y el de una o varias personas físicas, cuando en realidad se trata de un único patrimonio, para conseguir un fin fraudulento (SAP de La Coruña, Sección 1.ª, 325/2004, de 8 de noviembre).

Un buen ejemplo de cómo se refuerza la concepción de la aplicación excepcional de esta doctrina lo encontramos en la Sentencia núm. 628/2013 del Tribunal Supremo de 28 octubre de 2013, que recuerda cómo la norma general ha de ser la de respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios y administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo grupo, salvo en los supuestos expresamente previstos en la ley. Añade la resolución que:

Lo anterior no impide que excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias –son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso– sea procedente el «levantamiento del velo» a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros.

No existe un listado cerrado que enumere los casos a los que es de aplicación la doctrina del levantamiento del velo, pero podríamos remitirnos a dos grandes grupos de casos: los de aplicación de normas, en tanto en cuanto la aplicación correcta de la norma de acuer-

de 19 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5213), 27 de octubre de 2004, 29 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8642) y 23 de octubre de 2008.

¹⁹ Vid. SSTs de 17 de octubre (RJ 2000, 8046) y 22 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9314) y 5 (RJ 2001, 4783) y 7 de abril y 8 de mayo de 2001 (RJ 2001, 2381).

do con su finalidad obliga a prescindir de la interposición de una persona jurídica, y los de extensión de responsabilidad, sobre la base del fraude de acreedores, de la protección de la apariencia, etc. (Alfaro, 25 de junio de 2012).

La doctrina del levantamiento del velo trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno, o burlar los derechos de los demás²⁰. Se evita que se utilice la personalidad jurídica societaria como un mero instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento²¹, que se produce, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales²², y entre ellas el pago de deudas²³.

3.2.2. Supuestos de extensión de responsabilidad a la matriz por actos de la filial en la doctrina del levantamiento del velo

Los efectos que se derivan de la aplicación del levantamiento del velo no implican la desaparición de la personalidad jurídica –pues incluso cuando se llega a la conclusión de que la sociedad fue creada específicamente para cometer un fraude los tribunales no declaran nunca su nulidad y la sociedad seguirá operando en el tráfico–, la consecuencia es, más bien, exigir responsabilidad a los socios de una sociedad.

En una primera aproximación, parece justo afirmar que es en los grupos de sociedades, caracterizados por la existencia de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de ellas –régimen jerárquico–, ya por la existencia de vínculos de coordinación –régimen paritario–, existe un ámbito propicio para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, especialmente en aquellos casos en que la necesidad de satisfacer el interés del conjunto se traduzca en sacrificio del de las sociedades dependientes, con daño para ellas y, por repercusión, para sus acreedores.

En cuanto a la cuestión que analizamos en el presente capítulo, el levantamiento del velo resultaría de aplicación en los supuestos donde encontramos unidad de dirección, control total y falta de independencia de una sociedad, que tiene un carácter meramente instrumental. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2009 trata un supuesto en el que la coincidencia del objeto social, la idéntica composición de personal, la representación por la misma persona física, y la coincidencia de domicilio social, se evalúan como indicios que permiten concluir que varias sociedades actúan en el tráfico como una sola.

²⁰ Sentencias, entre otras, de 17 de diciembre de 2002, 22 y 25 de abril de 2003, 6 de abril de 2005 y 10 de febrero de 2006.

²¹ Sentencias de 17 de octubre de 2000, 3 de junio y 19 de septiembre de 2004 y 16 de marzo y 30 de mayo de 2005

²² Sentencias de 28 de marzo de 2000, 14 de abril de 2004, 20 de junio de 2005 y 24 de mayo de 2006.

²³ Sentencias de 19 de mayo de 2003 y 27 de octubre de 2004.

Otro supuesto que podría enmarcarse dentro de esta categoría se trata en la sentencia de nuestro Alto Tribunal de 17 de octubre del 2000:

Cuando consta probado que la sociedad en cuestión carece de funcionamiento real e independiente respecto de la otra persona que la controla, con lo que se convierte en simple instrumento de otra u otros para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad ni personalidad propia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 10 de marzo de 2014 (JUR 2014,120598) defiende la inexistencia de base para aplicar la citada doctrina en un grupo de sociedades por no haberse acreditado que las sociedades dependientes fueran utilizadas para perjudicar derechos de terceros. Enuncia el tribunal:

Así pues, aun teniendo por probada la existencia de un grupo de sociedades e incluso el control de las sociedades filiales por la primera de ellas en el tiempo en base a ser, mejor dicho, al haber sido, sus socios accionistas de las mismas, lo que ni siquiera se discute por la demandada, no se desprende de ello la existencia de una confusión de patrimonios o personalidades (Sentencia 11 de octubre de 2002) ni la prueba de que los entes sociales hayan sido utilizados para perjudicar los derechos de terceros (Sentencia 16 de noviembre de 1993, 13 de diciembre de 1996), ni se tiene base para dar crédito a la existencia de un ánimo defraudatorio (Sentencia 20 de junio de 1991, 12 de junio de 1995). La utilización de la forma societaria, en definitiva, no parece obedecer al intento de crear una cobertura con cuya norma de protección se eluda la aplicación de la norma adecuada al caso.

Resulta incuestionable que no son suficientes argumentos para desconocer la existencia de una personalidad jurídica diferente ni el hecho de que una sociedad sea filial al 100 % de otra; ni el hecho de que una persona física domine una persona jurídica. Por las mismas razones, tampoco es suficiente para desconocer la personalidad jurídica el hecho de que se trate de una sociedad de un solo socio o de sociedades que forman un grupo de dirección unitaria²⁴.

Como se ha señalado con acierto²⁵, en el moderno Derecho mercantil la personalidad jurídica de las sociedades es un instrumento crucial en el tráfico jurídico, en un sistema que

²⁴ La SAP de Valencia de 4 de marzo de 2014 (JUR 2014,124655) comenta la conexión entre la existencia de un grupo de sociedades y el levantamiento del velo. La resolución muestra cómo se rechaza en ambas instancias la pretensión de extender una condena dineraria a distintas sociedades que, en opinión de la actora, presentaban una confusión patrimonial que justificaba su pretensión de tratamiento unitario. La audiencia rechaza su aplicación por considerar que la coincidencia en el administrador y, en el caso de algunas sociedades, en el domicilio social, no es presupuesto suficiente para recurrir a la citada doctrina.

²⁵ SAP de Cádiz de 10 de marzo de 2014 (JUR 2014,120598).

admite incluso la sociedad unipersonal, y han de ser excepcionales, y bien fundadas, en la existencia de perjuicio o fraude, las posibilidades de desconocerla o de prescindir de ella cuando, en principio, haya de ser tenida como sujeto de derechos y obligaciones.

La Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 614/2010, de 19 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7588)²⁶ resulta particularmente iluminadora en este sentido, indicando que:

La expresión figurada de «levantar el velo» se refiere a la oportunidad de examinar en conjunto, como operación compleja, una pluralidad de operaciones mercantiles que, si bien individualmente –dejar sin actividad y vacía de contenido económico una sociedad; creación de otra que contrata parte de los trabajadores de la anterior y contacta con su clientela; asunción por una persona de la práctica totalidad del capital de la nueva sociedad; etc.– no son ilícitas, sin embargo, interrelacionadas –de ahí que haya que penetrar en su sustrato como entiende la doctrina aludida–, pueden revelar una actuación torticera y fraudulenta en cuanto responde a la finalidad, o produce el resultado, de burlar legítimos derechos ajenos.

El *quid* de la cuestión radica en que, aunque haya operaciones mercantiles que individualmente consideradas sean lícitas, su consideración en conjunto puede llevar a concluir que ha habido un actuar fraudulento, abusivo y contrario a la buena fe que ha causado daño a terceros. La consecuencia jurídica es la responsabilidad del socio, pues la persona que «instrumenta» la sociedad causante del daño debe responder, sin que se pueda amparar en la responsabilidad limitada de la misma.

4. Los deberes del accionista

4.1. El accionista como titular de deberes

Tradicionalmente, el accionista ha sido concebido en el Derecho continental como un sujeto de derechos y no de obligaciones²⁷. Si revisamos nuestro ordenamiento jurídico, resulta difícil encontrar deberes impuestos a los accionistas más allá de la obligación de desembolso de los dividendos pasivos (art. 81 y ss. LSC), el deber de realizar prestaciones accesorias –en su caso– (art. 86 y ss. LSC) o los deberes relacionados con la transmisión de acciones (*i. e.* los deberes del accionista con participación significativa derivados de transacciones con la sociedad, los deberes del socio relacionados con el rescate de sus accio-

²⁶ Siendo de resaltar por su paralelismo con el supuesto que se enjuicia en la Sentencia de 30 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4166).

²⁷ Con frecuencia los deberes se imponen a los administradores, a quienes en virtud de su relación mercantil se les han otorgado facultades para administrar la sociedad y representarla frente a terceros.

nes y con el rescate de las acciones de otros socios, los deberes del accionista vendedor en una operación de venta en corto [*short selling*])²⁸.

En nuestro ordenamiento, esta concepción se percibe de forma evidente. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, incidió en dos grandes bloques normativos al reformar la Ley de Sociedades de Capital: (a) la regulación de la Junta General y los derechos de los accionistas; y (b) la normativa del Consejo de Administración, el estatuto de los administradores, sus deberes y su régimen de responsabilidad, la organización y funcionamiento del Consejo, la remuneración de sus miembros y las comisiones integradas en este.

Recientemente se están produciendo cambios en esta concepción tradicional de la mano de las instituciones europeas a la hora de tratar los derechos de determinados accionistas de sociedades cotizadas (Clarke, 2017, p. 229). En este sentido, se ha aprobado la Directiva 2017/828, de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas.

El objetivo primordial de la directiva es obligar a los inversores e instituciones a una implicación en el funcionamiento de las sociedades en cuyo capital participan y a adoptar una estrategia de inversión que esté enfocada al largo plazo (Bebchuk, 2013 y Fernández Torres, 2007), abandonando políticas que persiguen la obtención de plusvalías o resultado en el corto plazo, que se consideran que han estado en el origen de muchos de los perjuicios sufridos en la reciente crisis financiera a nivel mundial²⁹.

En particular, la directiva establece requisitos específicos con la finalidad de: (a) facilitar la identificación de los accionistas, la transmisión de la información y los derechos de los accionistas; (b) incrementar la transparencia de los inversores institucionales, los gestores de activos y los asesores de voto (*proxy advisors*); (c) reforzar el control y la transparencia de la remuneración de los administradores; y (d) mejorar de la supervisión y la transparencia de las transacciones con partes vinculadas³⁰.

²⁸ Adicionalmente, estarían otros deberes no tan específicamente tipificados, como pueda ser el deber de no abusar de los propios derechos, pues el artículo 7.1 del Código Civil es de aplicación también al ámbito societario.

²⁹ Enuncia la directiva en su considerando (2) que «la crisis financiera ha puesto de manifiesto que, en muchos casos, los accionistas han apoyado una asunción excesiva de riesgos a corto plazo por parte de los gestores. Además, existen pruebas claras de que el nivel actual de «seguimiento» de las sociedades en las que se invierte y de implicación de los inversores institucionales y los gestores de activos a menudo es inadecuado y se centra demasiado en una rentabilidad a corto plazo, lo que puede dar lugar a una gestión y a un rendimiento empresarial que disten de ser óptimos» (Sánchez-Calero, 3 de abril de 2017).

³⁰ El artículo 9 quáter de la Directiva 2017/828 resulta de interés por regular el deber de abstención en las votaciones relacionadas con la transacción, lo que implica el deber de no perjudicar con la transacción el interés social o los intereses de socios minoritarios.

La directiva prevé que tanto los inversores institucionales como los gestores de activos publiquen: (a) su política de implicación, describiendo cómo integran la implicación de los accionistas en su política de inversión; y (b) cómo han aplicado, anualmente, la referida política, incluyendo una descripción general de su comportamiento de voto, una explicación de las votaciones más importantes y el recurso a los servicios de asesores de voto. Publicarán el sentido de su voto en las juntas generales, salvo votos insignificantes por su objeto o por la dimensión de su participación.

El valor que subyace en el texto de esta norma europea es defender que la implicación efectiva y sostenible de los accionistas es una de las piedras angulares del modelo de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, que depende del sistema de control y equilibrio entre los distintos órganos y las distintas personas interesadas. Los inversores institucionales deberán hacer pública la manera en que los elementos principales de su estrategia de inversión en capital son coherentes con el perfil y duración de sus pasivos, en particular, pasivos a largo plazo, y la manera en que contribuyen al rendimiento a medio y largo plazo de sus activos.

La directiva no tiene efecto directo inmediato en los Estados miembros. Estos tendrán un plazo de 24 meses desde la entrada en vigor de la misma para su transposición, por lo que es justo suponer que en ese periodo el Gobierno abordará la correspondiente reforma de la Ley de Sociedades de Capital.

4.2. La capacidad del accionista de influir en la gestión a través del artículo 161 de la LSC

El artículo 161 de la LSC trata la intervención de la junta general en asuntos de gestión enunciando que

salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234.

La norma del 161 LSC encierra una poderosa facultad de gestión y control de la actuación de los administradores en favor de los accionistas.

La separación de la gestión respecto de la propiedad responde, entre otras cosas, a una cuestión de eficiencia, pues los gestores cuentan con mejor información y mayor experiencia en la gerencia. Sin embargo, esto no quiere decir que los socios deleguen todos sus derechos de control a los administradores, sino que retienen ciertas facultades de supervisión de quien administra de forma directa la sociedad. Desde esta perspectiva, cualquier

mecanismo de rendición de cuentas, de autorización de la gestión o incluso de revocación de los miembros del consejo está llamado a vencer las asimetrías de información a fin de poder colocar a los socios en buena posición para controlar con conocimiento de causa las actuaciones de los gestores.

Conviene señalar que, en la práctica, las instrucciones de la junta se materializan de forma muy diferente en función del tipo social que se trate. La regla general es que resulta útil en las sociedades cerradas. Podría parecer que la regla del 161 LSC no resulta eficiente en el ámbito de las sociedades cotizadas, pues con frecuencia existen inversores fragmentados y dispersos, que adolecen de fuertes asimetrías de información, además de graves problemas de coordinación y de acción colectiva. En cambio, no lo parece desde la perspectiva de los activistas y los inversores institucionales³¹.

Resulta claro en nuestro ordenamiento que prevalece un modelo de gobierno de sujeción del consejo a la junta. La autoridad indiscutible de los socios para nombrar y cesar a los miembros del consejo –que pueden ser revocados sin que concurra justa causa ex art. 223 LSC–, junto con los amplios poderes de supervisión de los socios sobre la gestión de los administradores, ponen en cuestión la autonomía del consejo en nuestro derecho (Paz-Ares, 2010, p. 7).

Los administradores, so pena de incurrir en responsabilidad, deben abstenerse de ejecutar cualquier acuerdo de la junta, aunque esté dentro de sus competencias naturales, cuando estimen que es ilegítimo³².

En las sociedades cerradas la regla que faculta a los socios a instruir a los administradores es de menor trascendencia porque, a pesar de la rigidez estatutaria que caracteriza a nuestro Derecho de sociedades, los contratos de socios y los pactos parasociales posibilitan en gran parte la gestión efectiva de las mismas.

Sin embargo, en las sociedades cotizadas resulta más complejo replicar una regla similar a la del artículo 161 de la LSC por la vía de la contratación privada, pues suele darse un escenario en el que los accionistas son numerosos y dispersos. Por otro lado, el mecanismo de las instrucciones de gestión por la junta tiene mayor valor para los inversores institucionales que para los accionistas de control, que pueden influir e implicarse en la gestión a través del nombramiento de consejeros dominicales.

³¹ Si las sociedades cotizadas cuentan con que su capital externo está concentrado en manos de inversores institucionales, la posible participación de la junta en materia de gestión de la sociedad puede convertirse en un mecanismo de reducción de los costes de agencia provenientes de la especialización de la administración. En este sentido, esta disposición potenciaría el activismo (Bebchuk, Cohen y Hirst, 2017).

³² Por ejemplo, una reducción de capital o una distribución de dividendos que no respetan las reglas del capital o un aumento de capital contrario al interés social por haberse realizado con la exclusiva finalidad de diluir a ciertos socios necesitados de liquidez.

Si realizamos una interpretación conjunta del artículo 161 de la LSC (intervención de la junta general en asuntos de gestión) y el artículo 236 de la LSC (presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad de los administradores) cabe preguntarse por el resultado.

La doctrina mayoritaria afirma el carácter vinculante de las instrucciones, y delimita los supuestos en los que procede la inejecución de los administradores –o la posibilidad de que exista oposición activa de estos en forma de impugnación del acuerdo– en relación con las instrucciones de la junta cuando son ilegítimas (Paz-Ares, 2010, p. 9).

Como es natural, se excluye la responsabilidad del administrador frente a la sociedad por ejecutar instrucciones válidas y vinculantes de la junta, pero no por ello los deberes fiduciarios de los administradores decaen porque el acuerdo se haya adoptado como un acuerdo de junta en vez de como un acuerdo del consejo. Esto es así porque, de otro modo, los socios de control o los propios administradores podrían aprovechar la situación con fines desleales para desvirtuar sus deberes fiduciarios; por ejemplo, imaginemos un caso en el que los administradores están en el origen y la preparación material y sustantiva de la decisión, la presentan como la única opción viable a la junta y se la hacen «bendecir» en un acuerdo de junta (Sáez, 2018).

La regla de responsabilidad ex artículo 236 de la LSC tiene el propósito de incentivar a los administradores a cumplir escrupulosamente sus deberes fiduciarios, cuando la decisión la adoptan ellos, pero también cuando han de realizar los actos de ejecución de instrucciones vinculantes de la junta.

4.3. El deber de lealtad del accionista si actúa como administrador oculto

Con independencia de que la concepción tradicional del accionista como titular de derechos y no de obligaciones esté cambiando gradualmente, la realidad jurídica muestra que con frecuencia los deberes se imponen a los administradores, a quienes en virtud de su relación mercantil se les han otorgado facultades para administrar la sociedad y representarla frente a terceros.

Al administrador se le ha atribuido la gestión de los bienes de la sociedad a través de una delegación abierta de poderes, entonces resulta como contenido fundamental de su posición la obligación de anteponer los intereses del principal a los propios o a los de cualquier otro tercero. Esa no es la obligación que resulta para el socio cuando ejerce sus derechos en el seno de la sociedad –se le prohíbe perseguir ventajas particulares a costa del interés común de todos los socios, pero no ha de anteponer el interés de la sociedad al propio–. Por este motivo, salvo en supuestos excepcionales, se entiende que los accionistas no tienen deberes de lealtad frente a los acreedores sociales ni respecto de los trabajadores. Res-

pecto de estos, lo que ha de hacer la sociedad es cumplir los contratos correspondientes, incluyendo las obligaciones que resultan del artículo 1.258 del CC³³.

El rol que juega el accionista de una sociedad puede diferir, dependiendo de si se trata de un accionista mayoritario, que ejerce control –como hemos tratado en los epígrafes anteriores–, o si se trata de un accionista minoritario. En una primera aproximación podría pensarse que el papel pasivo de un accionista minoritario resulta inevitable, pues no tiene en principio capacidad de influir en el *management* de la sociedad, y la solución que le queda en el caso de que esté descontento con los resultados de la misma no es otra que la venta de su participación (Martínez Echevarría, 2017).

En otro orden de cosas, en los últimos años estamos atendiendo a un momento de auge del activismo accionario, donde los accionistas con participaciones significativas cada vez están más implicados en la gestión de la compañía, lo que plantea la cuestión de la extensión de los deberes fiduciarios de los administradores a los accionistas de control activos.

La Ley de Sociedades de Capital en su artículo 236.3 extiende el régimen de responsabilidad por infracción del deber de lealtad a todas aquellas personas que, aun sin ostentar la posición formal de administrador, desempeñan en la sociedad un papel de índole similar, esto es, (a) a las personas físicas que representan a los administradores personas jurídicas (art. 236.5 LSC); (b) al más alto directivo –el primer ejecutivo– cuando se le ha situado fuera del consejo de administración (art. 236.4 LSC); y, también, (c) a los «administradores de hecho».

La norma ha querido incluir no solo a aquellas personas que en la realidad del tráfico desempeñan sin título o con un título nulo o extinguido las funciones propias de administrador –el «administrador de hecho»–, sino también a los conocidos como «administradores ocultos», que el precepto define –bajo clara inspiración de la ley inglesa– como aquellas personas bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

Para que pueda calificarse de administrador de hecho al administrador oculto se requiere una nota de habitualidad. La definición legal debe leerse –como figuraba en la propuesta de la Comisión de Expertos– referida a aquellas personas «bajo cuyas instrucciones estén acostumbrados a actuar los administradores». No se trata, por tanto, de una actuación ocasional, sino de un actuar continuado y revestido de cierta dosis de generalidad (Paz Ares, 2010, p. 58).

³³ «[...] la imposición de deberes de lealtad debe reservarse para los supuestos en los que se produce una delegación de poder abierta (las facultades del fiduciario no están "listadas") junto con elevados costes de contratar el control de la conducta del fiduciario. Porque el estándar de conducta que imponemos al fiduciario es muy exigente: es un deber de actuación desinteresada o, en castellano, un deber de anteponer los intereses del principal sobre los propios del fiduciario» (Alfaro, 24 de junio de 2012).

Bajo la figura del administrador oculto, podrían encuadrarse los accionistas de control activos, en tanto en cuanto, si prácticamente actúan como administradores, normativamente deben responder como administradores, sobre todo en el terreno de la deslealtad. No hace falta añadir que este punto resulta especialmente importante en nuestro mercado, caracterizado por estructuras de propiedad concentradas. En ellas, como es sabido, el problema de agencia fundamental no es el vertical (entre administradores y accionistas), sino el horizontal (entre mayoría –los titulares del control– y minoría).

Referencias bibliográficas

- Alfaro, J. (25 de junio de 2012). Levantar el velo, sin más, no se puede. *El Almacén de Derecho*.
- Alfaro, J. (6 de marzo de 2017). ¿Hay un interés del grupo que deba prevalecer sobre el interés social de la filial? *El Almacén de Derecho*.
- Álvarez, S. (2015). La necesaria revisión de la doctrina del levantamiento del velo. En A. Martínez-Echevarría, *Gobierno Corporativo. La estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*. Navarra.
- Bebchuk, L. (2013). The Myth that Insulating Boards Serves Long-Term Value. *Columbia Law Review*, 113(1637).
- Bebchuk y Kastiel (2018). The Perils of Small-Minority Controllers. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*. *Georgetown Law Journal*. Boston.
- Bebchuk, Cohen y Hirst (2017). The Agency Problems of Institutional Investors. *Journal of Economic Perspectives*, 31(3).
- Clarke, B. (2017). The duties of parent companies. En H. S. Birkmose, *Shareholders' Duties*. Alphen aan den Rijn.
- Embid, J. M. (2016). Los Grupos de sociedades. En J. M. Embid (Dir.), *Derecho de sociedades de capital: estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación*.
- Embid, J. M. (2018). La ordenación jurídica de los grupos de sociedades: del interés del grupo a la tutela de los socios externos. En A. Emparanza (Dir.), *Los intentos de reforzamiento del poder de la junta y de los socios en los grupos de sociedades*. Madrid.
- Emmerich, V. y Habersack, M. (2013). *Konzernrecht*. (10.^a ed.). München: Beck.
- Fernández Torres, I. (2007). *Las loyalty shares: cortoplacismo contra activismo accionarial*. Madrid.
- Fuentes, M. (2008). Conflictos de interés en grupos de sociedades: a propósito de la STS de 12 de abril de 2007 (RJ 2007, 2410). *Revista de Derecho de Sociedades*, 30.
- Martínez Echevarría, A. (2017). The Nature of Shareholding and Regulating Shareholders' Duties. En H. S. Birkmose, *Shareholders' Duties*. Alphen aan den Rijn.
- Mas-Guindal, J. (2015). La responsabilidad de los administradores sociales. Una aproxima-



mación al artículo 241 de la Ley de Sociedades de capital. En A. Martínez-Echevarría (Dir.), *Gobierno Corporativo. La estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*. Navarra.

Paz-Ares, C. (2010). Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo. *Indret*, 4.

Paz-Ares, C. (15 de enero de 2015). Anatomía del deber de lealtad. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*.

Sáez, M. (2018). Activismo accionario, Hedge Funds y el artículo 161 de la LSC. *Indret*, 4.

Sánchez-Calero, J. (20 de enero de 2016). Administradores de una sociedad filial: deber de lealtad vs. interés del grupo [Blog]. Juan Sánchez Calero Guillarte.

Sánchez-Calero, J. (2017). Grupos de sociedades y deber de lealtad de los administradores (una aproximación a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015). Madrid: Eprints Complutense, junio.

Sánchez-Calero, J. (3 de abril de 2017). Reforma de la Directiva de derechos de los accionistas [blog]. Juan Sánchez Calero Guillarte Blog.

Sánchez-Calero, F. y Sánchez-Calero, J. (2015). *Instituciones de Derecho Mercantil*. (37.ª ed.). (t. I). Navarra.

Veloso, J. (2015). El deber de lealtad de los administradores. En Martínez-Echevarría, A. (Dir.), *Gobierno Corporativo. La estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*. Navarra.



Pasado y presente del contrato menor: Una mirada analítica a su régimen jurídico

Laura Magarzo Fernández

Técnico de auditoría y contabilidad

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

En el presente artículo se realiza un análisis jurídico y de la tramitación de los contratos menores tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, comparando el nuevo régimen jurídico, en el que se potencia la transparencia y la publicidad, frente a la anterior normativa, y recopilando las diferentes interpretaciones respecto al alcance material y temporal de la nueva regulación efectuada por las juntas consultivas de contratación, y de la instrucción del Observatorio de Contratación Pública.

Palabras clave: contratos administrativos; contratos menores; transparencia; publicidad; fraude; fraccionamiento.

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

Cómo citar: Magarzo Fernández, L. (2020). Pasado y presente del contrato menor: Una mirada analítica a su régimen jurídico. *Revista CEFLegal*, 229, 81-108.



Past and present of minor contracts: An analytic view on its legal regime

Laura Magarzo Fernández

Abstract

In this article, a legal and processing analysis of minor contracts is carried out after the entry into force of Law 9/2017 of Public Sector Contracts, comparing the new legal regime, which enhances transparency and publicity, as opposed to the previous regulations, and compiling the different interpretations regarding the material and temporal scope of the new regulation made by the contracting consultative boards, and of the Public Procurement Observatory instruction.

Keywords: administrative contracts; minor contracts; transparency; publicity; fraud; division.

Citation: Magarzo Fernández, L. (2020). Pasado y presente del contrato menor: Una mirada analítica a su régimen jurídico. *Revista CEFLegal*, 229, 81-108.





Sumario

1. Introducción
 2. Antecedentes y evolución del contrato menor
 3. Análisis del régimen jurídico del contrato menor
 - 3.1. Las intenciones del legislador en la nueva ley
 - 3.2. Articulado de la LCSP sobre contratos menores y novedades respecto a la regulación anterior
 4. Consultas planteadas y su interpretación por las juntas consultivas de contratación
 5. Ideas principales de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
 - 5.1. Ámbito objetivo de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP
 - 5.2. El principio de competencia en el contrato menor. La justificación de la adjudicación directa
 - 5.3. El expediente del contrato menor
 - 5.4. Ámbito temporal de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP
 - 5.5. La publicidad de los contratos menores
 - 5.6. Ámbito subjetivo
 6. Conclusiones y opinión
- Bibliografía



1. Introducción

El contrato menor, como herramienta creada para satisfacer necesidades de contratación dentro del sector público, limitado tanto en importe como en duración para que el uso de los recursos públicos quede salvaguardado conforme a criterios de eficacia y eficiencia, está fuertemente implantado en el día a día de la gestión pública por su simplificación y por su agilidad a la hora de la tramitación, facilitando que pequeñas y medianas empresas accedan a contratos públicos, sobre todo en el ámbito local, suponiendo este tipo de contratos un importante volumen dentro de la contratación pública¹.

Durante los últimos años, a través de instrucciones, directrices² y códigos de buena conducta, las distintas Administraciones públicas han ido complementando la normativa existente para favorecer buenas prácticas de actuación en el ámbito de los contratos menores. Pero, a pesar de ello, el número de casos de fraude se ha disparado en los últimos tiempos. La apariencia de legalidad del contrato menor se ha convertido en una vía habitual para incumplir los preceptos legales de publicidad y del procedimiento de adjudicación. Su uso inadecuado, fraccionando de forma irregular el objeto del mismo, ha favorecido la proliferación de malas prácticas y de irregularidades administrativas, produciendo una mala gestión de los recursos públicos, como también ha ocurrido con la falta de negociación efectiva en los contratos realizados por el extinto procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía del derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, vulnerando el principio de transparencia.

¹ Observatorio de Contratación Pública: <www.obcp.es>

² Ejemplo de esta práctica es el Acuerdo 147/2015, de 23 de diciembre, de la Junta de Castilla y León (BOCYL n.º 248, de 28 de diciembre de 2015), por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León en materia de contratación administrativa, en el que se pone de manifiesto que «la simplificación en la tramitación de los contratos menores no resulta, en modo alguno, incompatible con el cumplimiento de los objetivos de transparencia y de los principios de economía y eficiencia que debe presidir todo el proceso de la contratación pública».

Como han demostrado las investigaciones de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude³, la contratación pública, que sigue siendo el mayor canal de gasto público, es un mercado atractivo para los defraudadores, que utilizan la corrupción y las cuentas extraterritoriales para facilitar el fraude. La Comisión Europea, por su parte, ha recomendado a los Estados miembros que pongan especial atención a la transparencia y la integridad en el ámbito de la contratación pública, en la prevención y la detección del fraude y la corrupción, en un mejor seguimiento de los sistemas de contratación pública; y en el aprovechamiento pleno del potencial de la contratación pública electrónica. El Parlamento Europeo también se ha hecho eco de estas cuestiones, poniendo de manifiesto que una parte importante de la inversión pública se gasta a través de la contratación pública (dos billones de euros al año), haciendo hincapié en los beneficios de la contratación pública electrónica a la hora de luchar contra el fraude, tales como el ahorro para todas las partes, una mayor transparencia y unos procesos simplificados y abreviados.

2. Antecedentes y evolución del contrato menor

Podemos encontrar antecedentes de la contratación menor, vinculados con la contratación directa, en el Real Decreto de 27 de febrero de 1852⁴, y, de manera más cercana, en el Decreto 923/1965, de 8 de abril⁵, que, aunque no hablaba de contratación menor, sí recogía la contratación directa referida a ciertas clases de obras. Por su parte, el Decreto 3410/1975, de 27 de diciembre⁶ ya establecía en su artículo 70 que en los proyectos de obras que tuvieran la consideración de reparaciones menores se podía reducir la documentación, y que en los casos en que el importe de las obras fuera inferior a 500.000 pesetas el único documento exigible sería el presupuesto.

Cuando España se incorporó a la Comunidad Económica Europea en 1986, se exigió la adaptación inmediata de la legislación de contratos del Estado a las directivas comunitarias sobre obras y suministros, lo que tuvo lugar mediante la publicación del Real Decreto Legislativo 931/1986, que nuevamente volvió a modificar los artículos de la Ley de Contratos afectados por las directivas, y también del reglamento, lo que tuvo lugar mediante la publicación del Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre.

³ Oficina Europea de Lucha contra el Fraude: <www.ec.europa.eu/anti-fraud/home_es>

⁴ El Real Decreto de 27 febrero de 1852, publicado por Bravo Murillo, es la primera referencia histórica que nos encontramos en relación con la contratación pública: <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1852/6460/A00001-00002.pdf>>

⁵ Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado: <<https://www.boe.es/boe/dias/1965/04/23/pdfs/A05914-05924.pdf>>

⁶ Decreto 3410/1975 de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado: <<https://www.boe.es/boe/dias/1975/12/27/pdfs/A26776-26797.pdf>>

La Ley 13/1995⁷ fue la que utilizó el concepto de contratos menores con un contenido similar al actualmente vigente, con la idea de introducir un procedimiento de contratación ágil y simplificado para la adjudicación de determinados contratos. Con el fin de incrementar la concurrencia, y aumentar la transparencia y la objetividad en los procedimientos de adjudicación en la contratación administrativa, así como de simplificar, en lo posible, los procedimientos de contratación, se promulgó la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995.

En el año 2000, se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁸ mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que hacía referencia a los contratos menores en su artículo 56, si bien su importe no experimentó variación con respecto al anterior texto normativo (5.000.000 de pesetas o 30.050,61 euros para contratos de obras, y 2.000.000 de pesetas o 12.020,24 euros para contratos de suministros y servicios).

Posteriormente, la Ley 30/2007⁹ de Contratos del Sector Público recogía los contratos menores, si bien elevando la cuantía del límite superior de los mismos. Y, finalmente, el último texto en vigor antes de la LCSP ha sido el aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011¹⁰, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), que definía los contratos menores en su artículo 138.3 como aquellos contratos de importe¹¹ inferior a 50.000 euros (obras), o a 18.000 euros, cuando se tratase de otros contratos, y añadía que dichos contratos menores se podrían adjudicar directamente a cualquier empresario que tuviera capacidad de obrar y que contara con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111.

En cuanto a la división del contrato, el artículo 86 de dicho TRLCSP recogía que el objeto de los contratos no podría fraccionarse con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondiesen. Pero preveía la posibilidad de dividir en lotes el objeto del contrato, siempre que estos fueran susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyesen una unidad funcional o lo exigiese la naturaleza del objeto; pero, en estos casos, las normas procedimentales y de publicidad que debían aplicarse en la adjudicación de cada lote se determinarían en función del valor acumulado de todos ellos.

⁷ Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas: <<https://www.boe.es/boe/dias/1995/05/19/pdfs/A14601-14644.pdf>>

⁸ TRLCAP: <<https://www.boe.es/boe/dias/2000/06/21/pdfs/A21775-21823.pdf>>

⁹ Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: <<https://www.boe.es/boe/dias/2007/10/31/pdfs/A44336-44436.pdf>>

¹⁰ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: <<https://www.boe.es/boe/dias/2011/11/16/pdfs/BOE-A-2011-17887.pdf>>

¹¹ El legislador en la LCSP actual ha sustituido el concepto de «importe» utilizado en el antiguo artículo 111 del TRLCSP por el de «valor estimado» (art. 118 LCSP), del que expresamente se excluye el IVA (art. 101 LCSP17).

3. Análisis del régimen jurídico del contrato menor

3.1. Las intenciones del legislador en la nueva ley

La Unión Europea, mediante las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE¹², de 26 de febrero de 2014, exigió a los países miembros la transposición de la normativa en materia de contratación a los respectivos ordenamientos jurídicos. En España, finalmente se ha producido dicha trasposición mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público¹³ (en adelante LCSP). La LCSP deroga el Real Decreto Legislativo de 14 de noviembre de 2011, por el que se había aprobado el texto que refundió la legislación existente hasta la fecha en materia de contratación del sector público, estableciendo un nuevo sistema de gobernanza de la contratación pública para dar cumplimiento a las obligaciones que determinan las directivas comunitarias mencionadas. A la espera del desarrollo reglamentario de la LCSP actual, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹⁴, aprobado mediante el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, sigue vigente.

La intención del legislador con la LCSP no ha sido solo la de transponer las directivas mencionadas, sino también la de mejorar el sistema de contratación pública, buscando una mayor eficiencia, transparencia¹⁵ e integridad, en el marco de los objetivos de la Estrategia

¹² La normativa de la UE se encuentra recogida en el siguiente enlace: <www.eurolex.com>

¹³ Legislación consolidada: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/con>>

¹⁴ Legislación consolidada: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/2001/10/12/1098/con>>

¹⁵ El artículo 132 LCSP se refiere a los principios de igualdad, transparencia y libre competencia en los siguientes términos:

1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta. 2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios. 3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

2020, promocionando la innovación y los objetivos sociales, laborales y medioambientales, haciendo los procedimientos más eficientes, y tratando de frenar la corrupción en la adjudicación. Así, en el apartado segundo de su preámbulo, la LCSP declara que:

Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública y, en segundo lugar, conseguir una mejor relación calidad precio. [...] También se da satisfacción aquí a la necesidad de simplificación de los trámites y, con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las pymes. El proceso de licitación debe resultar más simple, con la idea de reducir las cargas administrativas de todos los operadores económicos intervinientes en este ámbito, beneficiando así tanto a los licitadores, como a los órganos de contratación.

Más concretamente, en lo que respecta a la contratación menor, las intenciones del legislador parece que siguen la dirección propuesta por la doctrina más autorizada, que es, básicamente, reducir el procedimiento de contratación directa a unas situaciones excepcionales. Así, cuando el preámbulo de la LCSP habla del procedimiento abierto simplificado, se alude a la introducción de una «tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias». Es decir, que con la figura del nuevo procedimiento abierto simplificado que recoge la LCSP se responde a la necesidad de agilizar la contratación administrativa, sin menoscabo de los mencionados principios de transparencia, publicidad y concurrencia.

3.2. Articulado de la LCSP sobre contratos menores y novedades respecto a la regulación anterior

La LCSP no elimina la posibilidad de utilización de la contratación menor, pero la somete a nuevos requerimientos, puesto que el sistema de adjudicación directa propio de este procedimiento choca de manera frontal con el principio de libre concurrencia, apostando por la limitación y el control de la contratación directa, sometiendo a los contratos menores a mayores restricciones que en el TRLCSP.

La nueva regulación conserva todas las reglas existentes en la normativa precedente: la limitación económica, el plazo máximo de duración de un año y la imposibilidad de ser prorrogado. Así, en su **artículo 118**, que lleva como rúbrica «Expediente de contratación en contratos menores», responde al cumplimiento de los objetivos anteriormente mencionados en los siguientes términos:

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el

artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal. En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

3. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168 a) 2.^o¹⁶.

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.

El **artículo 131**, en su apartado tercero, se refiere al procedimiento de adjudicación: «Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118».

En cuanto al plazo de duración, el **artículo 29** establece en su apartado 8.º que los contratos menores del artículo 118.1 «no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga».

Por último, la LCSP hace una última referencia a estos contratos en la disposición final primera determinando que «no tendrán carácter básico los siguientes artículos o partes de los mismos: artículo 118.2».

¹⁶ El artículo 168 a) en su apartado 2.º establece esa exclusión para los siguientes casos:

Quando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial. La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.

A todo esto, hay que añadir la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 3/2019, de 8 de febrero, de la **disposición adicional quincuagésima cuarta** de la LCSP respecto al régimen de los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en la que se establece que:

Atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.

A estos efectos, se entienden comprendidos entre los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los términos establecidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, las Universidades públicas, los organismos públicos de investigación, fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas, las Fundaciones de Investigación Biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud.

En los contratos menores que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales aplicables a los mismos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.

Por lo tanto, las principales **novedades** del régimen jurídico que recoge la LCSP con respecto a la regulación del TRLCSP serían las siguientes:

a) En cuanto a los **finés** perseguidos:

- Garantizar la transparencia en la contratación pública.
- Evitar el fraccionamiento indebido en la contratación.
- Responsabilizar directamente al órgano de contratación del cumplimiento de los requisitos del contrato menor, como medida anticorrupción.
- Incrementar la competencia, dando la oportunidad a otros empresarios a que participen en la contratación pública.

- Mejorar la relación calidad-precio, incluyendo criterios de adjudicación con aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.
- Mejorar la eficacia, simplificando los trámites, con menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las pymes.

b) Por lo que respecta al **importe**:

El valor estimado ha de ser inferior a 15.000 euros, IVA excluido, en contratos de servicios y suministros, e inferior a 40.000 euros, IVA excluido, en los contratos de obras, siendo obligatorio licitar a partir de dichos importes¹⁷. En la LCSP se ha sustituido el concepto de «importe» utilizado en el antiguo artículo 111 del TRLCSP por el de «valor estimado», evitando así cualquier duda interpretativa sobre la aplicación de los umbrales y el IVA. En su momento el concepto de «importe» generó problemas interpretativos que fueron resueltos¹⁸ por la doctrina y la jurisprudencia, y por los que quedó fijado el criterio de excluir el IVA a la hora de aplicar los umbrales del TRLCSP.

No obstante, existen algunas excepciones a esta regla general sobre la cuantía del contrato menor:

a) La que establece la disposición adicional novena, que determina normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones:

1. La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en

¹⁷ El límite que establecía el texto derogado era de 50.000 euros para contratos de obras, y de 18.000 para el resto.

¹⁸ Informe 26/08, de 2 de diciembre de 2008:

Determinación de en qué supuestos debe considerarse que cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de precio, importe, valor estimado o cualquiera de los distintos conceptos similares que utiliza para aludir al aspecto cuantitativo de los contratos, incluye la cuota por el impuesto sobre el valor añadido y en qué supuestos no.

las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

- b) La que establece la disposición adicional quincuagésima cuarta de la LCSP respecto al régimen de los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los que se incrementa el importe hasta los 50.000 euros en los contratos de suministro o de servicios, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.
- c) En cuanto a la **publicidad**:
- Existe la obligación¹⁹ de publicar en el perfil del contratante la información relativa a los contratos menores al menos trimestralmente, debiendo recoger como contenido mínimo su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el impuesto sobre el valor añadido, y la identidad del adjudicatario, quedando exceptuados de dicha publicación aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores (art. 63.4 LCSP). El artículo 346.3 del LCSP recoge la obligación de los poderes adjudicadores de comunicar al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los contratos menores realizados por ellos.
- d) En cuanto a la **tramitación** del expediente:
- Una de las principales novedades de la actual ley son los cambios en la tramitación del expediente y la trascendencia que los mismos implican para los órganos de contratación en cuanto a las responsabilidades que puede suponer una inadecuada utilización de la contratación menor, incluso en la vía penal²⁰. Mientras que el artículo 111 del TRLCSP apenas exigía documentación para la tramitación del expediente, la actual regulación incrementa no solo la cantidad de documen-

¹⁹ La LCSP asume esta obligación contenida en la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de 9 de diciembre.

²⁰ El fraccionamiento no solo constituye un incumplimiento legal y una gestión ineficaz e ineficiente, sino que además puede dar lugar a responsabilidades contables o, si se producen las circunstancias determinadas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2015 (STS 1718/2015) podría calificarse de delito de prevaricación. En esta sentencia se señala que en estos casos el fraccionamiento debe ir acompañado de: una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo, que sea objetivamente contraria a Derecho, que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, que ocasione un resultado materialmente injusto, y que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra de derecho.

tación que ha de figurar en el expediente de un contrato menor, sino el alcance de los mismos, en cuanto a las responsabilidades que existen para los órganos de contratación y sus gestores. En el derogado TRLCSP bastaba la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente, y para el contrato de obra era necesario, además, la incorporación del presupuesto, sin perjuicio del proyecto e informe de supervisión en determinados casos.

La nueva LCSP añade dos requisitos nuevos: la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y la justificación de que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los umbrales del contrato menor, imponiéndose al órgano de contratación la obligación de comprobarlo.

También se genera la obligación de realizar un informe, por parte del órgano de contratación, motivando la necesidad del contrato, en el que quede claro que el objeto del contrato no se ha modificado de forma fraudulenta, para evitar un indebido fraccionamiento del contrato cuya finalidad sea prescindir de la aplicación de las reglas generales de la contratación pública. Es decir, que no se proceda a una fragmentación artificiosa del contrato con el fin de cumplir con los umbrales que permiten acudir al contrato menor, obviando injustificadamente la aplicación de las reglas sobre publicidad y de los requisitos que se exigen en los contratos de cuantía superior.

e) Respecto a la **adjudicación**:

El artículo 318 de la LCSP, que lleva por rúbrica «Adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada», determina que podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato²¹.

f) En cuanto al **límite temporal**:

Según el artículo 29.8 de la LCSP, los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga, y en idénticos términos se manifestaba el derogado artículo 23.3 del TRLCSP. No obstante, hay que tener en cuenta que, aunque el contrato menor no debe ser superior a un año, sí que puede extenderse a dos ejercicios presupuestarios, debiendo tramitarse, desde el punto de vista presupuestario, como un gasto de carácter plurianual.

Siendo estas las principales novedades respecto a los contratos menores, es conveniente hacer una breve referencia a la contratación de los poderes adjudicadores que no ostentan la consideración de Administración pública (PANAP), dado que la regulación de la actividad contractual de dichos poderes adjudicadores ha experimentado modificaciones significativas, que, en síntesis, suponen una mayor aproximación al régimen al que se

²¹ El equivalente a este artículo es el derogado artículo 138.3 (párrafo 1.º) del TRLCSP.

someten las Administraciones públicas. La nueva LCSP, adaptando la tipología de las entidades incluidas dentro del ámbito subjetivo de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, mantiene, en la configuración del régimen jurídico aplicable, la distinción, dentro de los poderes adjudicadores, entre las Administraciones públicas y las entidades que, siendo poderes adjudicadores, no son Administraciones públicas. Este nuevo régimen jurídico²² de contratación de los PANAP se recoge en los artículos 316 a 320 de la LCSP.

El artículo 318 de la LCSP sobre «adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada» determina que:

Se aplicarán las siguientes disposiciones: a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

La Abogacía General del Estado, en su Informe 32/2018, de 17 de enero, concluye que los contratos del artículo 318 a) de la LCSP se consideran «conceptualmente coincidentes» con los contratos menores, motivo por el cual «no se advierte razón legal que excluya la aplicación a estos contratos del artículo 318 a) de los requisitos que, con carácter general, establece para los contratos menores el artículo 118 de la LCSP».

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se manifiesta en términos similares, y concluye que la voluntad de la ley es equiparar los contratos menores de las Administraciones públicas y los supuestos de adjudicación directa permitidos a los PANAP, debido a que «no cabe considerar superflua o inútil la circunstancia de que los importes de los contratos y sus categorías jurídicas sean en ambos preceptos –118 y 318 a)– plenamente coincidentes», lo cual tiene como consecuencia que también los PANAP estén obligados a cumplir todos los requisitos de procedimiento y límites impuestos por el artículo 118.

4. Consultas planteadas y su interpretación por las juntas consultivas de contratación

La aplicación práctica de las nuevas exigencias de la LCSP en el ámbito de los contratos menores ha sido objeto de numerosas consultas por parte de distintas Administraciones y entidades, como consecuencia de las dudas que han ido surgiendo después de su entrada en

²² Las instrucciones internas de contratación y otras peculiaridades que se aplicaban a los PANAP desaparecen con la nueva ley, unificándose el régimen jurídico de su contratación, antes disperso en tantas instrucciones como PANAP había.

vigor. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado²³ ha plasmado en varios informes las interpretaciones que ha ido emitiendo como respuesta a dichas consultas, así como también lo han hecho las juntas consultivas de contratación de varias comunidades autónomas, lo que ha permitido ir obteniendo conclusiones de gran interés para los operadores jurídicos.

Algunos de los documentos interpretativos más relevantes, antes de que se publicara la Instrucción 1/2019 de la Oficina independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, son los que a continuación se resumen:

A) Expediente 41/2017 de la JCCPE²⁴

El Ayuntamiento de Baeza solicitó a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado la emisión de un dictamen sobre cómo debe interpretarse la expresión del artículo 118.3 de la LCSP, para saber si «opera como un límite absoluto, de tal manera que ningún contratista puede suscribir más de un contrato menor, por ejercicio presupuestario, con independencia de que se trate de objetos radicalmente independientes» o si, por el contrario, «debe entenderse que es a los efectos de evitar el fraccionamiento indebido del objeto del contrato menor del que se trate, de tal manera que nada obstaculizaría que el mismo contratista suscriba con el Ayuntamiento diversos contratos menores, siempre que, aplicando las reglas generales en materia de contratación administrativa, se trate de contratos con objetos distintos nítidamente y no se trate de prestaciones periódicas y repetitivas».

La Junta Consultiva respondió que si se interpreta literalmente esa expresión, se llegaría a la conclusión de que, una vez realizado un contrato menor por el contratista, este ya no podría volver a ejecutar otro contrato menor si con ello supera el límite definido en el precepto, representando esa conclusión un exceso sobre la finalidad de la norma en sí misma porque supone una restricción exagerada del principio de concurrencia.

Por ello, dice la Junta Consultiva, es necesario acudir «a otros criterios de interpretación de los contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil y, entre ellos, en este caso en particular al espíritu y finalidad que la norma descrita persigue en su conjunto». La finalidad del artículo es «destierro de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor, ya que la forma habitual de fraude consiste en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico». Con esta interpretación se puede fácilmente lograr el fin perseguido por la norma, «pero impide que un excesivo rigorismo en su interpretación conduzca a

²³ En el siguiente enlace <www.contrataciondeestado.es>, y en el portal institucional del Ministerio de Hacienda, se recoge la normativa relativa a contratación pública, así como enlaces a los informes de la Junta Consultiva.

²⁴ Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

resultados tales como la imposibilidad de ejecutar sucesivos contratos menores por parte de un operador económico en varios supuestos: cuando sus objetos sean cualitativamente distintos, o cuando, siendo las prestaciones que constituyen su objeto equivalentes, no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico». Así se pretende limitar que se produzca fraude cuando «cualitativamente las prestaciones que constituyen los objetos de los diferentes contratos menores puedan parecer desgajadas sustantivamente entre sí, pero se pueda comprobar que constituyen una unidad en su conjunto». Esto podría suceder en el caso, por ejemplo, «de que se contraten separadamente prestaciones correspondientes a la construcción o fabricación de un mismo bien de suerte que, de haberse considerado una unidad, habría tenido que licitarse un único contrato sujeto a unas condiciones de concurrencia y publicidad más estrictas».

Cuando el legislador hace referencia a que no exista anteriormente un contrato menor con el mismo contratista que supere los límites, ya sea de forma individual o conjunta, lo que busca es evitar que se eluda el límite cuantitativo del contrato menor «mediante una actitud opaca que caracterice los sucesivos contratos como independientes entre sí, ocultando el conocimiento de la verdadera unidad existente entre todos ellos». El requerimiento para que el contratista no supere los límites establecido por la norma ha de interpretarse entendiéndose que no se impiden que se celebren otros contratos menores por el mismo operador económico, sino que «la conducta prohibida y que, por consecuencia, debe ser objeto de la necesaria justificación, consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada en dos supuestos: bien por haber existido un previo contrato de cuantía superior al umbral y que, sin embargo, se desgaja sin motivo en otros contratos menores posteriores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato, o bien porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores».

En cuanto al límite temporal, la Junta Consultiva indica que debe ser el que la ley señala en el artículo 29, de tal forma que, por encima del periodo de un año, la prevención que se establece en la norma resultaría inaplicable fuera de los supuestos en que, a pesar del tiempo transcurrido, existiese un auténtico fraude. Por tanto, si la separación entre los contratos menores excede de un año, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor. Este plazo de un año debe contarse desde el momento de la aprobación del gasto.

Como conclusiones, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado determinó que:

- El artículo 118.3 de la LCSP «debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor», quedando prohibida la conducta defraudadora en la ley, cualquiera que sea el momento en que se produzca.

- La LCSP «no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma».
- Y, por último, que «cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediado más de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor».

B) Expediente 42/2017 de la JCCPE

La Junta Consultiva de Contratación del Estado respondió a las consultas planteadas por el Ayuntamiento de Andújar, en términos similares al informe anterior. El ayuntamiento planteó las siguientes cuestiones:

- Cómo debía interpretarse la no superación por contratista, individual o conjuntamente, del plazo temporal que hay que tomar en consideración para aplicar ese límite, a la que la Junta Consultiva contestó de igual modo que en el anterior expediente.
- Cómo queda constancia por el órgano de contratación de la comprobación del cumplimiento de dicha regla, a la que la Junta Consultiva contestó que «la ley no establece un modo concreto de comprobación ex post del cumplimiento de los límites del contrato menor ni tampoco un sistema de constancia documental en el expediente, si bien la misma es recomendable».
- Respecto al informe de necesidad del órgano de contratación, el ayuntamiento preguntaba si era posible hacerse una interpretación amplia de ese requisito para considerar que la concejalía proponente del gasto sea quien informe de la necesidad. La junta concluyó que dicho informe debe ir firmado por el titular del órgano de contratación, sea cual sea este, salvo que dicha competencia se hubiera delegado. Y, por lo tanto, el informe de necesidad, que debe tener un contenido sustantivo y propio, no puede sustituirse por un mero acuerdo de inicio, ya que se trata de figuras diferentes.

C) Expediente 75/18 de la JCCPE

La Consejería de Sanidad del Gobierno del Principado de Asturias planteó las siguientes cuestiones en relación con la disposición adicional novena de la LCSP: Si lo dispuesto

en el artículo 118.3 de la LCSP, en el sentido de que en el expediente se justificará que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero del artículo, es aplicable a los contratos suscritos conforme a la disposición adicional novena de la ley, y en caso afirmativo, si la cifra que ha de tenerse en cuenta a efectos de justificar que el contratista no ha suscrito más contratos que individual o conjuntamente la superen, son los 15.000 euros del apartado 1 del artículo 118 o el importe de los contratos sujetos a regulación armonizada.

La Junta Consultiva concluyó que a los contratos regulados en la disposición adicional novena de la LCSP les resultan de aplicación las exigencias procedimentales previstas en el artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para los contratos menores, con la especialidad siguiente, que es que la cuantía de referencia a los efectos de efectuar la justificación exigida por el artículo 118.3 de que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido en la ley debe ser en estos casos sustituida por la de los contratos sujetos a regulación armonizada.

D) Expediente 84/18 de la JCCPE

El Ayuntamiento de Cehegín planteó a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado si era posible tramitar y adjudicar contratos administrativos especiales a través del procedimiento del contrato menor.

Para responder a esta cuestión parten del concepto de contrato administrativo. El artículo 25 de la LCSP caracteriza como contratos administrativos los declarados así expresamente por una ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella. En cuanto a su régimen jurídico establece la ley que se regirán, en lo que respecta a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por sus normas específicas que, cuando las haya, son aplicables con preferencia, y por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo. Supletoriamente se les aplica las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. Y el artículo 118 de la LCSP se refiere al expediente de contratación en contratos menores, caracterizando como tales a los de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios.

La Junta Consultiva ya había analizado esta cuestión en su informe 38/05, de 26 de octubre, pero bajo la vigencia del TRLCSP 2011, en la que concluía que no existía en los contratos administrativos especiales, a diferencia de los contratos específicamente mencionados (obras, servicios y suministros), una referencia del valor por debajo del cual resultaría aplicable este tipo de procedimiento, y por ello, solo en los casos en que la regulación remitiese a la aplicación del régimen de los contratos menores resultaría de aplicación el mismo.

Sin embargo, bajo la nueva LCSP, la Junta Consultiva en este informe cambia de criterio, con base en que, aunque en la ley no haya una mención expresa a los contratos administrativos especiales, no debe aparejar la conclusión de que el sistema del contrato menor no resulta de aplicación a este tipo contractual específico, entendiendo que la prestación propia que constituye este tipo de contratos administrativos especiales obedece a una obligación de contenido equivalente a la de los contratos del artículo 118, y la actividad contractual propia de los contratos administrativos especiales guarda una significativa semejanza con la prestación de un contrato típico de obras, servicios y suministros.

Además, las reglas del contrato menor son de aplicación a los contratos administrativos especiales según lo que establece el artículo 25 de la LCSP ya que, en defecto de normas especiales, ordena la aplicación de las normas de la propia ley, incluidas las referentes al contrato menor.

No hay que olvidar que la Junta Consultiva declaró la aplicabilidad de las reglas del contrato menor a los contratos privados (Informe 57/18, de 2 de julio), por lo que no parece muy lógico que si el régimen de los contratos menores cabe para los contratos privados no pueda predicarse lo mismo de un tipo de contratos mucho más próximo a los contratos típicos que menciona el artículo 118 de la LCSP.

Como conclusión, la JCCPE declara en este tema que el régimen de contratación de los contratos menores sí resulta de aplicación a los contratos administrativos especiales, pero que habrá de ser el órgano de contratación en cada contrato el que determine la procedencia del uso del contrato menor por cumplirse las condiciones legales que lo permiten y también cuál es el umbral aplicable, el de obras o el de servicios y suministros, atendiendo a las características de la prestación que constituye el objeto del contrato.

E) Expediente 87/18 de la JCCPE

El Ayuntamiento de Baeza preguntó a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, al igual que el Ayuntamiento de Cehegín, si el contrato administrativo especial tiene procedimiento de adjudicación por contrato menor o no, ya que la ley no lo determina.

La respuesta de la Junta Consultiva fue idéntica: sí es aplicable la regulación del contrato menor a los contratos administrativos especiales.

F) Informe 1/2018 de la JCCA²⁵ de la Xunta de Galicia

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Xunta de Galicia en su Informe 1/2018, de 25 de abril, comienza destacando que el artículo 118 contiene graves deficien-

²⁵ Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

cias, que exigen una interpretación de sus términos y de su contenido ante la inseguridad jurídica que provoca tanto en los operadores públicos como en los privados. Su interpretación literal, a juicio de la Junta, no es suficiente, ya que lleva a resultados contrarios al resto del articulado de la LCSP y a su propia finalidad. Entiende que el artículo 118.3 no ha de interpretarse como una regla prohibitiva independiente y autónoma, sino como una precisión de la regla que le antecede, referida a la prohibición de fraccionamiento. Se trataría de «elevar las exigencias de motivación y justificación de las reglas legales» ya existentes sobre el objeto y valor estimado, y no de establecer una regla limitativa independiente por el mero hecho de tener concertados contratos menores anteriormente.

Conforme a la LCSP, los contratos menores no requieren de formalización. Al respecto, la Junta interpreta que por contrato suscrito debe entenderse un contrato perfeccionado mediante el consentimiento de las partes.

Respecto a si computan a estos efectos las empresas vinculadas o las empresas que concurren en una UTE, la Junta responde remitiendo a su previo criterio, según el cual la existencia de fraccionamiento viene determinada no por el número de adjudicatarios, por pertenecer a un mismo grupo o por participar en UTE, sino por la identidad de objeto contractual.

Por lo que respecta a la determinación de los sujetos, entidades y órganos que abarcan el cálculo de los límites cuantitativos del artículo 118.3 de la LCSP, y siguiendo su propio juicio, sostiene que el fraccionamiento ilícito es independiente del número de órganos de contratación o de unidades funcionales que intervengan en una adjudicación. Esto le lleva a la conclusión de que cada órgano de contratación o cada unidad funcional separada debe comprobar, dentro de su propio ámbito, que está justificada en el expediente la ausencia de un fraccionamiento ilícito del objeto contractual.

En cuanto al periodo temporal que debe tenerse en cuenta es el ejercicio presupuestario, por ser el de referencia para las actividades de control de la normativa presupuestaria y contractual, entiende además que la motivación de la necesidad del contrato y justificación de la no alteración de su objeto debe producirse antes de la aprobación del gasto.

G) Informe 3/2018 de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón²⁶ en su Informe 3/2018, de 13 de febrero, entiende que la regla de incompatibilidad debe operar respecto de anteriores contratos menores de la misma tipología, es decir, entre los contratos de obra, de servicios o de suministros respecto al que pretenda adjudicarse. De este modo, la adjudicación previa de un contrato menor de obras por importe superior a

²⁶ Informe en: <www.aragon.es/OrganosConsultivosGobiernoAragon/>

15.000 euros no sería obstáculo para la adjudicación al mismo operador de otros contratos de servicios hasta llegar a sumar esa cantidad.

En cuanto al ámbito subjetivo, entiende que la regla de incompatibilidad resulta de aplicación respecto de cada órgano de contratación. Por lo tanto, la limitación no impediría que otros órganos de contratación de la misma entidad contratante adjudiquen contratos al mismo operador económico, ni que se gastará el importe al que como máximo pueden ascender los contratos menores cuando se adjudiquen por otros órganos de la misma entidad contratante.

Respecto al ámbito temporal, sostiene que entender la incompatibilidad sin límites temporales «llevaría a consecuencias absurdas». La incompatibilidad se aplicará sobre la base del ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad.

H) Informe 1/2018 de la JCCA de la Generalitat de Cataluña

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en su Informe 1/2018, de 20 de abril, entiende que la finalidad de la nueva limitación del artículo 118.3 de la LCSP es adicional a la que persigue la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos. Busca evitar la falta de rotación o de diversificación de empresas contratistas y el favorecimiento a una empresa, el no «reparto» de mercado con la reiterada adjudicación de contratos menores al mismo operador. Dicha limitación de suscribir un determinado volumen de contratos con la misma empresa debe entenderse referida a contratos con los mismos objetos, que son aquellos que se componen de prestaciones sustancialmente coincidentes.

El periodo temporal que se considera conveniente tomar en cuenta a la hora de aplicar esta limitación de suscribir contratos menores con el mismo contratista es el ejercicio presupuestario, por ser el que permite el control del cumplimiento y por coincidir con la base de la que las entidades contratantes han de partir a la hora de programar su contratación.

Por último, de acuerdo con este informe, la aplicación de publicidad a los contratos menores o solicitar varias ofertas no exime del cumplimiento del artículo 118 de la LCSP.

5. Ideas principales de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación

La LCSP, en su artículo 332, establece la creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (en adelante, OIReScon). Esta oficina, como órgano

regulador del mercado de la contratación, tiene como funciones, entre otras, la de aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, y la de elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación. Además, sus instrucciones son obligatorias para todos los órganos de contratación del sector público del Estado (sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público), y son objeto de publicación al igual que sus recomendaciones.

En virtud de lo establecido por la ley, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, que figura como anexo a la Resolución de 6 de marzo de 2019, siendo obligatoria para todos los órganos de contratación del sector público del Estado y debiendo ser tenida en cuenta para la tramitación del expediente.

La OIReScon expone en este documento que los límites cuantitativos que establece la LCSP restringen injustificadamente el acceso a la contratación pública a algunos empresarios, sobre todo a pymes, por el hecho de haber contratado ya una vez. Entiende, además, que la norma es ineficaz para la lucha contra la corrupción, puesto que el problema está en el fraccionamiento de los contratos para eludir la publicidad y la concurrencia. Y, por otra parte, considera que también hay que tener en cuenta las características de los entes públicos, estableciendo requisitos diferentes según los medios y los presupuestos con los que cuentan, porque no tienen la misma necesidad ni disponen de los mismos recursos los municipios pequeños que los ministerios o las consejerías de las comunidades autónomas.

También pone de manifiesto que el artículo 118.3 genera problemas de aplicación al no precisar tres cuestiones (como ya hemos ido analizando antes a través de las consultas a las juntas de contratación):

- Si la limitación de adjudicaciones a un mismo empresario lo es por tipo de contrato o por objeto contractual.
- Si esa limitación lo es por tiempo indefinido o temporalmente.
- Y cuál es el ámbito subjetivo de aplicación.

Visto lo anterior, la OIReScon, considerando los posibles peligros que, para la seguridad jurídica, puede suponer la confusión de la aplicación de la regulación del contrato menor y, como garante del funcionamiento del mercado de la contratación pública para que no se produzcan restricciones injustificadas al acceso a la misma por parte de las empresas, ha considerado necesario fijar unos criterios que den certidumbre a las actuaciones de los órganos de contratación y, por lo tanto, agilicen el mercado de la contratación pública. Esos criterios que fija la OIReScon son los siguientes:

5.1. Ámbito objetivo de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP

Las limitaciones que se derivan del artículo 118.3 deben interpretarse según su finalidad y contexto dentro de los principios que establece el artículo 1 de la LCSP, como son la libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. Por un lado, la necesidad de justificar que no se altera el objeto del contrato para evitar la aplicación de reglas contractuales se refiere al no fraccionamiento del objeto del mismo. Por otro lado, se deberá justificar que el objeto contractual es cualitativamente diferente al de otros que hayan sido perfeccionados anteriormente con el mismo empresario, o bien que no constituyen una unidad funcional. En estos supuestos, no operarían los límites cuantitativos del artículo 118 de la LCSP.

Por lo tanto, la suscripción de contratos menores deberá realizarse:

- Justificándose su necesidad y causa de su falta de planificación, por lo que no podrán ser objeto de un contrato menor prestaciones que tengan carácter recurrente²⁷, de forma que, año tras año, respondan a una misma necesidad para la entidad contratante, teniendo que planificarse su contratación y hacerse por los procedimientos ordinarios.
- Sin que su valor estimado supere los límites establecidos en el artículo 118.1 de la LCSP, calculado conforme a las reglas indicadas en el artículo 101 de la LCSP.
- Y justificándose la ausencia de fraccionamiento del objeto de contrato:
 - a) Que no se han separado las prestaciones que forman la «unidad funcional» del objeto del contrato con el único fin de eludir las normas de publicidad en materia de contratación. En este sentido, el criterio relativo a la «unidad funcional» para distinguir si existe fraccionamiento en un contrato menor estriba en si se pueden separar las prestaciones que integran el citado contrato; y en el caso de que se separen, si las prestaciones cumplen una función económica o técnica por sí solas. Así, la justificación debe versar sobre la indispensable e intrínseca vinculación entre las prestaciones en cuestión para la consecución de un fin, esto es, la satisfacción de la necesidad que motiva la celebración del contrato.
 - b) En sentido contrario, las prestaciones que tienen una función técnica individualizada, pero forman parte de un todo (unidad operativa), estando

²⁷ Se entiende que una necesidad es «recurrente» cuando el objeto de contrato se repite durante el período de control con fechas de adjudicación sucesivas, aunque no necesariamente encadenadas. (Por ejemplo: contratos de catering para cursos o reuniones en entidades u organismos donde este tipo de actividades sean continuas).

gestionadas por una unidad organizativa (unidad gestora) no suponen fraccionamiento y podrán ser objeto de contratación menor si se cumple el resto de los requisitos para esta modalidad. Así, no existirá fraccionamiento en el caso de prestaciones contratadas separadamente que sirvan un mismo objetivo o necesidad, pero que de manera individualizada no sufra menoscabo en su ejecución, conservando su sentido técnico o económico, pudiéndose ejecutar separadamente.

En aquellos supuestos en los que las prestaciones son completamente diferentes y no supongan un fraccionamiento del objeto, aunque sea un mismo tipo de contrato, podrán celebrarse varios contratos menores con el mismo contratista, si bien estas circunstancias deberán quedar debidamente justificadas en el expediente.

5.2. El principio de competencia en el contrato menor. La justificación de la adjudicación directa

De acuerdo con el principio de competencia, y como medida antifraude y de lucha contra la corrupción, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres presupuestos, debiendo quedar ello suficientemente acreditado en el expediente.

Si las empresas a las que se les hubiera solicitado presupuesto declinasen la oferta o no respondiesen al requerimiento del órgano de contratación, no será necesario solicitar más presupuestos. Las ofertas recibidas, así como la justificación de la seleccionada formarán, en todo caso, parte del expediente. De no ser posible lo anterior, deberá incorporarse en el expediente justificación motivada de tal extremo.

5.3. El expediente del contrato menor

El expediente deberá incorporar la siguiente documentación:

- El informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, que deberá incluir, al menos, los siguientes extremos: el órgano de contratación competente, el objeto del contrato, la justificación de la necesidad, incluida la justificación del procedimiento elegido, el presupuesto de obras de la Administración, o, en su caso, proyecto correspondiente o informe de la oficina de supervisión de proyectos cuando proceda en el caso del contrato menor de obras, los datos identificativos del adjudicatario así como la justificación de su elección, la aplicación presupuestaria a la que se imputa el gasto, así como el ejercicio presupuestario (o los ejercicios presupuestarios en el caso de que fuese un gasto

plurianual), y la forma de certificación de la prestación o su recepción, y la forma de pago del mismo.

- La justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar los principios de la contratación pública, así como la circunstancia de que el contratista no se encuentra en el supuesto previsto en el artículo 118.3 de la LCSP.
- El contrato contará con la acreditación de la existencia de crédito y documento de aprobación del gasto con carácter previo a su ejecución, incorporándose posteriormente la factura o facturas que se deriven del cumplimiento del contrato.
- El órgano de contratación solicitará, al menos, tres ofertas que se incorporarán al expediente junto con la justificación de la selección de la oferta de mejor relación calidad-precio para los intereses de la Administración, y si no fuera posible, se incorporará justificación motivada al expediente.

La información o documentación relacionada en los puntos anteriores, así como la justificación, podrán unificarse en un único documento o informe del órgano de contratación, en favor de la simplificación administrativa.

5.4. Ámbito temporal de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP

La limitación temporal se ha de referir al ejercicio presupuestario. La anualidad presupuestaria enlaza directamente con la necesaria programación de la contratación pública a desarrollar en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales, tal y como establece el artículo 28.4 de la LCSP. Lo más adecuado al interés general es que se considere el período correspondiente a cada ejercicio presupuestario para apreciar los límites que determina el artículo 118 de la LCSP, ya que este criterio facilita su comprobación por los órganos encargados de la fiscalización de las cuentas públicas, cuya rendición y contabilización se realiza siempre por ejercicios presupuestarios.

5.5. La publicidad de los contratos menores

La obligación de publicidad viene recogida en el artículo 63.4 de la LCSP, salvo para aquellos inferiores a los 5.000 euros y los que van por el sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar para hacer pagos inferiores. La publicación será, al menos, trimestral, siendo este plazo una obligación para el órgano de contratación, no un plazo de publicación individualizado por cada contrato.

Por lo tanto, los órganos de contratación deberán publicar trimestralmente todos los contratos menores que hayan adjudicado en ese período, es decir, aquellos respecto de

los que existe compromiso del gasto y comunicación de la adjudicación al contratista, y ello con independencia de que no esté aún incorporada la factura al expediente, debiéndose indicar, al menos, el objeto, la duración, el importe de adjudicación incluido el IVA y la identidad del adjudicatario, debiendo ordenarse los contratos por la identidad del adjudicatario.

5.6. Ámbito subjetivo

Por «órgano de contratación» se debe entender aquel órgano que ejerce las facultades del órgano de contratación, bien sea como titulares de la competencia o bien por delegación o por desconcentración, siempre que tengan autonomía y responsabilidad suficientes para adjudicar los contratos y lo hagan con cargo al presupuesto del que disponen o tienen asignado en exclusiva, siendo, por tanto, sobre quienes debe recaer la obligación de comprobar que en su unidad funcional o en la entidad de la que son responsables no se adjudican directamente a un mismo contratista contratos menores cuyo valor estimado acumulado incurra en las necesidades de justificación establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP.

6. Conclusiones y opinión

La existencia del contrato menor radica en el propósito de dotar de mayor agilidad la contratación y cubrir de forma inmediata las necesidades de escasa cuantía que en cada caso resulten necesarias. Por ello, el contrato menor ha gozado hasta la entrada en vigor de la nueva ley del no sometimiento a varios de los principios generales de la contratación, como son la publicidad, la libre concurrencia entre los licitadores y la transparencia del procedimiento.

No obstante, este tipo de contratos no puede eludir las normas de publicidad y concurrencia con la limitación del objeto contractual a través de su fraccionamiento. Para evitar el fraccionamiento indebido de los contratos hay que tener en cuenta:

- Que los contratos menores suponen una simplificación sustancial del procedimiento de adjudicación, por lo que su tramitación debe ser restrictiva;
- Que el contrato menor no es apto para atender las necesidades de carácter recurrente;
- Que se debe analizar si las distintas prestaciones son o no susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional entre ellas, así como el resto de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto;
- Y que es necesario que el órgano de contratación realice una programación del gasto público en función de las necesidades a cubrir, para poder tomar la deci-

sión más adecuada al contratar, con una debida planificación de la actividad contractual.

En mi opinión, la eficacia de las novedades introducidas en la contratación menor de la LCSP, ya analizadas a lo largo del artículo, y que pretenden evitar la omisión de esas normas, dependerá de su correcta aplicación por los órganos encargados de la contratación y de la buena voluntad de todos los que participan en el contrato de una u otra forma, así como del fortalecimiento del control interno a través de una coordinación entre los propios organismos de contratación y entre estos y las unidades proponentes. Los objetivos de conseguir una mayor publicidad, transparencia y control se alcanzarán si son aplicados de manera más estricta por dichos órganos y siempre que no se queden en meros formalismos. Solo de esta forma podrán suponer un avance importante en la lucha contra el fraude y la corrupción que envuelve a esta forma de contratación.

Pero, en todo caso, no hay que olvidar que lo más razonable es encontrar el equilibrio para que el mercado de la contratación funcione de una manera ágil, pero sin caer en malas prácticas, para lo cual una solución sería la que aporta la propia LCSP en el artículo 159.6, mediante la aplicación de una especialidad más sumaria del procedimiento abierto simplificado para contratos de obras de valor inferior a 80.000 euros y contratos de suministros y de servicios de valor inferior a 35.000 euros, donde se produce una reducción sustancial de trámites y plazos, que sería más rápido que el procedimiento abierto sumario, aplicándose la adjudicación directa solo para casos excepcionales.

Bibliografía

- Batet Jiménez, P. (2017). La preparación del contrato y la división de su objeto en lotes. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 23, 2.862-2.876.
- Díez Sastre, S. (2017). Ejes de la reforma y nueva sistemática de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: el régimen jurídico aplicable. [Ponencia]. Federación de Municipios de Cataluña.
- Garcés Sanagustín, M. (2018). Los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Revista Española de Control Externo*, XX(60), 99-116.
- Gimeno Feliú, J. M. (2018). La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente. En *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 47-132). Cizur-Menor: Aranzadi.
- Gimeno Feliú, J. M. (2018). La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un



modelo de contratación pública transparente. *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 153, 34-39.

Gimeno Feliú, J. M. (2018). La nueva Ley de Contratos del Sector Público: un nuevo escenario para la contratación pública. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 23, 2.782-2.798.

Martínez Fernández, J. M. (2016). Cerco a los contratos menores. *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, 194, 38-54.

Martínez Fernández, J. M. (2017). Medidas de transparencia como antídoto contra la corrupción en la contratación pública. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 41, 1-46.

Moreno Ibáñez, I. (2018). Comentarios al nuevo régimen jurídico de los contratos menores en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Actualidad Administrativa*, 3.



Demanda por responsabilidad sanitaria de la Administración a la aseguradora

Adelaida Medrano Aranguren

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

Extracto

El presente supuesto trata de aportar los argumentos jurídicos necesarios para delimitar el adecuado encaje procesal y sustantivo de las reclamaciones indemnizatorias que plantean los particulares que se consideran afectados por una inadecuada prestación de su asistencia sanitaria en un centro de la Administración pública, pero que dirigen su demanda directamente contra la compañía aseguradora de esa Administración. Es preciso dejar delimitada claramente la competencia de la jurisdicción civil para este tipo de acciones, pero además deben también quedar fijados los postulados de esta responsabilidad pública sanitaria comprobando, a la luz de la reciente jurisprudencia, la evolución de estos postulados desde una responsabilidad cuasi objetiva en el ámbito estrictamente administrativo, hasta una responsabilidad asimilada a los postulados de la responsabilidad civil cuando el enjuiciamiento tiene lugar en este orden jurisdiccional, en el que ha de quedar probada la vulneración de la *lex artis*, teniendo lugar una clara fusión entre los conceptos de negligencia médica civil y responsabilidad administrativa sanitaria.

Palabras clave: responsabilidad sanitaria patrimonial; cuestión prejudicial; postulados de la responsabilidad en vía civil.

Fecha de entrada: 14-01-2020 / Fecha de aceptación: 28-01-2020



Enunciado

La mujer y los hijos de Juan han acudido a un abogado para asesorarse sobre la posible responsabilidad del SERGAS en relación con la asistencia sanitaria recibida por parte de esta Administración sanitaria, a la que estiman causante del fallecimiento de Juan, al no haberle practicado las pruebas pertinentes que hubiesen permitido detectar su aneurisma cerebral que le causó la muerte. El paciente (nacido en marzo de 1949) presenta los siguientes antecedentes médicos: hipertensión arterial, dislipemia, fibrilación auricular en tratamiento con acenocumarol (Sintrom), cardiopatía isquémica crónica con revascularización percutánea, quirúrgica y valvular, es portador de un desfibrilador automático implantable (DAI) desde julio de 2010 como prevención primaria de muerte súbita, insuficiencia cardíaca congestiva estadio D, hiperuricemia e insuficiencia renal crónica, siendo portador de catéter de diálisis peritoneal desde marzo de 2014.

Relata la esposa que el 29 de agosto de 2014 acudió al PAC (punto de atención continuada) de Cambados por una posible descarga del DAI, siendo dos días después cuando es trasladado en ambulancia medicalizada al servicio de urgencias del Hospital de Pontevedra, en el cual ingresa el 31 de agosto de 2014 a las 15:38 horas con prioridad de triaje amarilla, comenzando a ser asistido facultativamente 22 minutos después.

Manifiesta la esposa que en los últimos tres días ha tenido diferentes episodios de descarga del DAI, tras uno de los cuales ha sufrido un síncope mientras estaba comiendo, el cual ha continuado con un desvanecimiento, con pérdida de conocimiento, habiendo sufrido un traumatismo en la cabeza en la zona temporal derecha. Ante el médico de guardia tuvo otras dos taquiarritmias con dos descargas del DAI, siendo ingresado en la unidad de coronarias para estabilización hemodinámica; igualmente se suspende el Sintrom y se le administra otro anticoagulante y analgésicos para el dolor de cabeza que refería el paciente. Su INR (referente en pacientes con tratamiento anticoagulante) pasó de 3.7, el día del ingreso, a 5.7 el día 1 de septiembre de 2014, y a 7.7 el día 2 de septiembre de 2014.

En las hojas de enfermería dentro de la unidad coronaria se hace referencia a una segunda caída del paciente, que le causó un hematoma en la zona orbital derecha, administrán-

dose al mismo para su dolor de cabeza por el traumatismo paracetamol, con el que cede el dolor referido. El 2 de septiembre de 2014 se observa deterioro del nivel de conciencia del paciente, sufriendo a partir de las 7:00 horas otros tres episodios de taquicardia ventricular con pérdida de conocimiento y somnolencia, si bien responde a órdenes verbales, presentando una situación clínica deteriorada. Ante estos síntomas, se solicita TAC craneal urgente.

El resultado de esta prueba fue: hematoma de partes blandas parietal derecho, solicitándose valoración urgente por neurocirugía, ya que el paciente estaba obnubilado, empeorando su situación neurológica durante la mañana, ante lo cual se comunica esta situación telefónicamente con el neurocirujano de guardia en el Hospital de Vigo, al cual es trasladado y en el que es operado de urgencia, realizándose una craneotomía frontal izquierda. Su evolución clínica fue desfavorable y con mal pronóstico neurológico; falleció el 27 de septiembre de 2014.

A partir de este relato de hechos, entiende la familia del fallecido que se ha producido un déficit asistencial, puesto que, ante un paciente con tales antecedentes, tratado con anticoagulantes y que ha tenido una caída en su domicilio con traumatismo craneal, debería haberse realizado la prueba de TAC craneal mucho antes y no solo cuando aparecen los primeros síntomas de déficit neurológico, ya que se trataba de un paciente de alto riesgo en relación con este tipo de complicaciones. Se minusvaloraron los síntomas y signos neurológicos iniciales y ello retrasó la realización del TAC craneal con el retraso diagnóstico derivado de ello, que terminó con el fallecimiento del paciente, entendiéndose la demandante que hay una probada relación de causa-efecto entre este retraso y el fallecimiento. Afirma la familia que, sin lugar a duda, de haberse detectado antes la hemorragia intracraneal (HIC) con la prueba adecuada, se habría evitado la defunción, considerando que no se han puesto a disposición del fallecido todos los medios con los que se contaba, habiéndose actuado por los facultativos y personal sanitario del Hospital de Pontevedra al margen de los protocolos adecuados.

Por parte del abogado, y a la vista de estos hechos, se desea plantear una demanda por responsabilidad patrimonial de la Administración para reclamar una indemnización a la aseguradora del SERGAS, pero desea asesorarse sobre los postulados de este tipo de responsabilidad cuando la exigencia de la misma se lleva a cabo contra una entidad privada en el orden civil, pero valorando conceptos administrativos, teniendo a la cuestión prejudicial como contexto procesal en el que se ha de valorar esta responsabilidad.

Cuestiones planteadas:

- Examen del concepto de responsabilidad patrimonial sanitaria en el ámbito administrativo.
- Evolución del concepto en su enjuiciamiento contra la aseguradora en vía civil.
- Su encuadre como cuestión prejudicial y jurisprudencia actual en esta materia.

Solución

Se hace preciso iniciar estos razonamientos delimitando sintéticamente la doctrina actual de nuestros tribunales en materia de responsabilidad sanitaria. En tal sentido, la jurisprudencia viene señalando que la responsabilidad sanitaria es una responsabilidad profesional en donde la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (tratándose de un contrato de prestación de servicios) como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad o de medios, caracterización que recuerda la STS de 23 de marzo de 2006 con cita de abundantísima jurisprudencia. Como tal obligación de medios, se cumple con la realización de la actividad prometida, aunque no venga acompañada de la curación del lesionado, con tal de que se ejecute con la diligencia exigible en atención a la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.104 del Código Civil. La actividad que debe el médico, a quien se reputan los necesarios conocimientos técnicos, es la de un experto profesional que, como tal, queda obligado no ya a actuar con la diligencia de un buen padre de familia, sino a aplicar las energías, medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia, *lex artis* o conjunto de saberes y técnicas propias de su profesión, estaban objetivamente a su alcance para el logro de aquel fin (sentencia de 30 de diciembre de 2004, que cita las de 12 de febrero de 1990, 29 de julio de 1998 y 8 de septiembre de 1998) siendo, desde luego, la impericia una forma de negligencia, por lo que quien asume como experto una obligación de actividad y no la cumple con el rigor técnico exigible, responde, como deudor negligente, del daño causado (sentencia de 30 de diciembre de 2004). Y así se ha estimado que existe responsabilidad sanitaria en aquellos casos en que se logra establecer un nexo causal entre el acto tachado de culpable o negligente o la omisión de cuidados indicados y el resultado dañoso previsible y evitable.

De igual modo y como pone de manifiesto la SAP Madrid (Sección 18.^a) de 18 de febrero de 2010, «es doctrina inconcusa la que establece que en la responsabilidad médica, por lo general, de tipo contractual, tanto porque haya un contrato de asistencia, directo o a través de entidad o Seguridad Social, tanto porque se integre merced al mismo acto médico, el mecanismo de prueba de responsabilidad será el acorde con lo antes dicho a propósito de la contractual: el actor o paciente habrá de acreditar no solo el daño sino la autoría y relación de causalidad y hasta la infracción de los deberes de la *lex artis ad hoc*, de ahí que se afirme, desde siempre, que al ser la obligación del médico una obligación de medios y no el resultado de la curación del paciente, de impredecible previsión hasta por el enigma somático o reacción psicológica del enfermo, no cabe derivar del daño o mal del paciente, sin más, la responsabilidad del médico; en la obligación de actividad es preciso la prueba de la falta de diligencia para apreciar incumplimiento, tal como ha reseñado el Tribunal Supremo en múltiples sentencias, como la de 29 de julio de 1994 que dice «una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien prestó tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtengan». Sin

perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño cuando este es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico.

Así pues, la responsabilidad civil médica se desplaza esencialmente al último de los elementos, el nexo causal: si el daño está producido por causa de una enfermedad o está causado por la conducta negligente del médico; esta es la cuestión que hay que dilucidar, «el nexo causal del que se habla al principio como requisito indispensable, que debe coordinar la acción y el resultado dañoso», dice la STS de 17 de noviembre de 1998, que precisamente estimó que faltaba el nexo causal, bien entendido que, como afirman las STS de 15 de marzo de 1993, 15 de octubre de 1996 y 16 de diciembre de 1997, a esa relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa, por no depender la misma del resultado dañoso (STSJ de Navarra 6 de marzo de 1996). Por último, sería casi innecesario reproducir un sinfín de sentencias del Tribunal Supremo en las que se confirma que, en sede de responsabilidad médica, tanto contractual como extracontractual, la culpa así como la relación de causalidad entre el daño o mal del paciente y la actuación médica ha de probarla el paciente.

Ahora bien, la síntesis que acabamos de exponer acerca de la responsabilidad civil médica debe ser adecuadamente matizada por el novedoso criterio jurisprudencial vinculante que recientemente ha manifestado el Pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 5 de junio de 2019 (rec. núm. 2992/2016 [NCJ064262]), que modifica el enfoque de la cuestión; dicha sentencia, tras elaborar una precisa construcción jurídica acerca de la autonomía de la acción directa contra la aseguradora prevista en el artículo 76 de la LCS, afirma que «la premisa de la responsabilidad del asegurado es un presupuesto técnico de la acción directa, pues la aseguradora no responde por el hecho de otro (art. 1.903 CC) sino por la responsabilidad de otro».

Lo novedoso de esta sentencia es que establece, para todos aquellos casos de ejercicio de la acción directa contra la aseguradora ante la jurisdicción civil, cuando la presunta negligencia en la prestación de la asistencia sanitaria es cometida por la Administración pública, que la prueba de esa negligencia ha de acreditarse por la parte demandante «conforme a parámetros de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de forma que la responsabilidad del asegurado en este supuesto no puede fundarse en los preceptos jurídicos pretendidos por la actora, sino en la Ley 30/92 o el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, que por razones temporales eran los vigentes, conforme a la línea jurisprudencial contencioso-administrativa que ha venido delimitando la responsabilidad de la Administración en materia sanitaria». Para afirmar más adelante que «el demandante, aunque solo demande a la aseguradora, no podrá limitarse a invocar que la Administración aseguradora le ha causado un daño y a probar que dicho daño está cubierto en la póliza, sino que debe acreditar y obtener un pronunciamiento de que la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial».

Continúa la sentencia indicando que «el siguiente paso del discurso metodológico es que el tribunal que conozca de la acción directa frente a la aseguradora deberá examinar con carácter prejudicial si la Administración incurrió o no en responsabilidad. No parece existir dudas acerca de que la jurisdicción civil pueda y deba pronunciarse prejudicialmente sobre la existencia de responsabilidad de la Administración cuando se ejercite solo la acción directa frente a la aseguradora, lo que expresamente viene contemplado en el art. 42 LEC. Con dos puntualizaciones: que el pronunciamiento prejudicial sobre si la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial se verificará conforme a la normativa de la misma, es decir, conforme a los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, así como que será a los solos efectos del proceso, sin que ello suponga reconocerle competencia a la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de la Administración pública asegurada (informe del Consejo de Estado 331/1995 de 9 de mayo), para lo que debe seguirse el procedimiento administrativo previsto legalmente. Los autos 3/2010, 4/2010 y 5/2010 de 22 de marzo de 2010 de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo afirman que: «El hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en ningún modo extravagante. «El art. 42 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que solo producirá efectos en el proceso de que se trate».

A partir de las anteriores consideraciones, dice el Tribunal Supremo que «cuando ocurre un siniestro por el que pudiese exigirse responsabilidad patrimonial a una administración sanitaria, se abren diferentes posibilidades, y la primera de ellas es que el perjudicado ejercite contra la aseguradora de la Administración la acción directa que prevé el art. 76 LCS, obviando seguir el procedimiento administrativo previsto legalmente para reclamar responsabilidad y consiguiente indemnización de esta. En este supuesto, en el que el perjudicado se dirige, al amparo del art. 76 LCS, directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora, la competencia para conocer de la acción corresponde necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar (STS de 15 de octubre de 2013, rec. núm. 1578/2011). Pero ello será a los solos efectos prejudiciales por lo que se refiere a la responsabilidad de la Administración (art. 42.1 LEC), esto es, que solo produce efectos en el proceso civil y no en el contencioso-administrativo, si llegase a existir, pues para que así fuese, esto es, si se pretendiese demandar responsabilidad de la Administración y condena de esta, será preciso seguir la vía administrativa y contencioso-administrativa. Y como se ha expuesto, la prejudicialidad de la responsabilidad de la Administración, a los solos efectos del proceso civil, debe verificarse conforme a parámetros administrativos».

La consecuencia de todo ello no precisa de mayores comentarios: en casos como el presente en los que el perjudicado acude a la acción directa contra la aseguradora, la presunta negligencia médica o deficitaria prestación sanitaria de la que trae su causa el daño deberá examinarse y juzgarse a la luz de la normativa reguladora de la responsabilidad

patrimonial de la Administración y la doctrina jurisprudencial que la ha desarrollado en el orden contencioso-administrativo y dentro de los parámetros administrativos, encontrando su cobertura procesal en este orden en el artículo 42 de la LEC como cuestión prejudicial.

Expuesto el nuevo mandato de nuestra Sala 1.^a en esta materia, y para poder resolver nuestro caso aplicando la nueva doctrina, hemos de examinar necesariamente cuáles son los caracteres que configuran en nuestro ordenamiento jurídico esa responsabilidad de la Administración, con carácter general.

Pues bien, la naturaleza de esta responsabilidad se encuentra configurada ya de manera uniforme y consolidada en nuestra jurisprudencia; la STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso, de fecha 15 de febrero de 2019 (que se ha escogido por lo reciente de la misma) señala que: «La responsabilidad patrimonial de la Administración se configura en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 106.2 de la Constitución y 32 de la Ley 40/2015) como una responsabilidad directa y objetiva, que obliga a aquella a indemnizar toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Si bien, no todo daño que produzca la Administración es indemnizable, sino tan solo los que merezcan la consideración de lesión, entendida, según la doctrina y jurisprudencia, como daño antijurídico, no porque la conducta de quien lo causa sea contraria a Derecho, sino porque el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo, por no existir causas de justificación que lo legitimen.

Por tanto, los requisitos que deben concurrir para tener derecho a la indemnización por razón de responsabilidad patrimonial de la Administración son los siguientes:

1. Existencia y realidad de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona, y que el interesado no tenga el deber jurídico de soportarlo.
2. Que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y no producido por fuerza mayor.
3. Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño o lesión. Ha de determinarse, por tanto, si existe una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños que se invocan, es decir, si los mismos son imputables a la Administración.

Como ha declarado el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el artículo 24 de la Constitución, sino también, de modo específico, en el artículo 106.2 de la propia Constitución, al disponer que los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia

del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Asimismo, a los fines del artículo 106.2 de la Constitución, la jurisprudencia (sentencias de 5 de junio de 1989 y 22 de marzo de 1995) ha homologado como servicio público toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad, con resultado lesivo.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque, como ha declarado igualmente en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. Es además jurisprudencia reiteradísima que solo son indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia, en sentencias, entre otras muchas, de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 de enero y 7 de junio de 1988, 29 de mayo de 1989, 8 de febrero de 1991 y 2 de noviembre de 1993, según la cual «esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar» (en el mismo sentido sentencias de 31 de octubre de 2000 y 30 de octubre de 2003).

Ahora bien, dentro de los parámetros que han sido descritos en el anterior fundamento que delimitan la responsabilidad patrimonial de la Administración, expondremos en este fundamento cómo la jurisprudencia contencioso-administrativa ha suavizado esta objetivación cuando hablamos de la responsabilidad de la Administración por presunta deficiente prestación de los servicios sanitarios, pues para estos casos exige infracción de la *lex artis*, acercando, si no asimilando, los conceptos de negligencia médica civil y responsabilidad administrativa sanitaria.

Observemos este texto de la sentencia de la Sección 5.^a, de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de fecha 15 de marzo de 2018: «En concreto, la parte recurrente sostiene que «establecida, por la propia sentencia, la relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin embargo no se declara la responsabilidad patrimonial, lo que supone vulnerar el carácter objetivo que la Ley, y la jurisprudencia que la aplica, atribuyen a la responsabilidad patrimonial, de suerte que la Administración está obligada a indemnizar el daño causado al administrado por el simple hecho de causar el daño, con independencia de la causa que lo motiva. Por ello la responsabilidad nace por el funcionamiento normal o

anormal de los servicios públicos, sin que se requiera de la Administración una actuación negligente o deficiente. Al ser objetiva la responsabilidad, el hecho que la motiva es la causación del daño y no el comportamiento (normal/anormal, diligente/negligente) del agente (en este caso la Administración) causante del daño». En definitiva, la parte reprocha a la sentencia que haya abandonado el criterio objetivo de imputación de la responsabilidad, introduciendo elementos subjetivos o de culpa.

El motivo no puede ser estimado bastando para ello con remitirnos a la numerosa jurisprudencia sentada en materia de responsabilidad sanitaria. La STS de 17 de abril de 2007 declaraba que «la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, así señala la sentencia de 14 de octubre de 2003 que: «Como tiene declarado esta Sala y Sección, en sentencias de 30 de septiembre del corriente, de 13 de septiembre de 2002 y en los reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo, que la anterior cita como la Sentencia, de 5 de junio de 1998, la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a estas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico».

Y, en la sentencia de 13 de noviembre de 1999, también afirmamos que «aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la Jurisprudencia de esta Sala, como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquella».

Más en concreto, en reclamaciones derivadas de prestaciones sanitarias, la jurisprudencia viene declarando que «no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente» sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril, 3 y 13 de julio y 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2010, por lo que «la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino

a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible», entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 16 de mayo de 2005.

En el mismo sentido, la STS de 9 de octubre de 2012 declaraba: «[...] debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que esta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así sentencia de esta sala de 25 de febrero de 2009, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño (criterio que podría servir para otro tipo de responsabilidades nacidas de una actuación de las Administraciones públicas, pero no para la responsabilidad sanitaria), pues además Este debe ser antijurídico, en el sentido de que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la *lex artis*.

Así las cosas, cuando, atendidas las circunstancias del caso, la asistencia sanitaria se ha prestado conforme al estado del saber y con adopción de los medios al alcance del servicio, el resultado lesivo producido no se considera antijurídico, tal y como también se declaraba en las sentencias citadas y en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, refiriéndose a la de 22 de diciembre de 2001, y en la de 25 de febrero de 2009, con cita de las de 20 de junio y 11 de julio de 2007.

En otro caso, cuando se ha incurrido en infracción de la *lex artis*, el daño y perjuicio producidos son antijurídicos y deben ser indemnizados. Reiterando dichos conceptos la STS de 29 de junio de 2011.

En este sentido, y por citar solo algunas, tal y como se señala en la sentencia de 26 de junio de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 4429/2004, que «es también doc-

trina jurisprudencial reiterada, por todas citaremos las sentencias de 20 de marzo de 2007 (rec. núm. 7915/2003), 7 de marzo de 2007 (rec. núm. 5286/03) y de 16 de marzo de 2005 (rec. núm. 3149/2001 [NSJ011759]) que «a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente», o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso».

Y, la STS de 10 de octubre de 2011, respecto de los requisitos para la indemnizabilidad del daño, esto es, antijuridicidad y existencia de nexo causal, también nos recuerda la doctrina jurisprudencial, expresando que conforme a reiterada jurisprudencia (STS de 25 de septiembre de 2007, rec. casación 2052/2003 con cita de otras anteriores) la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la antijuridicidad del resultado o lesión, siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Y es también doctrina jurisprudencial reiterada (sentencias de 20 de marzo de 2007, 7 de marzo de 2007 y de 16 de marzo de 2005) que «a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente». La totalidad de sentencias referenciadas en este fundamento han sido dictadas por órganos pertenecientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 50/1980 (LCS), art. 76.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 42.
- SSTs de 10 de octubre de 2011; 9 de octubre de 2012; 15 de marzo de 2018, Sala 3.^a, y 5 de junio de 2019, Pleno de la Sala 1.^a.



Impugnación de filiación y derecho de allegados a relacionarse con menores

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Cuando se plantea el tipo de relación de los menores de edad con sus progenitores o allegados, lo que sí es importante es demostrar si esa comunicación responde al interés del menor, al principio de *favor filii*. Los informes psicosociales proporcionan una cuasi pericia que, si bien no vinculan al juez, sí le obligan, en el caso de apartarse de sus conclusiones, a efectuar una motivación rigurosa.

No se puede entrar a valorar la infracción procesal alegada, o la casación por infracción de ley, porque se han respetado los intereses de los hijos menores y probado que la protección dispensada con la sentencia no es puramente «formalista o estereotipada». Además, la casación no puede ser una nueva instancia y los motivos alegados se consideran hechos nuevos, pues, no obstante existir en primera instancia, no fueron alegados o sometidos a la consideración del tribunal de apelación.

Palabras clave: filiación; impugnación de la filiación; régimen de visitas con menores; allegados.

Fecha de entrada: 09-01-2020 / Fecha de aceptación: 27-01-2020

Enunciado

Ana interpone demanda de modificación de medidas de divorcio contra Juan, instando la expresa modificación del ejercicio exclusivo de la patria potestad, supresión de la pensión de alimentos y de las visitas, porque, con posterioridad a la sentencia de divorcio que regulaba las medidas de mutuo acuerdo entre ellos y la hija, se dicta otra de impugnación de la paternidad por la que se reconoce a Miguel como padre biológico de la menor; por tal motivo, la actora considera que ahora ya no procede ningún tipo de relación entre el «allegado Juan» y su hija. El demandado, Juan, se opone alegando que no ha habido ningún cambio esencial de las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de dictar la sentencia de divorcio, ni se aportan como argumentos en favor del interés de la hija que la realidad biológica impida el mantenimiento, cuando menos, de unas visitas ante una realidad de relación ya consolidada. En primera instancia, se dicta sentencia estimatoria en su integridad de los pedimentos de la actora. Por tanto, se extinguen la pensión de alimentos y las visitas, y asimismo se acuerda la extinción del ejercicio de la patria potestad del padre sobre su hijo. Apelada la sentencia, en segunda instancia, se acuerda por la audiencia un régimen de visitas a favor del «allegado», manteniéndose el resto de los pronunciamientos, tras la exploración de la menor y práctica de un informe psicosocial con un riguroso dictamen apoyado en consideraciones y conclusiones sólidas. Al fin y al cabo, la hija llevaba ocho años conviviendo con la madre y el presunto padre, relacionándose con él y con la familia extensa de ambos.

Cuestiones planteadas:

1. ¿El reconocimiento de una filiación biológica posterior justifica la supresión de todas las medidas acordadas en la sentencia de divorcio o de toda relación entre la hija y el allegado?
2. ¿Se puede invocar indefensión por la no intervención del padre biológico en el proceso de modificación de medidas y, en consecuencia, sería admisible el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, así como la solicitud de la nulidad del juicio?

Solución

1. ¿El reconocimiento de una filiación biológica posterior justifica la supresión de todas las medidas acordadas en la sentencia de divorcio o de toda relación entre la hija y el allegado?

La primera de las cuestiones nos plantea si debe ser considerada una nueva circunstancia esencial, no tenida en cuenta a la hora de dictar sentencia de divorcio: la declaración de filiación biológica de un padre que, hasta ese momento, no ha ejercido de tal ni ha gozado de posesión de estado. A su vez, nos plantea el correlativo del derecho del padre biológico en contradicción con otro u otros que haya podido consolidar el ahora «allegado», que ha estado tiempo pasando una pensión de alimentos, ejerciendo con naturalidad la patria potestad y pasando una pensión de alimentos a la madre. Como se dice en el supuesto fáctico: «Al fin y al cabo, la hija llevaba ocho años conviviendo con la madre y el presunto padre, relacionándose con él y con la familia extensa de ambos».

En una primera aproximación al problema de relación sin filiación no cabe descartar si la decisión de la audiencia es correcta y con arreglo a qué parámetros. Convengamos, por tanto, que la incidencia en el desarrollo de la menor de esa relación continuada con quien no es el padre biológico ha de ser analizada desde la perspectiva de su interés, o con arreglo al principio de *favor filli*.

Las modificaciones de medidas tienen su origen en causas nuevas sobrevenidas, y es lo cierto que la determinación de la filiación biológica con posterioridad es suficiente y sustancial. No plantea ningún problema llegar a esta conclusión porque la dicción del artículo 775 de la LEC no ofrece dudas: «Siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas». Y porque la jurisprudencia más consolidada interpreta este precepto de la siguiente manera:

Las medidas acordadas en procesos matrimoniales pueden modificarse si se acredita que se alteraron sustancialmente las circunstancias. De lo que se deduce:

1. que haya existido y se acredite debidamente una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción,
2. que sea sustancial, de tal importancia que haga suponer que de haber existido entonces, se hubieran adoptado otras distintas, al menos en la cuantía,
3. que no sea esporádica o transitoria, sino que se presente con caracteres de estabilidad o de permanencia,
4. que la alteración o modificación no haya sido provocada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas y sustituir-

las por otras que resulten más beneficiosas para el solicitante. (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2011, sentencia núm. 508/2011, rec. núm. 599/2009 [NCJ055556]).

Pero es más importante resolver la segunda parte, una vez aceptada la nueva circunstancia de reconocimiento biológico de la paternidad, que justificaría, cuando menos, la estimación total de la demanda, o, en su caso, parcial después con la apelación. Por ello nos hacemos la siguiente pregunta: ¿El reconocimiento de una filiación biológica posterior justifica la supresión de todas las medidas acordadas en la sentencia de divorcio o de toda relación entre la hija y el allegado?

Para resolver estas cuestiones deviene imprescindible recurrir al contenido del artículo 160 del CC:

1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad [...].
2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

Como se puede observar, el primer apartado se refiere a las relaciones entre los hijos y sus progenitores (Miguel), aunque estos no ejerzan la patria potestad. Podemos pensar que Miguel no ha ejercido nunca de padre hasta el reconocimiento de la filiación, bien porque no sabía que era el padre o bien porque, aun sabiéndolo, no quiso ejercer como tal, sin más. Veámoslo así. En la segunda parte del precepto se introduce el «allegado», además de los hermanos, abuelos, etc. Por consiguiente, como dice la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando se plantea el tipo de relación de los menores de edad, no solo se está dilucidando acerca de una custodia en casos de custodia monoparental para con el otro padre biológico que ostenta igualmente la patria potestad, sino que el elenco de esa relación tiene un espectro más amplio y, como sucede en nuestro caso, afecta a los «allegados».

Pero lo que sí es importante, para decidir si procede o no la relación que se solicita, es convenir si esa comunicación responde al interés del menor, al principio de *favor filii*. Por ello, aun cuando el caso cita expresamente el informe técnico, este, como prueba importante, además de otras, nos sirve para valorar la conveniencia de mantener un sistema de comunicaciones entre el allegado y la hija, habida cuenta el tipo de contacto y de ejercicio *de facto* de la patria potestad con ella por quien ahora es el «allegado». Y ese interés, como viene reconociendo la doctrina del Supremo, tiene que ver con un conjunto de factores personales, materiales, familiares, sociales, culturales, etc.

En definitiva, el mero hecho del reconocimiento de una filiación biológica posterior no justifica la supresión de toda relación entre la hija y el allegado si ello no obedece a su interés, valorado según los amplios criterios expuestos de todo tipo (cultural, social, material,

etc.) deducidos de la prueba y del informe técnico, como elemento trascendental. No es que el informe sea, aisladamente considerado, la prueba única y determinante, pero sí es una cuasi pericia cualificada que debe ser tenida en cuenta para valorar ese interés, que es el más digno de protección; de hecho, como declara el Tribunal Supremo, en su sentencia de junio de 2018, no es que el juez no pueda apartarse de sus conclusiones o consideraciones, pero, de hacerlo, tiene que ser de manera motivada. Porque «la valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial. La STS 660/2011, de 5 octubre, dijo que el juez debe valorar los informes periciales, de acuerdo con lo que dispone el artículo 348 de la LEC. De este modo, solo cuando dicha valoración no respete «las reglas de la sana crítica, podrá impugnarse, pero no es aceptable la sustitución de la estimación efectuada por el juez por la realizada por el recurrente (S de 13 de febrero de 2015, núm. 47/2015, rec. núm. 2339/2013 [NCJ059319]). Y se prima, una vez más, el interés de la hija en la decisión (art. 92 del Código Civil, 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), buscando que, en este tipo de situaciones de ruptura, se resuelvan en un marco de adecuada normalidad familiar.

Si se razona adecuadamente en el informe la conveniencia de la relación, la STS, Sala 1.ª, Sección 1.ª, de 23 de julio de 2018, núm. 482/2018, rec. núm. 5231/2017, nos recuerda que «cuando tantas veces se ha repetido la necesidad de un informe psicosocial que auxilie al tribunal en su decisión, no puede obviarse este sin una motivación rigurosa, sobre todo si se aprecia una metodología tan precisa como la obrante en autos», y en este caso hay motivación en sentido contrario y existe una metodología que permite sostener y aceptar el auxilio que proporciona ese informe.

2. ¿Se puede invocar indefensión por la no intervención del padre biológico en el proceso de modificación de medidas y, en consecuencia, sería admisible el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, así como la solicitud de la nulidad del juicio?

Tal y como puede deducirse de la narración de hechos, es evidente que la sentencia, tanto en instancia como en apelación, no ha tenido en cuenta al padre biológico, no ha podido intervenir. Cabe preguntarnos al respecto si se han vulnerado garantías procesales básicas: indefensión por no haber podido ejercitar su derecho de defensa (art. 13 LEC); porque «mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito. En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquellos». Nos podemos preguntar asimismo si se ha vulnerado el artículo 10 de la LEC al no ser parte quien debió ser parte legítima: «Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso». O el artículo 753.1 de la LEC: «El Secretario judicial dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando pro-

ceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente ley».

Es decir, ¿la vulneración de esos preceptos nos llevaría a la nulidad del juicio? La no intervención del padre biológico le priva a él del derecho a personarse y le puede generar indefensión, pues se está decidiendo un derecho de visitas que él no ha pedido (sino la madre), con vulneración de las garantías propias de un proceso de esta naturaleza y teniendo en cuenta la singularidad de este tipo de procedimientos de familia, donde la flexibilidad viene dada por ese principio tantas veces aludido del interés del menor.

Una primera aproximación a estas varias cuestiones encubiertas tras la formulación de la pregunta nos lleva a creer que sí. El artículo 13 de la LEC es claro cuando prevé la intervención de los sujetos no inicialmente demandantes ni demandados. El proceso estaba pendiente en primera instancia, pendiente de apelación, y ya se sabía que existía un padre biológico (Miguel). La demanda de la madre de modificación de medidas no tuvo en cuenta al padre biológico. No hubo solicitud alguna por nadie. De otro lado, el artículo 10 de la LEC parece conceder la posición de parte al padre biológico cuando nos da a entender que puede ser titular de la relación jurídica, en la medida en que las cuestiones que se discuten (las medidas) en el procedimiento de modificación, si bien vienen referidas en principio al allegado y a la madre, también afectan a la hija en su legítimo derecho a relacionarse con el allegado y el padre biológico, y a este para que no se acuerde una relación con un tercero en la que él no ha podido ser escuchado.

Sin embargo, para el Tribunal Supremo el debate se plantea en el plano de no sobrepasar los límites para la revisión de las sentencias; es decir, si se ha respetado en interés del menor. Porque sucede que la casación no puede convertirse en una tercera instancia. No son relevantes las cuestiones indicadas que parecían relevantes en una primera aproximación. La indefensión, la posible nulidad por la de garantías, la no intervención de terceros sujetos de la relación jurídica o titulares de la misma, en este trámite no son trascendentes, aunque pareciera que sí deberían serlo. Resulta que el caso se apoya en una prueba sólida que valora el principio de *favor filii* y del interés del menor: la prueba pericial.

Cuando decíamos en la narración del supuesto fáctico: «tras la exploración de la hija y un informe psicosocial con un riguroso dictamen apoyado en consideraciones y conclusiones sólidas», estábamos apuntando un estudio «fáctico y jurídico» de la problemática en beneficio de la hija. Si el Tribunal Supremo nos recuerda frecuentemente que la revisión en casación de la sentencia en instancia solo cabe cuando no se respeten los intereses de los hijos menores, o no se pruebe que la protección dispensada con la sentencia es puramente «formalista o estereotipada», es para convenir la desestimación de la casación porque no se han superado esos límites, haciendo abstracción de todo argumentario concomitante, en nuestro caso, alusivo a la nulidad por indefensión y por inaplicación de los preceptos referidos de la Ley Procesal Civil. Si se llega a la conclusión de que la sentencia de la

audiencia es adecuada para los intereses de la hija, convenientemente analizados desde la perspectiva de una prueba importante (la exploración, según la edad que tenga y el informe psicosocial, según su contenido, su motivación y su rigor), no cabe estimar la casación y no se entra en los motivos expuestos, simplemente se desestima el recurso por infracción procesal o el de casación por infracción de ley que se hayan interpuesto y admitido, porque además –como es de advertir en el caso– en la demanda inicial se hizo referencia a la existencia de un padre biológico como causa para solicitar la modificación de las medidas adoptadas en origen, y en la apelación tan solo se pidió un régimen de visitas para el «allegado», sin referencia alguna al padre biológico, excepto en que este hecho, a juicio del apelante, no era determinante.

Por tanto, en la apelación se dilucida el derecho a relacionarse del allegado con la menor, y pretender en casación, o por infracción procesal, debatir sobre el resto de cuestiones, cuando el interés de la hija ha quedado probado, significa la introducción de un debate no solicitado en la apelación, lo cual es como permitir que el tribunal de casación sea una nueva instancia que revisa elementos nuevos no tenidos en cuenta por la audiencia al resolver la apelación.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 160.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 10, 13, 753.1 y 775.
- STC 163/2009, de 29 de junio (NCJ049944).
- SSTS 508/2011, de 27 de junio, rec. núm. 599/2009; 27 de junio de 2012; 10 de febrero de 2014; 2 de junio de 2015; 25 de noviembre de 2016; 11 de enero de 2017; 8 de marzo de 2017; 20 de septiembre de 2017; 19 de octubre de 2017; 25 de octubre de 2017; 18/2018, de 15 de enero; 20 de febrero de 2019; 5 de abril de 2019, y 16 de octubre de 2019.



Responsabilidad notarial en el juicio de identidad de los comparecientes

José Ignacio Atienza López

*Letrado de la Administración de Justicia.
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

Extracto

El presente supuesto hace patente la importancia de verificar por parte de los notarios, de forma diligente, el trámite de adecuada identificación de las personas que ante él comparecen para otorgar una escritura. La cualificación jurídica de estos profesionales exige un añadido de rigor a la hora de verificar este trámite para evitar las suplantaciones de personalidad, dada la confianza que la sociedad deposita en estos juristas, y, sobre todo, en un caso en que la persona comparece con una fotocopia del DNI, lo que debió acentuar su celo y diligencia a la hora de su identificación. Igualmente el caso delimita la naturaleza y requisitos propios de la responsabilidad civil notarial en la que se incurre para supuestos como el descrito, que obligan a la condena del notario.

Palabras clave: notario; responsabilidad civil; juicio de identidad.

Fecha de entrada: 15-01-2020 / Fecha de aceptación: 29-01-2020

Enunciado

D. Máximo, padre de los actores, era dueño de una finca sita en Torrevieja (Alicante), descrita como urbana, número NÚM000 del bloque n.º NÚM001 del conjunto en construcción denominado Residencial DIRECCIÓN000, NÚM002 fase, hoy CALLE000, n.º NUM003, que le pertenecía en pleno dominio, con carácter privativo, por título de liquidación de sociedad legal de gananciales, conforme a la escritura pública de 6 de julio de 1999, ante el notario de Madrid Sr. Álvarez Valeiras, n.º 1793 de su protocolo.

Persona, cuya identidad no se pudo determinar, compareció, con un documento de identidad falso, a nombre del propietario de dicho inmueble, D. Máximo, que fue escaneado en la notaría, con la documentación consiguiente para proceder a la venta de dicho inmueble.

Tras demorarse la operación, por la necesidad de acreditar la cancelación de la carga que pesaba sobre la precitada finca, el 6 de noviembre de 2012, el demandado, D. Cesáreo, en su condición de notario de Madrid, autorizó la correspondiente escritura pública de compraventa de dicho inmueble, n.º NÚM004 de su protocolo, identificando al vendedor, que resultó no ser el verdadero D. Máximo, a través de una fotocopia de DNI y una justificación de la denuncia presentada el mismo día 6 de noviembre de 2012, ante la Policía, conforme a la cual el vendedor había extraviado el original del DNI, el día anterior, 5 de noviembre. En la escritura pública consta con respecto a comprador y vendedor que: «Los identifico conforme al art. 23, apartado C. de la Ley del Notariado, por sus reseñados documentos de identidad». En la denuncia policial se hace referencia como documentos expedidos: «DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD, nación España, número NÚM006, expedido a nombre de Máximo, fecha de nacimiento NÚM005 /1952, fecha de expedición 26/02/2007, fecha de caducidad 26/02/2017», datos que corresponden con el DNI original del verdadero D. Máximo. En la fotocopia aportada al otorgamiento de la escritura de compraventa figuraban dichos datos, pero EXPED. 26-07-2007 VAL 25-07-2017.

Alertado por un conocido, titular de una vivienda vecina, de que su piso estaba ocupado, el verdadero dueño del inmueble se enteró de lo sucedido, presentado querrela criminal contra la que había sido su pareja D.ª Milagros, durante más de 10 años, y contra otras dos personas, por falsedad, estafa y usurpación de estado civil, dando lugar a las diligencias previas 1139/2014, del Juzgado de Instrucción n.º 41 de Madrid.

Por auto de 21 de julio de 2015, dictado por el precitado juzgado, se acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones con respecto a los otros dos querellados, continuándose el procedimiento contra D.^a Milagros, manteniendo vigente la orden de averiguación de su paradero.

Presentada demanda en reclamación de responsabilidad civil del notario autorizante, por incumplimiento de su obligación de identificación, se dictó sentencia por un Juzgado de Primera Instancia de Madrid, que estimó parcialmente la demanda, en cuantía de 65.450 euros, de los que 10.000 euros lo fueron en concepto de daños morales.

Interpuesto recurso de apelación, se dictó sentencia, que revocó la sentencia del juzgado absolviendo al demandado. La audiencia razonó, en síntesis, que es cierto que no es habitual que una persona comparezca a otorgar un contrato, ante notario, sin DNI original, sino con una fotocopia del mismo, no obstante el original falso había sido exhibido en la notaría en dos ocasiones anteriores en que compareció el vendedor suplantador y había sido fotocopiado en la notaría, luego no basta afirmar que el notario autorizó la compraventa con una fotocopia. Incluso, se argumenta, de haber acudido ante el notario, con el DNI original falso, este no hubiera podido advertir dicha anomalía.

¿Incurre el notario en responsabilidad civil al autorizar una escritura de venta de una finca si el vendedor está suplantando la personalidad del auténtico propietario y acude al acto solo con una fotocopia de un DNI?

Cuestiones planteadas:

- La responsabilidad civil del notario en el juicio de identidad de los comparecientes.
- Delimitación de los requisitos de esta responsabilidad y su concurrencia en el caso.
- Normativa aplicable y jurisprudencia en esta materia.

Solución

No contamos en nuestro derecho con unas concretas disposiciones legales que regulen la responsabilidad civil de los notarios como profesionales del derecho y titulares de funciones públicas. Sí existen manifestaciones normativas en diferentes textos legales que se refieren a determinados supuestos fuentes de dicha responsabilidad, como por ejemplo los artículos 705 y 715 del CC, 22 de la Ley Hipotecaria o 23 de la Ley Orgánica del Notariado (en adelante, LN). Más concretamente, el artículo 146 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del notariado (en adelante, RN), dispone que:

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

Esta ausencia de un régimen específico, que regule la responsabilidad de los notarios, determina que sean de aplicación las reglas generales de la responsabilidad contractual (art. 1.101 CC) y extracontractual (arts. 1.902 y 1.903 del CC).

Los requisitos para que nazca la obligación del notario de indemnizar los daños y perjuicios irrogados a los otorgantes o a terceros, por actos jurídicamente imputables a su actuación profesional, son los propios de una responsabilidad civil:

- a) Una acción u omisión por parte del notario;
- b) La concurrencia de dolo, culpa o ignorancia inexcusable, en el desempeño de las funciones propias de su cargo, y, entre ellas, las derivadas del ejercicio de la fe pública notarial, que ostenta con independencia y autonomía. El nivel de diligencia exigible no es el propio de un buen padre de familia, de un hombre normal y prudente, sino el correspondiente a una diligencia profesional, en el sentido de especial, cualificada e intensa. En cualquier caso, no nos encontramos ante una manifestación de responsabilidad objetiva, sino que su apreciación requiere la imputación del daño mediante un reproche jurídico culpabilístico;
- c) El daño, como presupuesto ineludible de toda responsabilidad civil; y
- d) El correspondiente nexo causal entre la acción u omisión del notario interviniente y el resultado dañoso producido.

La responsabilidad civil del notario no se construye pues bajo fórmulas de responsabilidad objetiva, que discurren al margen de la concurrencia del elemento subjetivo de la culpa en la génesis del daño. En este sentido, la STS 803/2011, de 9 de marzo de 2012 (NCJ056821), señala que:

El artículo 146 RN establece una norma de imputación subjetiva de la responsabilidad que exige determinar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la actuación de los notarios se desarrolló dentro de los parámetros razonables de la diligencia exigible, teniendo en cuenta el especial grado de diligencia que se impone a los notarios en el ejercicio de sus funciones, dada su alta cualificación profesional, en una sociedad en la que es notorio el incremento de la complejidad y proliferación de las actuaciones jurídicas (STS 5 de febrero de 2000, RC n.º 1425 / 1995) y el grado de previsibilidad que la situación producida presentaba (SSTS 26 de octubre de 2005, RC n.º 889/1999).

De la misma manera, recientemente se expresa la STS 718/2018, de 19 de diciembre (NCJ063899), cuando señala que: «En consecuencia, la responsabilidad civil del notario debe fundarse en las reglas generales de responsabilidad civil, atendiendo a la naturaleza y contenido de la función que tiene encomendada el notario».

Es evidente, por lo tanto, que la responsabilidad civil del notario no surge por el simple hecho de haberse producido un resultado dañoso derivado de la autorización de una escritura pública, sino que solo nace cuando se le pueda imputar jurídicamente el daño causado a consecuencia de la inobservancia de la diligencia que rige su actuación profesional y que le era exigible según las circunstancias del caso. El artículo 1.902 del Código Civil exige la concurrencia de culpa, cuya apreciación requiere una valoración negativa entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento jurídico, al apartarse aquel de los cánones o estándares de pericia y diligencia que era necesario observar, que no son además los genéricos del hombre razonable y prudente, sino los propios del profesional que ostenta la fe pública notarial.

Una de las principales responsabilidades que competen al notario son las derivadas del ejercicio de la fe pública, que tiene y ampara un doble contenido, como señala el artículo 1 de la LN:

- a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos; y
- b) En la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

El artículo 319.1 de la LEC atribuye a la escritura pública la condición de hacer prueba plena de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella. Por su parte, el artículo 1.218 del CC señala que los documentos públicos también harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros. La actividad del notario se justifica plenamente por la creación de un documento, de especial valor en el tráfico jurídico, como es el instrumento público, que redacta –salvo minuta aportada por los comparecientes–, autoriza, conserva y expide copias auténticas del mismo. El notario lleva pues a efecto una trascendente actividad documentadora, que posibilita la certeza y certidumbre que el hombre requiere en sus relaciones jurídicas, interviniendo como un tercero imparcial al que el Estado le atribuye la fe pública.

A través del ejercicio de la fe pública, el notario aporta al sistema la necesaria seguridad jurídica, garantizando la autenticidad de los actos autorizados, desempeñando una importante función de naturaleza preventiva. Comprende, como es natural, la identificación de los comparecientes, toda vez que el instrumento público no puede cumplir sus fines salvo

que acredite quiénes son las personas que conciertan los actos jurídicos documentados. A partir de ese momento, ya no es preciso llevar a efecto sucesivas identificaciones de los intervinientes en el instrumento público, al introducirse en el tráfico jurídico, desplegando su eficacia identificadora.

De ahí la importancia de observar rigurosamente las prevenciones legalmente exigidas, a los efectos de evitar, en la medida de lo posible, puesto que la certeza absoluta no es viable, suplantaciones de personalidad, por los funestos resultados que genera en la seguridad jurídica, con obvias consecuencias perjudiciales para los propios otorgantes y terceros, fácilmente representables y máxime a profesionales cualificados como son los notarios. No es de extrañar entonces que, desde el derecho histórico, se exija a los fedatarios públicos proceder a la identificación de los comparecientes. Encontramos manifestaciones al respecto en el Fuero Real, cuando imponía a los escribanos la prohibición de hacer carta *entre ningunos omes* a menos de conocerlos a ellos o a los testigos. Las Partidas obligaban igualmente a los escribanos a trabajarse de conocer a los hombres a quienes hacían cartas. Y exigencias similares se contenían en la Pragmática de Alcalá de 1503.

El artículo 23 de la LN exige que los notarios den fe, en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran, de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos, dentro de los cuales figura expresamente contemplado, en su apartado c): «la referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas». A nivel reglamentario son varios los preceptos que exigen del notario llevar a efecto el denominado juicio de identidad. De esta manera, como obligación norma el artículo 145 del RN que «la autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes». Como forma de acreditación, el artículo 161 del RN establece que «respecto de españoles la nacionalidad y su identidad se acreditarán por el pasaporte o el documento nacional de identidad», y añade además «en todo caso, el documento utilizado deberá contener fotografía y firma del otorgante». Como requisito del instrumento público, el artículo 156.5.º del RN exige que la comparecencia de toda escritura contendrá «la indicación de los documentos de identificación de los comparecientes a salvo lo dispuesto en el artículo 163, igualmente se deberá hacer constar el número de identificación fiscal cuando así lo disponga la normativa tributaria». Como manera de acreditar la identidad de los comparecientes, el artículo 187 del RN señala que la misma «podrá constar al notario directamente o acreditarse por cualquiera de los medios supletorios previstos en el artículo 23 de la Ley».

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha puesto de relieve, de forma reiterada, que en nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (RDGRN de 2 de octubre de 2003, 26 de marzo de 2004, 5 de junio de 2007, 18 de octubre de 2010, 17 de agosto de 2011 y 21 de marzo de 2016), así como advierte, por todas la RDGRN de 15 de febrero de 2017, la importancia que tiene

que el notario asuma la obligación de proceder diligentemente a la correcta identificación de los otorgantes, en los términos siguientes:

Por el valor que la ley atribuye al instrumento público, es presupuesto básico para la eficacia de este la fijación con absoluta certeza de la identidad de los sujetos que intervienen, de modo que la autoría de las declaraciones contenidas en el instrumento quede establecida de forma auténtica, mediante la individualización de los otorgantes. Por ello, el artículo 23 de la Ley del Notariado, como requisito esencial de validez del instrumento público, impone al notario autorizante la obligación de dar fe de que conoce a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos.

Por consiguiente, el notario debe dar fe de conocimiento o dar fe de la identidad de los otorgantes (arts. 17 bis y 23 LN). Tal requisito del instrumento notarial no consiste en una afirmación absoluta de un hecho, sino en la emisión de un diligente juicio de identidad, consistente en la individualización de los comparecientes en los instrumentos públicos autorizados. Puede llevarse a efecto por conocimiento personal, es lo que se denomina «declaración por ciencia propia»; es decir, cuando el notario hace uso de conocimientos extradocumentales por mor de los cuales tiene la convicción racional de que la persona, que interviene en el documento autorizado, es la que afirma ser. O, también, por el método habitual de la identificación supletoria, mediante documentos u otros medios legalmente establecidos. En definitiva, lo que se pretende es conseguir que las declaraciones que contiene el instrumento queden establecidas de una forma auténtica, garantizando que provienen de las personas que comparecen a presencia notarial.

El juicio notarial de identidad a través de la comparación de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido con las del compareciente, como señala el artículo 23 de la LN, deviene pues fundamental, tanto respecto a los propios comparecientes, que han de ser debidamente individualizados por el notario, como con relación a terceros, que pueden verse perjudicados por la introducción de un instrumento público irregular en el tráfico jurídico, con suplantación de la personalidad y atribución ilegítima de los derechos que dimanen del acto jurídico autorizado. La comprobación de la identidad de los comparecientes a través de sus DNI está expresamente contemplada como un medio supletorio de identificación en el precitado artículo 23 c) de la LN y disposiciones reglamentarias citadas, dado el valor normativo que dicho documento ostenta para acreditarla, como así resulta del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, que establece, en su artículo 1.2, que: «Dicho documento tiene suficiente valor, por sí solo, para acreditar la identidad y los datos personales de su titular que en él se consignen, así como la nacionalidad española del mismo».

Por su parte, el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, norma que señala con respecto al DNI: «Es el único documento

con suficiente valor por sí solo para la acreditación, a todos los efectos, de la identidad y los datos personales de su titular». En el mismo sentido, se expresaba el artículo 9.1 de la derogada Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, vigente al desarrollarse los presentes hechos.

Los notarios son, pues, perfectamente conscientes de la confianza que la sociedad deposita en sus manos, en la función de proceder a la identificación de quienes comparecen para otorgar actos jurídicos, como igualmente lo son de la posibilidad de la suplantación de la personalidad de los otorgantes de los instrumentos públicos que autorizan, así como de la trascendencia y daño que causa la introducción de un documento falso en el tráfico jurídico; de ahí el celo y diligencia reforzada que han de observar en la realización del juicio de identidad, sin que ello suponga la consagración de una suerte de responsabilidad objetiva, haciéndoles responder, en todo caso y más allá de la posibilidad de imputarles jurídicamente el daño causado, cuando una situación anómala de tal carácter se produce. Dicho de otra forma, la responsabilidad del notario es subjetiva, pero bajo las reglas de la diligencia profesional exigida para prevenir tales daños. Pues bien, en el contexto concurrente, debe claramente condenarse al notario, que no obró con la debida diligencia.

En primer término, debemos señalar que es el notario el titular de la fe pública y no el oficial de la notaría, por lo que deviene irrelevante que se hubiera presentado, con la documentación requerida para preparar la escritura de compraventa, el DNI original falso y que fuera escaneado por los empleados del demandado. Cuando el notario debe llevar a efecto la identificación de los comparecientes es precisamente en el momento de procederse al otorgamiento de la compraventa; pues bien, al autorizar dicho acto jurídico, el vendedor carecía del original del DNI, aportando una simple fotocopia, así como una denuncia policial de extravío de tan fundamental documento. Es obvio que la identificación de una persona no se lleva a efecto a través de una fotocopia, que es fácilmente manipulable, sino a través del original del DNI, con lo que el notario debió acudir a los otros medios supletorios que le brindaba el artículo 23 de la LN o negarse a autorizar la escritura, en tanto en cuanto no se aportase un duplicado del DNI obtenido conforme al artículo 8 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre.

Tampoco consta en la redacción de la escritura que la identificación se llevara a efecto por medio de fotocopia del DNI, con denuncia policial de extravío del original, ni por conocimiento previo de la identidad del vendedor por parte del notario como permite el artículo 23 de la LN, sino que, como señala el fedatario autorizante en la escritura litigiosa con referencia a los comparecientes, «los identifiqué conforme al art. 23, apartado C de la Ley del Notariado, por sus reseñados documentos de identidad». Es más, en las concretas circunstancias concurrentes, debió incrementar su celo, y si para ello hubiera comprobado los datos reales del DNI, que figuran en la denuncia de extravío formulada por el suplantador ante la comisaría de policía, con los de la fotocopia del DNI falso aportado, se vería que no coincidían, en cuanto a su fecha de su expedición y vigencia, máxime cuando se presiona al notario con la circunstancia de que el vendedor está ingresado en un hospital y que, al día siguiente, lo van a operar como resulta de la contestación de la demanda.

En el caso enjuiciado en la STS 1172/1998, de 2 de diciembre, el notario autorizante consideró que, al haber identificado previamente a la compareciente por medio de un DNI, días antes de la autorización del documento con suplantación de la personalidad, ya podía hacer constar en este que conocía a la otorgante, sin acudir por lo tanto a los medios supletorios del artículo 23 de la LN, lo que se niega en dicha resolución cuando señala:

Así las cosas, debe ponderarse cuál es el sentido que se ha de dar a la «fe de conocimiento» de «las partes» intervinientes en los documentos notariales, por cuanto que, en el caso, lo que el recurrente sostiene es que la identificación, días antes, de la compareciente falsaria, por medio del documento de identidad, suponía ya que aquella identificación previa se transformaba, para el acto del otorgamiento del documento en conocimiento directo, liberándole de consignar las constancias exigidas, cuando se emplea otro modo de aseguramiento de la identidad, concretamente la identificación mediante el carnet de identidad. Tal interpretación pugna, sin duda, con el recto sentido del precepto, ya que se eludiría el cumplimiento de aquellas constancias con tal modo de identificación informal previa.

Conocer, no significa, en la acepción que se considera, que el notario haya visto una vez a una persona y le haya solicitado su carnet de identidad, sino que, por habitualidad, en el trato (v. gr. cliente de la notaría) u otras razones, notoriedad de la persona, no puede ofrecer a este dudas, según el común de la experiencia, la identidad de esta. Es decir, entraña un «reconocimiento» de la persona lo cual exige un previo conocimiento. Por ello, conforme establece la sentencia de instancia «parece razonable entender que, dadas las circunstancias, el apelado, puesto que no existía el conocimiento personal de la compareciente, hubiese consignado el conocimiento supletorio al que se refiere el artículo 23 c) de la referida Ley del Notariado, respondiendo, por consiguiente, como se establece en el segundo párrafo de dicho apartado, «de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente».

No lo hizo así, y dio fe del conocimiento personal de la compareciente, lo que, con palmaria evidencia, facilitó objetivamente (aún, por supuesto, sin asomo alguno de intencionalidad o dolo civil por parte del apelado) las intenciones delictivas de aquella. En definitiva, el notario no procedió con la diligencia profesional exigible, en términos de normalidad, para garantizar la identidad de la compareciente, previniendo las siempre posibles suplantaciones. La propia Dirección General de los Registros y del Notariado se ve en la obligación de «recordar a este notario la obligación de extremar su celo en la narración documental del medio de identificación utilizado a fin de que la manera en que se ha formado su juicio de identidad quede lo más fiel y correctamente expresado posible».

En el caso contemplado en la STS 75/2000, de 5 de febrero, igualmente el acto jurídico autorizado con suplantación de personalidad se llevó a efecto con base a otro acto jurídico previamente efectuado, con conocimiento arrastrado que era equivocado por falso, señalando al respecto que:

El notario tiene la ineludible obligación de identificar a los otorgantes o de asegurarse de su conocimiento por los medios complementarios legales, y de este modo no se le exime de ponderar y valorar en cada actuación todos los elementos identificadores que puedan tenerse en cuenta, lo que no se compagina con el automatismo y rutina profesional y dar por buena una identificación posterior en base a otra anterior, como aquí ha sucedido, cuando aquella no responde a conocimiento directo y si emplea los medios supletorios lo es bajo su responsabilidad [...]. Con este modo de actuar el fedatario no procedió con la diligencia exigible en términos de normalidad para garantizar la identidad del otorgante y evitar las posibles suplantaciones de personalidad que impone extremar el celo en llevar a cabo cuantas comprobaciones autorizadas sean necesarias y así ha tenido ocasión de declararlo recientemente esta Sala en un caso con coincidencias como el que nos ocupa –Sentencia de 2 de diciembre de 1998–.

En las circunstancias expuestas, se debió demorar la autorización del instrumento público a la aportación de un duplicado, obtenido de la forma indicada en el artículo 8 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, que exige tomar las impresiones dactilares del suplantador para obtenerlo, que sería de esta forma descubierto, quedando además identificado por sus huellas, de manera que lo más probable es que no asumiera dichos riesgos, por lo que, al menos, por el momento, quedaría frustrada su intención criminal. El duplicado del DNI no sería expedido y la trama urdida fracasaría. Existe pues la relación de causalidad exigida.

Pues bien, con base en el conjunto argumental antes expuesto, el notario no actuó con la diligencia debida, al llevar a efecto el juicio de identidad sin haber observado lo dispuesto en el artículo 23 de la LN, por lo que le podemos imputar jurídicamente el resultado dañoso sufrido por la parte demandante, naciendo, en consecuencia, su obligación de resarcimiento del daño causado.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.101, 1.902 y 1.903.
- Ley del Notariado, arts. 1, 17 bis y 23.
- Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, art. 1.2
- Reglamento Notarial, arts. 145, 146, 156.5.º, 161, 163 y 187.
- SSTS 1172/1998, 75/2000, 690/2019 y 692/2019.



Daños causados por vehículo incendiado en garaje de vivienda y cobertura del seguro de hogar o del vehículo responsable

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Ante la situación generada por el incendio accidental de un vehículo que se encuentra estacionado en el garaje particular y que causa daños en el inmueble, es necesario preguntarse si cabe considerarse comprendido en el concepto de circulación de vehículos aunque llevara estacionado más de 24 horas y parado en el momento del incendio. Tal situación no se desvirtúa por el hecho de que se trate de un vehículo que se utiliza como medio de transporte cuando está en movimiento, pero también, en principio, mientras se encuentra estacionado entre dos desplazamientos, y por tanto el estacionamiento del vehículo en un garaje privado constituye una utilización conforme a su función como medio de transporte, y ello aunque el estacionamiento presupone su inmovilización, durante un periodo, en algunos casos prolongado, hasta el siguiente desplazamiento, por lo que la compañía aseguradora del vehículo deberá hacer frente a las reclamaciones que se le hagan por los daños causados por el incendio.

Palabras clave: seguro de daños; cobertura; seguro del hogar; seguro de vehículos.

Fecha de entrada: 10-01-2020 / Fecha de aceptación: 27-01-2020



Enunciado

Una persona conduce su turismo, que tiene menos de un año de antigüedad, a un inmueble sito en una población costera, donde al llegar estaciona el mismo en el garaje privado que posee en la vivienda, donde permanece más de 24 horas, cuando por motivos derivados de un problema eléctrico del circuito, cuyo origen se desconoce, se incendia, afectando a dependencias de la vivienda, siendo la entidad aseguradora de la vivienda la que, en cumplimiento de la póliza suscrita, abona al asegurado una cantidad superior a los 30.000 euros como consecuencia de los daños causados por el incendio que afectó a la vivienda, enseres de la misma, pintura y otros.

La entidad aseguradora reclama a la entidad con la que el propietario del vehículo tenía concertado el seguro obligatorio de uso y circulación del vehículo de motor, oponiéndose la misma por entender que el incendio del vehículo era ajeno a un hecho de la circulación, ya que cuando se incendió se encontraba estacionado en el interior del garaje de la vivienda, considerando que dado que era un coche nuevo tenía que ser un defecto de fabricación.

Cuestiones planteadas:

1. Daños causados por incendio de un vehículo estacionado en el garaje sito en la vivienda de su propietario.
2. Conclusión.

Solución

1. Daños causados por incendio de un vehículo estacionado en el garaje sito en la vivienda de su propietario

La cuestión que se plantea en el caso que se propone tiene como telón de fondo si el estacionamiento de un vehículo en el garaje privado del domicilio donde está cuando se incendia y los daños que causa deben ser satisfechos por la entidad del seguro obligatorio del turismo.

De manera inicial debe indicarse que el riesgo que asegura el seguro obligatorio de vehículos de motor debe ser considerado como un hecho de la circulación, y en el caso el turismo siniestrado llevaba estacionado en el garaje más de 24 horas, por lo que sería necesario que el incendio se produzca en circunstancias que se consideren derivadas del riesgo de la circulación. En este caso parece que se descarta cualquier tipo de incidencia del hecho de la conducción previa sobre el incendio, al encontrarse estacionado en las circunstancias mencionadas.

El STS de 2 de diciembre de 2008 dice que «la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en algunas ocasiones sobre siniestros ocasionados en vehículos parados o estacionados». Así, la Sentencia de 4 de julio de 2002 declaró que no estaba comprendida en el concepto de circulación la muerte de unos jóvenes por inhalación de monóxido de carbono, ocurrida mientras se encontraban en el interior de un vehículo parado en un garaje, porque aunque esta sala no ha exigido que el «coche se mueva», sí que «es preciso que esté en circulación, o derivada o inherente o accesoria, y no cabe que esté en situación ajena, extraña o independiente de la circulación», como ocurría en el presente caso. La Sentencia de 29 noviembre 2007 negó que se tratara de un hecho de la circulación y, por tanto, era correcto no tramitar el procedimiento por el especial correspondiente a esta materia, un siniestro ocurrido mientras se producía la descarga de un camión, porque el fallecimiento del cónyuge de la demandante no tuvo nada que ver con el uso del motor ni con la circulación.

Finalmente, la Sentencia de 10 de octubre de 2000 (rec. núm. 4017/2001 [NCJ048016]) trata de un caso en el que el conductor había dejado estacionado el autocar para pasar la noche en un aparcamiento, encontrándose cubierto de mantas para preservarlo de las heladas, y entendió que no se trataba de un hecho de la circulación. Sin embargo, estas sentencias no pueden ser consideradas como precedentes y no permiten aplicar la doctrina que de ellas se desprende al presente supuesto, por tratarse de un hecho distinto a los hasta aquí descritos, que tienen como común denominador que el vehículo se hallaba definitivamente fuera de la circulación. De todos los materiales estudiados, hasta aquí debe llegarse a una conclusión con respecto a lo que debe entenderse por hecho de la circulación: la regla general consiste en atribuir esta categoría a las situaciones en las que el vehículo se encuentra en movimiento, de modo que cuando está estacionado de forma permanente (caso de la Sentencia de 10 de octubre de 2000), o bien cuando está siendo utilizado de forma distinta a la que resulta el uso natural de un vehículo (casos de las sentencias de 4 de julio de 2002 y 29 de noviembre de 2007), no nos hallamos ante un hecho de la circulación. A esta regla se le debe añadir la que ahora se formula en el caso de que el vehículo se halle aparcado por una parada efectuada durante un trayecto, ya sea por exigencias del propio trayecto, ya sea por exigencias legales, para facilitar el debido descanso del conductor: en estos casos se trata de un hecho de la circulación.

Por otro lado, la STS de 6 de febrero de 2012 (rec. núm. 977/2008 [NCJ056822]) dispone que

resulta razonable concluir que el estacionamiento o aparcamiento de un vehículo merece la consideración de hecho de la circulación, por extenderse esta situación

a cualquiera que derive del uso del vehículo. De esta forma, el riesgo objeto de aseguramiento obligatorio debe comprender, además del ligado a su desplazamiento, también el eventual riesgo que para terceros puede derivar de su incendio, por razón del empleo de sustancias inflamables y de elementos eléctricos para su normal funcionamiento. Esta conclusión se alinea con el criterio seguido mayoritariamente por las audiencias provinciales.

No obstante, en esta sentencia se descartó cualquier incidencia del hecho de la conducción previa sobre el incendio, pues el vehículo se encontraba en un garaje privado desde hacía más de 24 horas, fue arrancado por su propietario para enseñárselo a un vecino, pero sin acción de mover o circular, lo que no es el uso normal denominado comúnmente conducción, ni tampoco está relacionado con el fallo o deficiencia de la instalación eléctrica que origina el incendio.

Ha sido como consecuencia de la STJUE, como queda aclarado, qué se ha de entender por circulación de vehículos a los efectos planteados en el caso propuesto.

La STJUE de 20 de junio de 2019 (asunto n.º C-100/18 (NCJ064104)) resuelve la cuestión cuando establece que

el alcance del concepto de «circulación de vehículos», en el sentido del artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103, no depende de las características del terreno en el que se utilice el vehículo ni, en particular, de la circunstancia de que el vehículo esté inmovilizado en un aparcamiento en el momento de producirse el accidente (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de noviembre de 2018, BTA Baltic Insurance Company, C-648/17, EU:C:2018:917, apartados 37 y 40). En estas circunstancias, ha de considerarse que el estacionamiento y el período de inmovilización del vehículo son estadios naturales y necesarios que forman parte integrante de su utilización como medio de transporte. En consecuencia, un vehículo se utiliza conforme a su función de medio de transporte cuando está en movimiento, pero también, en principio, mientras se encuentra estacionado entre dos desplazamientos. En el caso de autos, procede señalar que el estacionamiento del vehículo en un garaje privado constituye una utilización de este conforme a su función de medio de transporte. El hecho de que el vehículo llevase más de 24 horas estacionado en el garaje no desvirtúa esta conclusión. En efecto, el estacionamiento de un vehículo presupone su inmovilización, en ocasiones durante un período prolongado, hasta el siguiente desplazamiento. Por lo que respecta a la circunstancia de que el siniestro objeto del litigio principal fue resultado de un incendio que se originó en el circuito eléctrico del vehículo, debe considerarse que, puesto que el vehículo causante del siniestro encaja en la definición de «vehículo» recogida en el artículo 1, punto 1, de la Directiva 2009/103, no procede identificar cuál de las piezas del vehículo fue la que provocó el hecho dañoso ni determinar las funciones que esta pieza desempeña. Esta interpretación está en consonancia con el objetivo de proteger a las víctimas de accidentes causados por vehículos automó-

viles, que, como se ha recordado en el apartado 34 de la presente sentencia, ha sido perseguido y reforzado de modo constante por el legislador de la Unión. Por otra parte, procede señalar que del artículo 13 de la Directiva 2009/103 resulta que debe ser reputada sin efecto, en lo que se refiere al recurso de los terceros víctimas de un siniestro, toda disposición legal o cláusula contractual que excluya de la cobertura del seguro los daños causados por la utilización o la conducción de vehículos por personas que no cumplan las obligaciones legales de orden técnico referentes al estado y seguridad del vehículo, lo que corrobora esta interpretación.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de «circulación de vehículos» que figura en esta disposición una situación, como la del litigio principal, en la que un vehículo estacionado en un garaje privado de un inmueble y utilizado conforme a su función de medio de transporte comenzó a arder, provocando un incendio que se originó en el circuito eléctrico del vehículo y causando daños en el inmueble, aun cuando el vehículo llevara más de 24 horas parado en el momento en que se produjo el incendio.

2. Conclusión

En conclusión, la aseguradora de la vivienda podrá reclamar las cantidades satisfechas a su asegurado, como consecuencia de los daños causados en la vivienda derivados del incendio del turismo, a la compañía aseguradora del vehículo de motor, y ello de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE, que ha declarado expresamente que el artículo 3, párrafo primero, de la Directiva 2009/103 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de «circulación de vehículos» que figura en esta disposición una situación, como la que se suscita en el caso, en la que un vehículo estacionado en un garaje privado de un inmueble y utilizado conforme a su función de medio de transporte comenzó a arder, provocando un incendio que se originó en el circuito eléctrico del vehículo y causando daños en el inmueble, aun cuando el vehículo llevara más de 24 horas parado en el momento en que se produjo el incendio.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Directiva 2009/103, de 16 de septiembre de 2009 (Seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos), arts. 1.1, 3 y 13.
- STJUE de 20 de junio de 2019 (asunto n.º C-100/18 [NCJ064104]).
- SSTS de 2 de diciembre de 2008 [rec. núm. 4017/2001 (NCJ048016)], 6 de febrero de 2012 (rec. núm. 977/2008 [NCJ056822]) y 17 de diciembre de 2019 (rec. núm. 1192/2015 [NCJ064436]).



Administración local. Información de grupos municipales. Contrato de obras

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.-*

Extracto

El supuesto gira sobre diversas cuestiones jurídicas planteadas en un ayuntamiento, tales como una solicitud de información instada por un grupo municipal para que se les entregue en papel, y que es denegada ordenando el alcalde que accedan a través de la sede electrónica; la diversidad de formas para adquirir un terreno para la construcción de una biblioteca municipal; y un contrato de obras para aquel fin que incluía la redacción del pliego de cláusulas particulares por el mismo contratista al que se adjudicó el contrato y la necesidad de nuevas obras no previstas en el mismo. Finalmente, se plantea la validez de una ordenanza fiscal no publicada en el Boletín Oficial de la Provincia y sí, por error, en el tablón de anuncios del ayuntamiento.

Palabras clave: Administración local; información de los concejales; contrato administrativo de obras; pliego de cláusulas administrativas; publicación de ordenanza fiscal.

Fecha de entrada: 14-01-2020 / Fecha de aceptación: 28-01-2020

Enunciado

1. Los concejales del grupo municipal de la oposición del ayuntamiento de LLL, de 4.500 habitantes, solicitan copia en papel de determinados expedientes tramitados en el ayuntamiento. El alcalde se niega a dicha entrega y les indica que accedan a ellos a través de la sede electrónica.

Por otra parte, el alcalde plantea al secretario-interventor la duda de si las convocatorias de las sesiones deben ser en formato electrónico o en papel.

2. El Ayuntamiento va a realizar la construcción de un edificio destinado a biblioteca municipal. No dispone de terreno para ello, planteándose las diversas alternativas que tiene para la adquisición del terreno. Adquirido el terreno, es su intención la agilización de los trámites para iniciar la construcción lo más rápidamente posible. El valor estimado del contrato es de 1.030.000 euros (IVA incluido). Es competente el pleno de la corporación, por razón de su cuantía. Una empresa del sector realizó el pliego de cláusulas administrativas particulares. Para la adjudicación de las obras utiliza el procedimiento restringido, invitando a la licitación a la empresa que realizó el pliego de cláusulas administrativas particulares. Durante la ejecución del contrato es preciso realizar nuevas obras no previstas ni en el proyecto ni en el contrato, indispensables para ejecutar la obra tal y como estaba prevista en el proyecto, pues el mismo se refería a un tipo de material que había que utilizar en la construcción y se había estado utilizando otro distinto. El importe de estas obras se eleva a la cantidad de 530.000 euros.

Es de hacer constar que a uno de los licitadores, que no resultó adjudicatario, se le intentó realizar la primera notificación a las 13:00 horas y, al resultar infructuosa, se intentó el mismo día a las 16:01 horas.

Por otra parte, el contratista, en un determinado momento, dirigió solicitud escrita al órgano de contratación, exigiendo el pago de intereses de demora en el pago de certificaciones de obras. Transcurrido tres meses desde dicha solicitud, al no contestar nada la Administración, entendió estimada la misma.

3. Por error, no se publicó texto íntegro de una ordenanza fiscal en el Boletín Oficial de la Provincia, aunque sí en el tablón de anuncios del ayuntamiento.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Se debe entregar copia de los expedientes a los concejales o deben acceder a ellos a través de la sede electrónica? ¿Las convocatorias de las sesiones deben ser en formato electrónico o en papel?
2.
 - a) ¿Es posible invitar a la licitación a la empresa que ha elaborado el pliego técnico?
 - b) ¿Cuáles serían los modos para la adquisición del terreno para hacer la biblioteca municipal?
 - c) ¿Cómo se conseguiría la agilización de los trámites para iniciar lo más rápido posible la construcción del edificio?
 - d) ¿Resulta ajustado a derecho las obras que pretenden llevarse a cabo posteriormente, siendo intención del ayuntamiento que las haga el mismo contratista?
 - e) ¿Es posible realizar la primera notificación al interesado a las 13:00 h y practicar la segunda notificación el mismo día a las 16:01 h?
 - f) ¿Interpretó correctamente el contratista su solicitud de pagos de intereses de demora?
 - g) Indique el órgano competente para la aprobación de la certificación final de las obras y el competente para la aprobación del resto de certificaciones que se van efectuando cada mes, respecto a las obras ejecutadas por el contratista.
3. ¿La ordenanza fiscal podría considerarse nula por ese error en la publicación?

Solución

1. ¿Se debe entregar copia de los expedientes a los concejales o deben acceder a ellos a través de la sede electrónica? ¿Las convocatorias de las sesiones deben ser en formato electrónico o en papel?

La primera cuestión planteada se refiere a la forma de entrega de documentación de los expedientes administrativos a los concejales que la reclamen para el ejercicio de sus funciones. Tal derecho está reconocido en el artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), que dispone que:

Todos los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. La solicitud de ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquel en que se hubiese presentado.

El desarrollo reglamentario de tal derecho se contiene en los artículos 14 a 16 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (BOE de 22 de diciembre), por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Incluso el artículo 15 del Reglamento obliga a los servicios administrativos locales a facilitar la información, sin necesidad de que el miembro de la corporación acredite estar autorizado, entre otros supuestos, «cuando se trate del acceso de cualquier miembro de la Corporación, a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte, así como a las resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal».

Es evidente que el modo de cumplimentar los concejales el derecho al acceso a la documentación que conste en los expedientes administrativos debe ser distinto en el momento de regulación del mismo en la Ley 7/1985 y en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 1986, que en nuestros días, por mor de la introducción de un principio básico que rige no solo la tramitación y desarrollo del procedimiento administrativo, sino la propia participación de terceros en la vida administrativa.

Efectivamente, nos referimos a la electronificación del procedimiento. Proceso iniciado con la Ley 11/2007, de 22 de junio (BOE del 23), de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, y culminado con la reciente entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Esta, en su artículo 70.2, establece que los expedientes administrativos tendrán formato electrónico, y en el artículo 27.3, sobre las copias realizadas por las Administraciones públicas, regula en la letra a) las copias electrónicas de un documento electrónico original o de una copia electrónica auténtica, con o sin cambio de formato, que deberán incluir los metadatos que acrediten su condición de copia y que se visualicen al consultar el documento. Antes, en el artículo 26.1, se señala que «se entiende por documentos públicos administrativos los válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones públicas. Las Administraciones públicas emitirán los documentos administrativos por escrito, a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia».

Por tanto, con base en los preceptos señalados, debemos partir de que los documentos propios del expediente administrativo se contendrán en formato electrónico; por lo que un concejal deberá consultar los mismos a través de la plataforma de gestión documental de la que disponga la corporación, que requiere una identificación a través de atribución de usuario y contraseña. Sobre el uso de tales plataformas, solo existe una referencia en la ley, en

el artículo 75.2 de la Ley 39/2015, que dispone que «las aplicaciones y sistemas de información utilizados para la instrucción de los procedimientos deberán garantizar el control de los tiempos y plazos, la identificación de los órganos responsables y la tramitación ordenada de los expedientes, así como facilitar la simplificación y la publicidad de los procedimientos».

En los expedientes administrativos tramitados de forma electrónica, la firma también electrónica se realiza desde las citadas plataformas de gestión, de modo que el acceso al expediente a través de las referidas plataformas permite visualizar los documentos del expediente, especialmente los informes que sirven de soporte al documento a firmar.

De este modo, un concejal deberá tener acceso a través de la plataforma a la documentación correspondiente a los expedientes que vayan a ser elevados al pleno, bien a través del correspondiente municipal propio de la actuación de que se trate, bien a través del expediente que se haya creado al efecto para la sesión plenaria correspondiente.

Todo lo anterior va necesariamente ligado a la respuesta que se dé a la segunda pregunta, referida a si la notificación de la citación de la convocatoria debe ser realizada en formato papel o por medios electrónicos.

Y es que, si convenimos que los concejales están obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración, tanto la documentación propia de los expedientes que se lleven al pleno, como las notificaciones de las citaciones deben ser facilitadas y realizadas en formato electrónico. Y si mantenemos que no están obligados a relacionarse electrónicamente, ni una ni otras deben ser realizadas de forma electrónica obligatoriamente.

La respuesta nos la ha de ofrecer el artículo 14.2 de la Ley 39/2015, que señala quiénes están obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración, entre ellos «los empleados de las Administraciones públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración». Esta redacción provoca la duda sobre si los concejales son o no empleados públicos.

2.

a) ¿Es posible invitar a la licitación a la empresa que ha elaborado el pliego técnico?

El artículo 70.1 e) de la LCSP señala que:

El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia. Entre

esas medidas podrá llegar a establecerse que las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, puedan ser excluidas de dichas licitaciones, cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

En todo caso, antes de proceder a la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato, deberá dársele audiencia para que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Entre las medidas a las que se refiere el primer párrafo del presente apartado, se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas.

Las medidas adoptadas se consignarán en los informes específicos previstos en el artículo 336.

Parecida norma del derogado TRLCSP de 2011 ha sido interpretada, entre otras, por la [Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 607/2013, de 4 de diciembre de 2013](#). Conforme a la misma se señala que:

Dos son los requisitos para que concurra la condición especial de incompatibilidad: por una parte, la participación de una empresa en la redacción de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato y, por otra, que de tal participación se derive restricción para la concurrencia o trato privilegiado. Como señala la resolución de este Tribunal 139/2012, de 28 de junio: «La redacción del precepto pone de manifiesto que su objeto no es sino prevenir un posible trato privilegiado que derive de la participación en la elaboración de los documentos preparatorios del contrato, y precisamente por ello, dice "pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado", con lo cual se previene del hecho de que la tal participación pueda colocar a alguno de los licitadores en posición de ventaja respecto de los otros por conocer de forma previa o con mayor detalle los pormenores de la prestación. Se trata de evitar una situación que resulta difícilmente compatible con los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia, y ello aún en el caso de que en el órgano de contratación no exista premeditación alguna en cuanto a la determinación de la persona del adjudicatario».

La incompatibilidad no deriva solamente de la participación directa en la redacción de los pliegos que deben regir la licitación, sino que al referirse el artículo 70.1 tanto a los pliegos como a los documentos preparatorios del contrato, debe entenderse incurso en la condición especial de incompatibilidad a todo aquel que participe de forma directa o indirecta en la determinación del contenido de los citados documentos.

Con ello, se trata de garantizar el principio de igualdad de trato que exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables; y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente (véase la [STJUE de 14 de diciembre de 2004, asunto C-210/03](#), en su apartado 70).

El supuesto que nos plantean, la empresa en cuestión ha participado en la elaboración de los pliegos; por lo tanto, se da una de las condiciones previstas en el artículo 70.1 de la LCSP, pues, como hemos visto, la incompatibilidad no deriva solamente de la participación directa en la redacción de los pliegos que deben regir la licitación. Ello no obstante, dicha participación no conlleva sin más la exclusión automática. Será necesario que se cumpla para ello el segundo de los requisitos, es decir, que dicha participación provoque restricciones a la libre concurrencia u otorgue un trato de favor.

Si las otras empresas invitadas a participar en el proceso licitatorio han podido intervenir haciendo aportaciones a los pliegos, aparentemente, no existirá una vulneración de la libre concurrencia.

En definitiva, por el hecho de haber redactado los pliegos se debería excluir de la licitación, salvo que no existan indicios de que tal participación pueda provocar restricciones a la concurrencia o supongan un trato privilegiado.

b) ¿Cuáles serían los modos para la adquisición del terreno para la biblioteca municipal?

En primer lugar, es posible la celebración de un contrato de compraventa de los artículos 1.445 y siguientes del Código Civil. En este caso, en virtud del artículo 9 de la LCSP está excluido de dicha ley.

El artículo 26.2 señala que:

Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus

efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.

Respecto a la jurisdicción competente, el artículo 27 especifica que:

1. Serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las siguientes cuestiones:

- a) Las relativas a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos.
- b) Las que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas.

Adicionalmente, respecto de los contratos referidos en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo 25 de la presente Ley que estén sujetos a regulación armonizada, las impugnaciones de las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

- c) Las referidas a la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales, cuando la impugnación de estas últimas se base en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, cuando se entienda que dicha modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública.
- d) Las relativas a la preparación y adjudicación de los contratos de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.
- e) Los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos administrativos de resolución de los recursos previstos en el artículo 44 de esta Ley, así como en el artículo 321.5.
- f) Las cuestiones que se susciten en relación con la preparación, adjudicación y modificación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley.

2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver:

- a) Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Pú-

blicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior.

- b) De las cuestiones referidas a efectos y extinción de los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.
- c) El conocimiento de las cuestiones litigiosas relativas a la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios, salvo en lo relativo a las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas que, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, se atribuyen a la Administración concedente, y en las que será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En segundo lugar, si no fuera posible lo anterior, previa la aprobación del correspondiente plan de obras por el ayuntamiento, a tenor del artículo 10 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, quedaría implícitamente declarada la utilidad pública o interés social de la expropiación.

Finalmente, sería posible un contrato privado de arrendamiento del terreno con las condiciones que ayuntamiento y propietario acordaran, entre otras cuestiones, la duración del contrato. En este caso, sería aplicable lo visto anteriormente para el contrato de compraventa, respecto a su régimen jurídico y jurisdicción competente.

- c) ¿Cómo se conseguiría la agilización de los trámites para iniciar lo más rápido posible la construcción del edificio?
 - Sería posible, a tenor del artículo 119 de la LCSP, la tramitación urgente del expediente cuando su celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada.

Los expedientes calificados de urgentes se tramitarán siguiendo el mismo procedimiento que los ordinarios, con las siguientes especialidades:

- a) Los expedientes gozarán de preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación, que dispondrán de un plazo de cinco días para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes.
- b) Acordada la apertura del procedimiento de adjudicación, los plazos establecidos en esta ley para la licitación, adjudicación y formalización del contrato se reducirán a la mitad, salvo el plazo de 15 días hábiles establecido

en el párrafo primero del artículo 156.3 como período de espera antes de la formalización del contrato.

- c) El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a 15 días hábiles, contados desde la formalización. Si se excediese este plazo, el contrato podrá ser resuelto, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así se hiciera constar en la correspondiente resolución motivada.
- Hubiera sido posible la utilización del procedimiento negociado con o sin publicidad previsto en los artículos 167 y siguientes de la LCSP.
- d) ¿Resulta ajustado a derecho las obras que pretenden llevarse a cabo posteriormente siendo intención del ayuntamiento que las haga el mismo contratista?

Respecto a que es intención del ayuntamiento que las haga el mismo contratista, podría aplicarse el artículo 171 referido a la utilización del procedimiento negociado en contratos de obras, que señala que además de en los casos previstos en el artículo 168.4.^a e), los contratos de obras podrán adjudicarse por procedimiento negociado en los siguientes supuestos:

- e) En los contratos de obras y de servicios, además, cuando las obras o servicios que constituyan su objeto consistan en la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista mediante alguno de los procedimientos de licitación regulados en esta ley previa publicación del correspondiente anuncio de licitación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial, que el importe de las nuevas obras o servicios se haya tenido en cuenta al calcular el valor estimado del contrato inicial, y que no hayan transcurrido más de tres años a partir de la celebración del contrato inicial. En el proyecto base se mencionarán necesariamente el número de posibles obras o servicios adicionales, así como las condiciones en que serán adjudicados estos.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el Informe 7/90, de 28 de marzo de 1990, en «interpretación del artículo 153 del Reglamento General de Contratación que las Obras accesorias o complementarias no incluidas en el proyecto», entiende que la expresión «precio del contrato» contenida en el artículo 153 del Reglamento General de Contratación del Estado debe interpretarse en el sentido de que comprende no solo el importe del precio de adjudicación del contrato, sino también, en su caso, el de las modificaciones o reformados autorizados y el de aplicación de las cláusulas de revisión de precios y, en consecuencia, que el límite del 20%, para que exista la posibilidad de confiar las obras accesorias o complementarias al adjudicatario de la obra principal, ha de jugar en relación con estos conceptos y no teniendo en cuenta, exclusivamente, el precio de adjudicación.

- e) ¿Es posible realizar la primera notificación al interesado a las 13:00 h y practicar la segunda notificación el mismo día a las 16:01 h?

Lo primero que debemos señalar es que el artículo 51.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas señala que las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibir las por esta vía. En este sentido el artículo 14.2 especifica que, en todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos: a) Las personas jurídicas.

Respecto a la notificación personal mediante entrega de papel, la novedad introducida por la Ley 39/2015 sobre la forma de práctica de las notificaciones en papel viene referida a los requisitos que ha de reunir el segundo intento. Efectivamente, en el artículo 59.2 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se exigía que este se repitiese por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. Y la Ley 39/2015 ha añadido «en caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación» (art. 42.2).

Por tanto, es común en ambas regulaciones que el segundo intento se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes, debiéndose cumplir otros requisitos sobre el segundo intento, que son las novedades ahora introducidas en el artículo 42.2.

El ejemplo concreto de la consulta se refiere a un primer intento realizado antes de las 15:00 horas de un determinado día (13:00), planteando si el segundo se puede realizar después de las 15:00 horas y con el intervalo de 3 horas, a las 16.00, pero en el mismo día.

La solución debemos encontrarla a partir del tenor literal del precepto que dice «dentro de los tres días siguientes». Es decir, parece querer decir que el segundo intento debe realizarse a partir del día siguiente y dentro de un cómputo de tres días.

Ciertamente, la jurisprudencia le ha dedicado mayor tratamiento a la interpretación de la expresión «en una hora distinta», que a la de «dentro de los tres días siguientes». Sirve de ejemplo la STS de 10 de noviembre de 2004:

[...] y de otro, porque esa interpretación la exige en parte la norma, cuando dice, dentro de los tres días y en hora distinta, pues, si al legislador le hubiese dado igual el horario concreto, debía haberse limitado a decir que la segunda notifica-

ción se practicará en el día siguiente o en el otro, y no dice eso, sino que dice, dentro de los tres días en hora distinta, y hora distinta a los efectos de la notificación, no es 9:30 cuando la anterior se había realizado a las 10, aunque ciertamente las nueve y las diez sean horas distintas según el diccionario, pues esas horas distintas, se ha de entender a los efectos de la notificación, las que se practican en distintas franjas horarias, como pueden ser, mañana, tarde, primeras horas de la mañana o de la tarde.

La cuestión que nos ocupa es la siguiente: si el segundo intento se puede realizar el mismo día del primero, respetando con el régimen de la anterior Ley 30/1992 en una hora distinta o, con el nuevo régimen de la Ley 39/2015, en una hora distinta y, además, si el primer intento se realizó antes de las 15:00 horas, el segundo intento deberá realizarse después de las 15:00 horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación.

Sobre ello, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de diciembre de 2012 (núm. 3739/2012 [NFJ049799]) tiene dicho:

A la vista de las consideraciones anteriores, este Tribunal Central concluye que la expresión «dentro de los tres días siguientes» del artículo 59.2 in fine de la Ley 30/1992 implica que para que sea válida la notificación por comparecencia del artículo 112 de la Ley 58/2003 General Tributaria, el segundo de los intentos de notificación personal, caso de ser necesario, debe efectuarse en un día distinto a aquel en el que se ha llevado a cabo el primer intento de notificación, no siendo admisible que los dos intentos tengan lugar el mismo día, habiendo de existir además una diferencia horaria entre ambos de, al menos, 60 minutos.

Esta resolución defiende el criterio de la interpretación literal de la ley: el segundo intento se realizará a partir del día siguiente al del primero y dentro de un plazo de tres días. Con esta interpretación, pues, el segundo intento no podría realizarse el mismo día del primero, aunque se realice en una hora distinta, respetando un intervalo de tres horas y un intento en la franja anterior a las 15:00 horas y otro en la franja posterior.

Sin embargo, una interpretación contraria la encontramos en la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2012 (recurso de casación núm. 6281/2010):

La única actitud de la representación procesal de la parte recurrente es la pura y simple de que las segundas notificaciones se practicaron en el mismo día y no «dentro de los tres días siguientes», lo que las invalidaría para hacer eficaz la posterior notificación edictal, manteniendo así como puro aserto algo plenamente contradictorio con la doctrina legal en que se funda la sentencia recurrida, en el sentido de que lo único exigido por la norma aplicable es que la notificación «guarde una

diferencia de al menos sesenta minutos a la hora en que se practicó la primera», criterio que hemos reiterado en nuestra sentencia de 22 de septiembre de 2011 (recurso de casación núm. 2807/2008 [NFJ044734]), en la que hemos citado entre los defectos calificables como sustanciales con respecto a la forma de practicar las notificaciones edictales el de que no se hubiese producido el segundo intento de notificación transcurrida una hora desde el primero, con cita de la de 28 de octubre de 2004, lo que en definitiva nos lleva a desestimar ambos motivos.

Esta doctrina parte de que el único requisito del segundo intento es que se realice con un intervalo de una hora, en un plazo de tres días y, ahora, con el nuevo régimen de la Ley 39/2015, cumpliendo el requisito señalado de respetar un intervalo de tres horas y un intento en la franja anterior a las 15:00 horas y otro en la franja posterior. Pero sí se admitiría el segundo intento el mismo día.

A pesar de esta contradicción interpretativa, debemos posicionarnos siempre en favor de la literalidad de la norma, sobre todo cuando esta ha sido valorada de nuevo por el legislador al realizar la reforma de 2015 y, siendo consciente o debiendo serlo de la duda y contradicción hermenéutica existente, ha mantenido la misma redacción de la que no cabe duda que quiere decir que, dentro de los tres días siguientes, excluye el mismo día del primer intento.

Por tanto, nos posicionamos con la interpretación de que el segundo intento no se puede realizar el mismo día del primer intento, sino a partir del siguiente y en un plazo de tres días.

f) ¿Interpretó correctamente el contratista su solicitud de pagos de intereses de demora?

La disposición final cuarta de la LCSP señala que:

1. Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias.

2. En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, al ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, cumplimiento o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado esta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver.

- g) Indique el órgano competente para la aprobación de la certificación final de las obras y el competente para la aprobación del resto de certificaciones que se van efectuando cada mes, respecto a las obras ejecutadas por el contratista.

El 198.4 de la LCSP dispone que:

La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210, y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210 y en el apartado 1 del artículo 243, la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio.

En todo caso, si el contratista incumpliera el plazo de treinta días para presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de la correcta presentación de la factura, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono.

Es claro que la certificación final de las obras debe ser aprobada por el órgano de contratación, en este caso el pleno del ayuntamiento, pero nada dice respecto a quién corresponde aprobar el resto de las certificaciones de obras. En este sentido, las certificaciones de obra se vinculan a la ejecución del contrato. En ellas se recoge la obra ejecutada durante cada mes por el contratista.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 7/2000, de 11 abril indica que, una vez expedida la certificación de obras «la secuencia presupuestaria de ejecución del contrato, previo cumplimiento del trámite de fiscalización por la intervención, debe ser aprobada por el órgano de contratación para el reconocimiento y pago de la obligación contraída».

Ello implica que resulte necesario acudir a la legislación presupuestaria de las entidades locales para determinar quién es el órgano competente para reconocer obligaciones. En este sentido, el artículo 185 del Texto Refundido 2/2004, por el que se aprueba la Ley de Haciendas Locales, establece que la competencia para el reconocimiento y liquidación de las obligaciones derivadas de compromisos de gastos legalmente adquiridos corresponde al presidente de la corporación.

Simultáneamente a la aprobación de la certificación de obra o una vez aprobada la misma, tendrá que expedirse por el contratista la correspondiente factura, que coincidirá con el importe de la certificación aprobada, teniendo también el carácter de documento cuenta de la factura total del precio del contrato.

3. ¿La ordenanza fiscal podría considerarse nula por ese error en la publicación?

Frente al procedimiento general regulado en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local para la aprobación de las ordenanzas locales, el artículo 17 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, regula el procedimiento de aprobación de las ordenanzas fiscales.

Dicho artículo 17 exige que los acuerdos provisionales adoptados por las corporaciones locales para el establecimiento, supresión y ordenación de tributos y para la fijación de los elementos necesarios en orden a la determinación de las respectivas cuotas tributarias, así como las aprobaciones y modificaciones de las correspondientes ordenanzas fiscales, se publiquen para exposición al público en el tablón de anuncios de la entidad durante 30 días, como mínimo, dentro de los cuales los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas.

Añade también que «las entidades locales publicarán, en todo caso, los anuncios de exposición en el boletín oficial de la provincia, o, en su caso, en el de la comunidad autónoma uniprovincial».

Y complementa la exigencia del sometimiento a información pública de la ordenanza fiscal para las diputaciones provinciales, los órganos de gobierno de las entidades supramunicipales y los ayuntamientos de población superior a 10.000 habitantes, exigiendo la publicación, además, en un diario de los de mayor difusión de la provincia, o de la comunidad autónoma uniprovincial.

Una vez aprobada definitivamente la ordenanza fiscal o considerado definitivamente adoptado el acuerdo, hasta entonces provisional, sin necesidad de acuerdo plenario para el caso de que no hayan presentado alegaciones, el correspondiente acuerdo y el texto íntegro de las ordenanzas o de sus modificaciones será publicado en el boletín oficial de la

provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, sin que entren en vigor hasta que se haya llevado a cabo dicha publicación.

Repárese que en el trámite de información pública se publica el acuerdo provisional de aprobación de la ordenanza fiscal, mientras que el texto íntegro de la ordenanza se publica junto con el acuerdo de aprobación definitiva o con la elevación a definitivo del acuerdo de aprobación provisional si no constan alegaciones.

En este caso, se indica que no se publicó el texto íntegro de la ordenanza fiscal junto con el acuerdo provisional elevado a definitivo ni en el boletín oficial ni en el propio tablón, pues la publicación en este se realizó antes de alcanzar el acuerdo categoría de definitivo.

En un supuesto de omisión en la elaboración de una disposición general del trámite de audiencia a través de la exposición en el tablón de anuncios de la corporación del acuerdo de aprobación inicial, ha sido considerado por el Tribunal Supremo como motivo de nulidad de pleno derecho:

Ineludible es, por lo tanto, el cumplimiento conjunto de los dos mecanismos previstos en la Ley (la publicación en el Boletín Oficial y la Exposición en el Tablón de Anuncios) para dar conocimiento y audiencia a los interesados, a los efectos vistos, de las modificaciones de Ordenanzas o disposiciones generales que puedan afectarles; hasta el punto de que, si se omite uno de ellos, como aquí ha ocurrido, limitándose así las garantías de los potenciales contribuyentes, tales modificaciones son nulas y, en consecuencia, ineficaces y carentes de habilitación normativa las liquidaciones tributarias que en ellas se basan.

Más recientemente, la STS de 10 de mayo de 2012 (recurso de casación núm. 1424/2008 [NFJ048424]), referida a un supuesto falta de publicación de los acuerdos definitivos adoptados por el plenario municipal, tiene dicho:

De ello se deduce que las Ordenanzas fiscales, tenidas como actos normativos y reglamentarios, nunca fueron tramitadas en forma y publicadas oportunamente, lo que supone su falta de validez y eficacia, la ausencia de efectos jurídicos y su inexigibilidad por no haber llegado a entrar en vigor.

Esta sentencia reproduce jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo con distinta casuística sobre deficiencias en los trámites de exposición al público de los acuerdos de aprobación provisional de ordenanzas fiscales y de las ordenanzas una vez aprobadas definitivamente, predicando respecto de dichas actuaciones la nulidad de pleno derecho.

En conclusión, la deficiente publicación no afectará al procedimiento de aprobación de la ordenanza fiscal, sino a su eficacia, adquiriéndose esta con la completa publicación del texto de la ordenanza en el boletín oficial.



Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 7/1985 (LRBRL), art. 77.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 14, 26, 27, 42, 51, 59, 70 y 75.
- Ley 9/2017 (LCSP), arts. 9, 26, 27, 70, 119, 167, 168, 171, 198 y disposición final cuarta.
- Real Decreto Legislativo 2/2004 (TRLHL), arts. 17 y 49.
- Real Decreto 2568/1986, Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, art. 15.
- STS, Sala 3.^a, de 11 de mayo de 2012.
- Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 11 de diciembre de 2012 y 4 de diciembre de 2013.
- Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 7/1990, de 28 de marzo y 7/2000, de 11 de abril.

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.



Cursos de formación a medida para empresas (in Company)

Nos adaptamos a las necesidades formativas de tu empresa

Planificamos, junto a las empresas (pequeñas, medianas y grandes), formación a medida. Ofrecemos una propuesta global de formación; trabajamos como estrechos colaboradores en tus planes de formación para que puedas obtener siempre la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales, adaptando la formación a tus necesidades de horarios, ubicación geográfica y contenidos.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a principios de año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 4.100

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 67.500

Profesionales formados tanto en la modalidad presencial como online

+ 74.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

La universidad online más cercana



- GRADOS OFICIALES
- MÁSTERES OFICIALES
- TÍTULOS PROPIOS
- DOCTORADO



BOLSA DE TRABAJO ● CLASES ONLINE EN DIRECTO ● MATERIALES INCLUIDOS ● TUTORÍAS TELEFÓNICAS

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.

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 Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno.



TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)