

CEF Legal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 228 | Enero 2020

ISSN: 1699-129X

Aporía del hecho contable

Francisco Javier Sosa Álvarez,
Ana Isabel Segovia San Juan y
Guillermo Velasco Fabra

Sharenting: Intimidad de menores en redes sociales

María Planas Ballvé

Efecto incentivador de la inversión en las subvenciones a las pymes

Francisco A. Aranguren Baena

Comentario de los aspectos constitucionales de la llamada Sentencia del Procés

Juan Manuel Herreros López

CEF.-



**MATRÍCULA
ABIERTA**

MÁSTERES Y CURSOS

MADRID | BARCELONA | VALENCIA | ONLINE

ÁREA JURÍDICA

Compliance | Comunidades de Propietarios y Administración de Fincas | Derecho Bancario | Derecho Digital | Experto en Mediación: Civil y Mercantil | Litigios Familiares y Sucesorios. Aspectos Civiles y Fiscales | Práctica de la Abogacía | Práctica de la Abogacía y Asesoría Jurídico-Laboral | Práctica de la Abogacía y Tributación/Asesoría Fiscal | Práctica Societaria. Derecho de Sociedades Mercantiles | Propiedad Intelectual

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es



Revista CEFLegal

Núm. 228 | Enero 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. Profesor titular de Derecho Administrativo. UPV/EHU y letrado del Tribunal Constitucional

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



© 2019 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

- El hecho contable como aporía jurídica: una reflexión (A propósito de la responsabilidad civil de los administradores y los auditores de las sociedades de capital) 5-36
The accounting fact as a case of legal aporia: some reflections (Regarding the Civil liability of administrators and auditors of capital companies)
Francisco Javier Sosa Álvarez, Ana Isabel Segovia San Juan y Guillermo Velasco Fabra
- Sharenting:** Intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales 37-66
Sharenting: Exposed minors in social networks
María Planas Ballvé
- Derecho a la intimidad: cámaras disuasorias; dimensión objetiva del derecho (Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2019) 67-72
Casto Páramo de Santiago
- Contrato de aprovechamiento por turno. Club de vacaciones (Comentario a la STS de 4 de octubre de 2019) 73-80
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Constitucional-administrativo

- El efecto incentivador de la inversión en las subvenciones a las pymes y su controversial interpretación. El caso de Andalucía 81-114
The incentive effect of investment in subsidies to SMEs and their controversial interpretation. The case of Andalusia
Francisco A. Aranguren Baena

Penal

- Comentario de los aspectos constitucionales de la llamada Sentencia del Proceso 115-134
Commentary on the constitutional aspects of the call Judgment of Proceso
Juan Manuel Herreros López

Casos prácticos

Civil

Régimen de alegación y prueba del derecho extranjero y <i>lex loci delicti commissi</i> Alfonso Ortega Giménez	135-148
Nulidad de cláusula suelo en contrato suscrito por inmobiliaria Adelaida Medrano Aranguren	149-155
El título y el modo en la venta judicial de inmuebles y propiedad horizontal José Ignacio Atienza López	156-162

Administrativo

Administración local. Expropiación forzosa y sesión plenaria municipal Julio Galán Cáceres	163-174
---	---------

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

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

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



El hecho contable como aporía jurídica: una reflexión (A propósito de la responsabilidad civil de los administradores y los auditores de las sociedades de capital)

Francisco Javier Sosa Álvarez

*Profesor de Finanzas y Contabilidad.
CUNEF*

Ana Isabel Segovia San Juan

*Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad.
UNED*

Guillermo Velasco Fabra

*Profesor de Derecho Mercantil.
CUNEF*

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 Rocio 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

Este trabajo supone una oportunidad para llevar a cabo un estudio de carácter multidisciplinar en el que, partiendo del papel cada vez más importante de las empresas, llamamos la atención acerca de su «lenguaje», su «idioma», como campo de atención natural para el jurista. Por ello, este trabajo tiene por objetivo caracterizar la declaración implícita que, por medio de la contabilidad, hace el empresario de los hechos, actos y negocios jurídicos que afectan a la empresa. Esta declaración se configura como un deber jurídico complejo que, sin embargo, no tiene una inmediata correlación con un derecho subjetivo de donde nace la contradicción que da título a este trabajo. Ciertamente, el estudio tiene una necesaria base económica en general y contable en particular, puesto que se necesita comprender que la información económica está sujeta a juicios de valor y estimaciones. Con este enfoque se plantean, pues, las líneas que siguen.

Palabras clave: derecho contable; responsabilidad civil administradores; responsabilidad civil auditores.

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

Cómo citar: Sosa Álvarez, F. J., Segovia San Juan, A. I. y Velasco Fabra, G. (2020). El hecho contable como aporía jurídica: una reflexión (A propósito de la responsabilidad civil de los administradores y los auditores de las sociedades de capital). *Revista CEFLegal*, 228, 5-36.



The accounting fact as a case of legal aporia: some reflections

(Regarding the Civil liability of administrators and auditors of capital companies)

Francisco Javier Sosa Álvarez

Ana Isabel Segovia San Juan

Guillermo Velasco Fabra

Abstract

This study gives us the opportunity to develop a multidisciplinary analysis from the increasingly role of companies thanks to which, we can focus on the legal aspects of its language. Thus, our contribution is aimed to defined the elements related to the implicit declaration made for the entrepreneur about facts, business activities and legal transactions by means of Accounting. This declaration is complex and mandatory. However there is not a correlated subjective right and this controversy is the explanation of the title of this paper. Obviously, our study needs a solid economic base as well as an accounting foundation because it must be understood that accounting information is prepared according to value judgments and accounting estimates. This is the focus that underlay in the next lines.

Keywords: accounting law; civil responsibility of administrators; civil responsibility of auditors.

Citation: Sosa Álvarez, F. J., Segovia San Juan, A. I. y Velasco Fabra, G. (2020). El hecho contable como aporía jurídica: una reflexión (A propósito de la responsabilidad civil de los administradores y los auditores de las sociedades de capital). *Revista CEFLegal*, 228, 5-36.





Sumario

1. Introducción
 - 1.1. Sobre la naturaleza jurídica del hecho contable
 2. La información contable como declaración jurídica
 - 2.1. La verdad contable: aspecto fáctico y normativo. Relación con el contenido declarativo
 - 2.2. Reflexiones sobre la responsabilidad civil de los administradores derivada del deber de contabilidad
 - 2.3. Reflexiones sobre la responsabilidad civil de los auditores de las sociedades de capital
 3. Conclusiones y futuras líneas de investigación
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Algunas películas y novelas de ficción prevén un futuro en el que no existirán países, sino grandes corporaciones. Se trata de una predicción que a nosotros nos produce escalofríos, aunque bien parece como la lógica consecuencia del creciente poder que tienen las empresas en el mundo actual. Así, la fundación Global Justice Now¹ elabora una lista comparando los ingresos anuales de los grupos de empresas más potentes con variables macroeconómicas de los países, para llegar a la conclusión de que la facturación de las 10 mayores empresas supera el producto interior bruto de 180 países, entre los que se encuentran algunas economías importantes como Irlanda, Indonesia, Israel, Colombia o Grecia, por citar solo algunos de los más conocidos. Poner en valor la historia o las tradiciones de los países será una interesante tarea a la que en buena medida se dedicarán los especialistas en los próximos años y solo nos queda, a los no especialistas en los campos de investigación involucrados, desearles el mayor éxito... por el bienestar común. Nuestro propósito, por el contrario, es más limitado, pues partiendo de esta evidencia (la creciente importancia de las empresas) nos proponemos estudiar, desde un punto de vista jurídico, algunos aspectos relacionados con el lenguaje formal que usan para transmitir información.

El Derecho analiza este lenguaje formal por las normas jurídicas que lo regulan y que en la actualidad están comprendidas básicamente en el campo natural del Derecho mercantil, aunque cada vez hay más voces reclamando un lugar propio². Estas normas obligan al empresario a custodiar la documentación general de la empresa, llevar la contabilidad y formular periódicamente las cuentas anuales integradas por el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria (art. 34.1 CCom.), así otros estados complementarios (por ejemplo, el informe de gestión tal y como se exige en el art. 262 TRLSC). A los fines de nuestro trabajo, en estos documentos se concreta una buena parte de la información que se transmite mediante este lenguaje formal al que nos venimos refiriendo. El conjunto configura un deber jurídico-público (Blanco Campaña, 1980, p. 172) complejo (Alonso Espinosa, 2009, p. 24) impuesto a todo empresario, cuyas características revisamos seguidamente.

¹ Disponible en su sitio de internet <www.globaljustice.org.uk>.

² En la propia introducción del Plan General de Contabilidad (PGC, en adelante) se indica: «[...] se incardina en el seno del Derecho Mercantil español un auténtico Derecho contable que ha dotado a la información económico-financiera de un marcado carácter internacional, para lo cual, el Plan General de Contabilidad, de modo similar a lo sucedido en otros países, ha sido un instrumento básico de normalización». Y antes de su aprobación podemos citar a Blanco Campaña y Cubillo Valverde (1993), Fernández Pirla (1986) y Navarro Faure (2007).

Se trata de un deber impuesto por el ordenamiento que evidencia, señalaba la teoría clásica, la existencia de un subordinado o titular pasivo, el empresario, y una contraparte o titular activo que debería tener el poder de exigir. Si nos atenemos a que el fin último reside en el correcto funcionamiento del sistema de economía de mercado, corresponde a una pluralidad de individuos la protección del mismo; pluralidad que abarca desde los protagonistas económicos del mercado hasta los poderes públicos en general. Sin embargo, la titularidad activa no se perfila con nitidez, pues el tercero con interés en la empresa (sea particular o poder público) carece del *derecho* a exigir que los libros obligatorios se lleven, ni material ni formalmente, como exige el artículo 25 del CCom., de forma ordenada, adecuada a la actividad de la empresa y que permita un seguimiento cronológico de sus operaciones.

Por ello, resulta idóneo trazar una fórmula alternativa que pasa por configurar un deber jurídico-público derivado de una norma superior que incide en el comportamiento de los empresarios que, sin embargo, no permite advertir, al menos de forma inmediata, un correlativo derecho subjetivo. Este comportamiento, en cuanto que tiene efectos en terceras personas, debe fundamentarse en las reglas de diligencia y de buena fe.

El carácter complejo proviene de que se trata de un lenguaje formal³ con características léxicas, gramaticales y semánticas propias, que ha sido objeto de investigación desde distintos ámbitos⁴. Además, desde un punto de vista jurídico, su complicación radica en que cada obligación impuesta al titular pasivo es causa de la siguiente por lo que, en el fondo, constituyen un solo deber. Así, la obligación de custodiar la documentación general de la empresa es necesaria para poder justificar la contabilidad de la explotación. Y la contabilidad plasmada en los libros obligatorios que han de llevar los empresarios es la base de los elementos de síntesis que conforman las cuentas anuales.

Por otra parte, los documentos a conservar son de muy diversa naturaleza (contratos, documentos públicos, facturas emitidas y recibidas, facturas rectificativas, albaranes, notas de entrega, justificantes, abonos de nóminas, letras de cambio y pagarés aceptados y entregados, correspondencia, actas de órganos colegiados...) y en formatos muy heterogéneos (papel, soporte telemático o dispositivos físicos o en internet para almacenar datos de forma masiva)⁵, que se deben conservar por un plazo de 6 años a contar desde la fecha del último asiento realizado en los libros (art. 30.1 CCom.).

³ Véase López Pérez y Rodríguez Ariza (2003).

⁴ Para ilustrar la génesis de nuevas normas contables en Estados Unidos, Garnsey y Fisher (2008), plantearon un interesante análisis de los componentes semánticos, sociolingüísticos, estructurales y naturales, propios del lenguaje contable. Pensamos que este análisis resume con claridad su carácter complejo. Más recientemente, y para explicar los componentes del marco conceptual de la contabilidad puede verse, con un enfoque parecido, Gerber, Gerber y Merwe (2014).

⁵ Cfr. Alonso Espinosa (2009, p. 25). Véase también el contenido del artículo 29.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria por su estrecha relación con la estimación directa de la base imponible.

Por lo que respecta al titular pasivo del deber jurídico-público complejo al que nos venimos refiriendo, conviene recordar que el artículo 25.1 del CCom. señala que es el empresario quien debe

llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario.

Mas esta aparente claridad es irreal e históricamente dio lugar a una fuerte controversia acerca de la posible exclusión de las obligaciones contables de los empresarios a los agricultores, los artesanos o los miembros de profesiones liberales o profesionales en sentido estricto. También la discusión acerca de las obligaciones de esta naturaleza en el caso de los navieros que no son comerciantes o cuando se producía una disociación entre empresario en sentido económico y jurídico, y que ocuparon a parte de la doctrina mercantil en su momento⁶. En buena medida, esto no era sino el producto natural de la falta de una definición del concepto de empresario en nuestro CCom., puesto que solo se detallan los sujetos mercantiles y la definición de comerciante que, en la actualidad, no se corresponde con toda la actividad mercantil, sino solo con un sector de la misma⁷. Se trata de un tema cuyo análisis justifica por sí mismo un completo trabajo, aunque no es el objeto principal de nuestro estudio. Por este motivo, permítasenos transcribir los sujetos que hoy están obligados a custodiar la documentación en general y a llevar la contabilidad, y que, siguiendo a Alonso Espinosa (2009, p. 31), pueden quedar en la forma siguiente:

- a) Todo empresario mercantil (ya sea por razón de su forma o de la naturaleza y contenido de su actividad, y con independencia de otros aspectos tales como la importancia de su actividad, su inscripción en el Registro Mercantil, la clase de su giro o tráfico o su nivel de instrucción).
- b) Con motivo de la promulgación de la Ley 16/2007 de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, otros operadores del mercado distintos de los descritos en el apartado anterior y que tiene que ver con el carácter general o generalizado del *Derecho contable* (expresión que marcamos en cursiva porque la utiliza el referido autor). A modo de ejemplo, las fundaciones, asociaciones, uniones temporales de empresas, profesionales titulados y trabajadores

⁶ Por todos, Blanco Campaña (1980, capítulo V).

⁷ Véase la crítica incluida en Domínguez Cabrera (2011).

autónomos no calificables como empresarios mercantiles, las comunidades de bienes, las sociedades civiles, las sociedades agrarias de transformación, etc.

- c) Los grupos de sociedades, aunque en este caso hemos de advertir que las obligaciones contables recaen en la sociedad dominante o matriz del grupo (véase RD 1159/2010 por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas con las modificaciones del RD 602/2016, de 2 de diciembre).

Si lo que acabamos de escribir explica la situación actual, la propuesta de Código Mercantil (disponible en el sitio de internet del Ministerio de Justicia)⁸ se refiere al planteamiento previblemente a seguir en el futuro próximo, que tratará de superar los problemas derivados de una definición dual de la figura de empresario abandonando una concepción caduca que no seguía ni la jurisprudencia ni la doctrina⁹ para dar entrada a «las personas incluidas en su ámbito» y a «las actividades desarrolladas en el mercado» (art. 001-1 de la Propuesta de Código).

En el caso de las personas jurídicas, la responsabilidad de cumplir con la llevanza de la contabilidad y de formular unas cuentas anuales veraces recae sobre los socios ilimitadamente responsables de las deudas sociales o sobre todos sus administradores, sean o no socios de la empresa¹⁰, de acuerdo con la redacción del artículo 37 del CCom. modificado por la Ley 16/2007. Es más, en su intento de subrayar la responsabilidad de estas últimas personas, el legislador ha previsto la posibilidad de que alguno de los obligados no firme las cuentas anuales, pero exige indicar en qué documentos falta y la mención expresa de la causa por la que no lo hace.

La complejidad antes aludida del lenguaje formal contable lleva a que el obligado al deber de llevar la contabilidad habitualmente encomiende (aunque no delegue) esta tarea en su orden material a terceros relacionados por contratos de trabajo o de obra o servicios, frente a los que se entiende concedida una autorización, salvo prueba en contrario (art. 25.2 CCom redactado conforme a la Ley 19/1989). Se trata de una presunción *juris tantum* que no altera el sustrato de la responsabilidad del titular de la empresa, socio o administrador, aunque permite, en su caso, que estos últimos puedan exigir la reparación en el orden civil si la actuación de los encargados del trabajo les ha producido perjuicios¹¹.

⁸ <http://nuevocodigomercantil.es/pdf/Propuesta_codigo_mercantil.pdf> (último acceso 27 de diciembre de 2018).

⁹ En palabras, que compartimos, de Olivencia (2013, p. 17). Para mayor detalle puede verse el apartado 3 del trabajo citado. En sentido crítico puede consultarse Tena (2013).

¹⁰ Véase Alonso Espinosa (2009, p. 32).

¹¹ Esto es, los terceros distintos de los administradores o los socios que respondan ilimitadamente por las deudas sociales normalmente no pueden exigir responsabilidad a estos técnicos salvo los supuestos en los que resulte de aplicación la responsabilidad extracontractual o la penal o civil derivada de la coautoría o la cooperación necesaria para cometer un delito de los tipificados (véanse arts. 27 y ss. y el cap. XIII. *De los delitos societarios*, CP).

Antes de abordar la caracterización del *hecho contable* pensamos que procede retomar el fin último de la contabilidad en general, y de la llevanza de la contabilidad por el sujeto obligado en particular, y que no es otro que el correcto funcionamiento de la economía de mercado, pues de esta forma identificamos el bien jurídico protegido. Su análisis ha sido realizado desde distintos puntos de vista¹², que pueden ser resumidos, siguiendo a Ríos Corbacho (2005, p. 63), en dos corrientes:

De una parte, se podría entender que el bien jurídico protegido es el derecho de los terceros a disponer de una información completa y veraz sobre la situación económica y financiera de la empresa¹³. Esta tesis plantea no pocos problemas. Así, por ejemplo, pudiera producirse una confusión entre el bien jurídico protegido y la *ratio legis* de las normas¹⁴. Además, la información completa y veraz exige mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, que va más allá de una mera exactitud matemática, pues tiene que ver con la aplicación sistemática de un conjunto de normas. Aunque es la base de nuestro argumento, y por ello le dedicaremos más atención en el siguiente epígrafe, permítasenos anticipar que esa aplicación está sujeta a juicios de valor que exigen subrayar el fondo económico de la transacción a registrar por encima de su forma jurídica¹⁵. Además, su representación atiende a la propia importancia relativa que requiere un análisis individualizado, por lo que un error en la contabilización de un gasto de 20.000 euros puede ser importante en una empresa y sin relevancia en otra.

Por ello, pensamos que es más acertada la corriente que pone el énfasis no tanto en la información a los socios, sino en la *funcionalidad del documento en las relaciones jurídicas*, en palabras de Martínez-Buján Pérez (1999, pp. 202-203)¹⁶, con el ánimo de proteger un solo bien jurídico: el patrimonio de los socios¹⁷. Para ello, no nos cabe la menor duda, la mejor

¹² Por ejemplo, en Zúñiga Rodríguez y Foffani (2000) y en Sequeros Sazatornil y Dolz Lago (2017), se insiste en la idea de la pluriofensividad, por cuanto se trata de proteger tanto el derecho de la sociedad a obtener una información veraz y completa como el de los terceros que adoptan decisiones sobre esta información. Otro enfoque trata de enfatizar la protección de la fe pública implícita en la funcionalidad de las cuentas anuales (véase Ferré Olivé, 1999), y en viva oposición a este planteamiento Fernández Teruelo (2002).

¹³ Por todos, Del Rosal Blasco (1996, p. 1.444).

¹⁴ En este sentido, Fernández Teruelo (2002).

¹⁵ El trabajo de Martín López (2013), aunque aplicado al ámbito del Derecho tributario, contiene reflexiones válidas para nuestro trabajo que permiten entender mejor las implicaciones jurídicas y económicas de esta doctrina.

¹⁶ En la misma línea, entre otros, Faraldo Cabana (2015), Muñoz Conde (2017) y Fernández Teruelo (2002).

¹⁷ Véase, en este sentido, el propio artículo 290 del CP cuando se refiere al falseamiento de la información de forma idónea para causar un perjuicio económico a la sociedad, a alguno de sus socios, o a un tercero. Incluso el artículo 291 del CP, cuando hace extensiva la comisión del delito a los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieron acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma. Así, por ejemplo, la aprobación de unas cuentas anuales

forma de salvaguardarlo es contar con información completa y veraz, como dice la norma, para valorar la gestión de los administradores y para que los terceros distintos de los socios puedan adoptar decisiones óptimas en su relación con la entidad que informa. Así, tiene todo el sentido que con la aprobación del CP de 1995, el delito de falsedad extendiera su objeto material no solo al balance, como ocurría hasta entonces, sino a las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica y económica de la empresa. Este conjunto informativo tiene su raíz material en la documentación relativa al negocio y su génesis formal en su *traducción* a lenguaje contable, lo que nos lleva al objeto material del denominado Derecho contable, que no es otro que el *hecho contable* al que nos dedicamos seguidamente.

1.1. Sobre la naturaleza jurídica del hecho contable

Definimos el hecho contable, siguiendo a Fernández Pirla (1986, p. 28), como la «versión interpretada, homogénea y calificada de una realidad económica o socioeconómica».

Pensamos que una sucinta aclaración de estos términos puede ser de utilidad. Así, entendemos que es una *versión* por cuanto no existe relación de identidad entre el hecho contable y la heterogénea documentación a que antes nos hemos referido y que constituye su fundamento. La relación entre esta última y el hecho contable requiere la *interpretación* acerca de la norma que resulta de aplicación al supuesto de hecho desencadenante¹⁸ y que revisamos a continuación. Es *homogénea* cuando se valoran en una unidad común los elementos que se integran en la entidad y que tienen naturaleza heterogénea. Al ofrecer información en términos monetarios se homogeneiza lo que de otra forma no permitiría las más elementales operaciones de sumar para conocer los bienes controlados por la empresa, o restar los activos de los pasivos para determinar su patrimonio neto o calcular el excedente obtenido en un periodo restando los gastos de los ingresos. Se trata de una versión *calificada*, puesto que el hecho contable exige apreciar aspectos cualitativos (por ejemplo, el equilibrio entre el coste de ofrecer información y los beneficios derivados de la misma o los gastos que son necesarios para generar los ingresos del periodo). Finalmente, la referencia a la *realidad económica o socioeconómica* tiene que ver con el suceso desencadenante del *hecho contable* que puede

que no reflejan la imagen fiel del patrimonio, situación financiera o resultados de la sociedad, amparándose en una mayoría beneficiada por la aprobación. Véase, en este sentido, Segovia San Juan (2001).

¹⁸ En concreto, dice Fernández Pirla (1986, p. 28):

Toda interpretación, como sabemos, tiene factores subjetivos, o dicho en otros términos, la interpretación es necesariamente relativa. La relatividad en la interpretación de los hechos económicos puede agrandarse –y con frecuencia así sucede– por la incertidumbre que les afecta. Una de las grandes tareas del técnico contable contemporáneo, producto a su vez de la investigación científica, es reducir el grado de incertidumbre y objetivizar el proceso de interpretación de la realidad económica, y así ha nacido la doctrina de los llamados principios de contabilidad generalmente aceptados, como fundamento y base para la captación contable de la realidad económica.

ser de muy diversa naturaleza y adquirir la forma de un «hecho jurídico» cuando es producto de causas naturales (por ejemplo, una inundación que afecta a bienes de la empresa), un «acto jurídico» cuando media la voluntad de la entidad (por ejemplo, la propuesta de distribución de los beneficios obtenidos por la compañía) o un «negocio jurídico» en el supuesto de que se trate de una declaración de voluntades amparada por el ordenamiento (por ejemplo, la perfección de un contrato de arrendamiento por la sociedad).

En ocasiones, como ya indicábamos en Sosa Álvarez y Segovia San Juan (2018), este hecho contable adopta la forma de asiento o anotación en el libro diario, donde se recogen cronológicamente ordenados. El método habitualmente seguido para su traslación como registro contable es el de la partida doble¹⁹, que se basa en analizar cada operación que afecta al patrimonio empresarial desde una doble óptica: su causa y su consecuencia, su origen y su destino o aplicación. No hemos encontrado ninguna norma que exija la aplicación de este método por lo que, al menos teóricamente, se podría utilizar el método de partida simple que, como es lógico pensar, pasa por estudiar cada transacción desde un solo punto de vista. A modo de ejemplo, el extracto del saldo de una cuenta bancaria es ilustrativo de una información por partida simple, pues la entidad de crédito informa de los cobros y pagos producidos en una cuenta, así como de la liquidez que queda. Puede ocurrir que una información tan pobre como la que se obtendría por aplicar el método de partida simple no cumpliera el objetivo de llevar una contabilidad que permitiera elaborar el balance, que, implícitamente, se apoya en la metodología de la partida doble, al diferenciar el activo, la estructura económica o las inversiones, de un lado, y el patrimonio neto y el pasivo, la estructura financiera o las fuentes de financiación, de otro. Pensamos que tampoco habría ningún obstáculo en mejorar la información a través de una contabilidad por partida triple (descomponer cada hecho económico desde tres puntos de vista), cuádruple e, incluso, múltiple (Arriaga Gómez, Cuadrado Ebrero y Sosa Álvarez, 1998), aunque estas opciones son en la actualidad meros ensayos teóricos.

El método de la partida doble para registrar cada transacción se apoya en la cuenta como instrumento de representación y medida²⁰ de cada uno de los elementos del patrimonio, así como en un convenio o acuerdo para anotar sus variaciones. Su aplicación mecánica configura la denominada «teneduría de libros»²¹. Ahora bien, cuando nos referimos a la contabilidad como

¹⁹ Este método daba como consecuencia, en palabras de Sáez Torrecilla (1991, pp. 29 y ss.), el mantenimiento de la ecuación fundamental a lo largo de toda la vida de la empresa, según la cual, el activo era igual al pasivo más el neto patrimonial.

²⁰ Por todos, Rivero Romero (2001, cap. III).

²¹ Por su interés reproducimos a continuación lo escrito por Urías Valiente (2006, p. 17) en la presentación de su obra:

La Contabilidad, como disciplina que tiene como misión principal suministrar información económico-financiera relevante, es decir, útil para los usuarios de la misma, aborda fundamentalmente dos problemas: uno, la medición del valor por el que han de convertirse en unidades monetarias las diferentes transacciones que afectan al ente sujeto de la contabilidad [...] y otro,

lenguaje formal, que es el enfoque adoptado en este trabajo, estamos pensando en un sistema de información complejo que se adentra en problemas valorativos condicionados por juicios de valor y que sirve de base para desarrollar toda una moderna investigación empírica contable basada en comportamientos, ya del usuario de la información, ya de los propios mercados²².

No queremos terminar este apartado sin reclamar que el hecho contable tiene otras manifestaciones distintas del asiento contable. Así, el hecho contable puede adoptar la forma de una descripción contable por incluirse en la información periódica que formulan las empresas, como ocurre, por ejemplo, con la información sobre hechos posteriores al cierre del ejercicio que se incluye en la memoria, o los avales prestados, de los que también se facilitan datos en la memoria o la información sobre los riesgos empresariales que se incluye en el informe de gestión, y que no generan un asiento contable propiamente dicho. La valoración del impacto económico y financiero de esos hechos posteriores al cierre, la probabilidad de hacer frente a los compromisos de esos avales o la identificación y valoración de los riesgos empresariales no hace más que subrayar el papel de las estimaciones a que antes nos hemos referido.

Además, el hecho contable puede tener la forma de una combinación de ambos: asiento y descripción contable. Pensemos en el caso que se produce cuando se adquieren acciones propias o se lleva a cabo un programa de desarrollo que precisa realizar una anotación contable en el libro diario y además exige una descripción en el informe de gestión. Otro ejemplo podrían ser las operaciones con partes vinculadas que se registran por medio de un asiento contable, debiendo añadir descripciones complementarias en la memoria.

2. La información contable como declaración jurídica

Acabamos de revisar las distintas manifestaciones del hecho contable, que son el medio para exteriorizar una información que consta o debe constar a la entidad que informa. Desde el punto de vista del Derecho, estas declaraciones se podían clasificar dentro de las denominadas de «conocimiento, ciencia o verdad» o entre las declaraciones llamadas de «voluntad». Tradicionalmente, la doctrina entendía que la diferencia entre ambas residía en el contenido intrínseco de la manifestación, mas en los momentos actuales se tiende a discutir la finalidad y efectos jurídicos que puedan producir. De acuerdo con este último planteamiento, estaremos ante una declaración de ciencia o verdad cuando proporciona al destinatario la

la asignación de los resultados obtenidos en la gestión a los diferentes periodos de tiempo en los que se divide la actividad económica. Para llevar a cabo esta función, la Contabilidad dispone de un aparato formal de técnica de registro de esa información –Teneduría de libros– y de un aparato conceptual que configura las reglas por las que se rigen los diferentes sistemas de registro –*Contabilidad en sentido estricto*– [resaltado del propio autor].

²² Cfr. Mattessich (1992, p. 10).

constatación de un hecho determinado, con independencia de los resultados o productos que de esta declaración pudieran producirse. Por el contrario, la declaración de voluntad no solo exterioriza el pensamiento del declarante, sino que se expresa con el objetivo de producir intencionadamente efectos jurídicos vinculantes en el receptor de la declaración.

En el ámbito concreto de la información contable, se trata de un tema no pacífico, encontrando quienes entienden que se trata de una declaración de conocimiento o verdad²³ frente a quienes consideran que es una declaración de voluntad (Marina García-Tuñón, 2008). La cuestión no es baladí, pues late con fuerza en el fondo el problema de la responsabilidad derivada de tal manifestación.

Bien pensamos que antes de abordar esta cuestión, por sus implicaciones, debemos tratar el objeto de la declaración, que no es otro que la verdad contable.

2.1. La verdad contable: aspecto fáctico y normativo. Relación con el contenido declarativo

La diferencia entre la verdad jurídica (*lo que dicen las normas*)²⁴ y la verdad fáctica (*lo que de hecho sucede*)²⁵ adquiere matices sumamente interesantes en nuestro objeto de estudio.

Y esto es así porque, en el ámbito del Derecho contable, desentrañar lo mandado por una norma contable exige conocer su finalidad que, entendemos, no es otra que representar verazmente la realidad a través del hecho contable. Queda así la transacción, entendida como el suceso que afecta a la entidad, como verdad fáctica, y su versión interpretada, homogénea y calificada conforme a las reglas jurídicas como su verdad jurídica.

²³ Alonso Espinosa (2009, p. 37) y Vicent Chuliá (2002, p. 189), quien además destaca las siguientes implicaciones de esta calificación:

1. Es eficaz con independencia de la voluntad y capacidad del declarante.
2. No se revoca, sino que se rectifica libremente si se cometió error en su registro.
3. No prueba, por sí sola, actos jurídicos.
4. No permite, por su sola base, la adquisición de derechos por terceros de buena fe (ni aún con su inscripción registral).
5. El hecho de que recoja deudas no la constituye en reconocimiento de deuda que impida la prescripción del derecho a su cobro.

²⁴ El estudio de la evolución de la verdad jurídica es un tema sumamente atractivo que, no obstante, debemos dejar de lado, porque pensamos que puede distraer el recorrido abordado. En todo caso, un ciclo de conferencias dictadas por Foucault en 1973, y luego publicadas en Foucault (1980), puede ser de gran ayuda para ilustrar este tema. El análisis de la evolución de la verdad en contabilidad conectada a la transición filosófica de la verdad propiamente dicha puede verse en Franco Ruiz (2014).

²⁵ Véase el interesante análisis acerca de la diferencia entre normatividad y factibilidad propuesto por Ferratoli (2011, pp. 10 y ss.).

Bien nos parece que la finalidad de la contabilidad debería ser ofrecer información útil para la adopción de decisiones, y a ello se debe orientar la verdad contable. El problema es que el grupo de destinatarios que fundamentan, en buena medida, sus decisiones en la información contable es tan numeroso y dispar que solo en aspectos mínimos pueden presentar puntos de convergencia. Se trata de una hipótesis que nos gustaría contrastar en el futuro de forma empírica por sus implicaciones jurídicas en los conceptos ahora abordados.

A modo de ejemplo, se podría partir del proceso decisional de un inversor a corto plazo que debería estar interesado en una información contable que le permitiera conocer la rentabilidad y la tesorería que genera el negocio a corto plazo y, probablemente (esto es lo que deseamos investigar en el futuro), el valor de liquidación de los activos y los pasivos de la compañía.

Por su parte, un inversor a largo plazo necesitará información para conocer la solvencia y la rentabilidad de la empresa en este horizonte. Es probable que esta última no tanto a partir de la información que facilita la cuenta de pérdidas y ganancias, sino por el resultado global del que se informa en el estado de cambios en el patrimonio neto. A buen seguro tendrá interés en conocer el importe recuperable de los activos, así como la valoración de las deudas por su coste amortizado (calculado de conformidad con lo previsto por el PGC).

Para un acreedor a corto plazo será fundamental conocer el flujo de efectivo que queda para atender la amortización de la deuda, así como los costes financieros. También estará interesado en el nivel de endeudamiento de la empresa a corto plazo y los activos corrientes con los que cuenta, valorados con el criterio más conservador.

La simplicidad de las situaciones propuestas creemos que no impide concluir de forma clara que una información contable realmente útil para un inversor a corto plazo no puede cubrir las necesidades de un inversor a largo plazo y, mucho menos, las de un acreedor a corto o largo plazo, las del Estado (por temas fiscales y por cuestiones de política económica), la que precisan los trabajadores, etc. La verdad contable, por acomodarlo a nuestro trabajo, es poliédrica; desde un punto de vista analítico cada grupo de usuarios de la información contable necesitará datos diferentes para alimentar diferentes funciones de utilidad.

Sin embargo, la verdad jurídica debe ser única, probablemente por imperativo del tráfico mercantil y por cuestiones de seguridad jurídica. A nivel internacional, y abusando²⁶ del equilibrio que debe existir entre el coste de suministrar la información contable y los beneficios derivados de la misma, se seleccionaron los datos requeridos por los inversores (por encima de todos los demás) como los que marcan el proceso informativo²⁷. Por su parte, el Derecho contable es-

²⁶ Véase, entre otros, la crítica enunciada en su momento por Sterling (1988).

²⁷ A modo de ejemplo, [la norma internacional de contabilidad](#) aprobada por el International Accounting Standard Board, y que trata el marco conceptual para la contabilidad financiera, esto es, sus elementos fundamentales, señala en su párrafo 10: «Las informaciones contenidas en los estados financieros que

pañol, con su vocación de orientación hacia estos estándares internacionales, asume, siquiera sea de forma implícita, la selección hecha. Vemos en conclusión que entre las múltiples verdades contables se elige una que se representa de forma relativamente eficaz por la normativa integradora del Derecho contable y que constituye el marco de referencia de la verdad jurídica.

Convenimos con Sosa Álvarez y Segovia San Juan (2018) que el hecho contable tiene más puntos en común con las declaraciones de ciencia (verdad o conocimiento) que con las declaraciones de voluntad, pues su eficacia jurídica no se produce *ex voluntate*. Su peculiaridad proviene de que es una declaración derivada de un mandato legal que lleva a que los datos contables, en forma de hechos contables, y sus justificantes no sean producto de la voluntad del empresario, sino que existen con independencia de ella. Pero debe recordarse que la interpretación de la realidad que subyace en el hecho contable es una, la que elige el legislador, como podría ser otra si los criterios seleccionados hubieran sido distintos.

2.2. Reflexiones sobre la responsabilidad civil de los administradores derivada del deber de contabilidad

El recorrido realizado hasta ahora nos sitúa en el hecho contable como una verdad fáctica que es interpretada conforme unas reglas que consideran la utilidad de la información para unos destinatarios concretos, los inversores en general, y más próxima a la declaración de ciencia o verdad en el sentido de proporcionar a (todos) los potenciales destinatarios de esa manifestación la constatación de un hecho determinado, con independencia de los resultados o productos que de esta declaración pudieran producirse. Esta declaración, por aquí comenzábamos, se configura como un deber jurídico-público complejo impuesto a todo empresario. El interés de su estudio reside en el espectacular aumento en los últimos años de procesos judiciales (Ruano Mochales, 2017) en los que se ha acreditado el incumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad tal y como acabamos de describirlo, abriendo la posible responsabilidad²⁸ de los administradores y de los auditores a la que luego vamos a aludir.

Convenimos con Parra Lucán (2014) que se observa el hecho paradójico de que cada vez hay un mayor esfuerzo doctrinal y jurisprudencial por construir una responsabilidad directa de la

cubran sus necesidades [las de los inversores], cubrirán también muchas de las necesidades que otros usuarios esperan satisfacer en tales estados financieros». No queda claro el criterio seguido para su elección, ni siquiera la justificación final que acabamos de transcribir, aunque el análisis realizado en las páginas anteriores evidencia, bien a las claras, que este objetivo (cubrir con una sola información las necesidades de un amplio abanico de usuarios) no parece posible de cumplir. Esta norma internacional de contabilidad está disponible en <<http://www.icac.meh.es>> (último acceso 27 de diciembre de 2018).

²⁸ De forma muy gráfica, aunque, en nuestra opinión, algo exagerada, Ocaña Rodríguez (2013) reproduce unas palabras de Martínez-Calcerrada y Gómez, magistrado del Tribunal Supremo y ponente habitual en sentencias de responsabilidad de administradores, quien dice que «en el Derecho positivo, lo que no es responsabilidad, es mera estética jurídica».

persona jurídica en los casos en los que el daño se produce dentro del ejercicio de su actividad, y de forma simultánea la creciente necesidad por establecer responsabilidades de los miembros de sus órganos de administración y que hayan sido causantes de los daños. Por ello concluye:

El problema que se plantea es que, precisamente, una vez afirmada la responsabilidad directa de la persona jurídica por la actuación de sus órganos, hay que determinar los criterios con arreglo a los cuales puede sostenerse la responsabilidad de las personas físicas.

En orden a su exposición, parece que el primer aspecto que hay que analizar, siguiendo a Marín de la Bárcena (2014), es si el mero incumplimiento de los deberes de ordenada llevanza de la contabilidad o el incumplimiento de los deberes de correcta formulación, presentación y publicación de las cuentas anuales puede generar responsabilidad externa, es decir, frente a terceros, o solo responsabilidad interna por daños al patrimonio social, esto es, frente a la sociedad. A tenor de lo dispuesto en el artículo 236 del TRLSC²⁹ (con la redacción conforme la Ley 31/2014), la conclusión parece hoy más clara aunque no siempre lo ha sido. De hecho, hasta que no triunfó la tesis organicista en torno a las personas jurídicas a mediados del siglo XX, los administradores eran concebidos como mandatarios de la sociedad³⁰ y solo respondían frente a ella «por el buen desempeño de las funciones a su cargo» (Font Galán 2005, pp. 71 y ss.).

²⁹ «1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

3. La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

4. Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella.

5. La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador».

³⁰ De conformidad con el Código de Comercio de 1829, los administradores eran mandatarios y, por ello, no eran «responsables personalmente sino del buen desempeño de las funciones que según estos mis-

Como bien señala Ocaña Rodríguez (2013), el cambio fue muy importante puesto que la responsabilidad de los administradores no tiene buen encaje dentro del mandato³¹. Y es posible que, por esta causa, aún hoy exista un amplio sector doctrinal que concluye que los terceros no pueden exigir responsabilidad por la infracción de este tipo de deberes, puesto que se prestan únicamente frente a la sociedad, de tal forma que el incumplimiento solo puede generar responsabilidad interna exigible por los daños al patrimonio social. Entienden que lo dispuesto en el artículo 236 del TRLSC antes transcrito se relaciona con la denominada responsabilidad por injerencia³², de forma que, opina este sector de la doctrina, se trataría de una mera norma de remisión al derecho de la responsabilidad civil (contractual o extracontractual), y no una verdadera acción societaria que permita a esos terceros exigir responsabilidad a los administradores.

Por el contrario, la tesis mayoritaria es que la infracción de los deberes propios del cargo de administrador puede generar responsabilidad frente a terceros. Convenimos con Marín de la Bárcena (2014) que

los administradores no solo responden frente a terceros cuando causan inmediatamente un daño como consecuencia de un actuar precedente generador de riesgos (responsabilidad por injerencia), sino también cuando incumplen el deber de velar porque la sociedad cumpla con sus deberes de protección frente a terceros (responsabilidad por asunción).

También hay cierto consenso en que no es posible un tratamiento uniforme al problema de la responsabilidad civil de los administradores, puesto que no siempre tienen la misma condición jurídica ni las mismas competencias³³.

mos reglamentos están a su cargo» (cf. art. 276). Esta línea se mantiene en la primera redacción del CCom. de 1885 pero cambia con la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, que ya da entrada a la acción social y a la individual, aunque matizada para no hacer peligrar, decía textualmente la exposición de motivos, «la pureza administrativa que es norma y blasón de la gran mayoría de las empresas españolas».

³¹ En concreto señala:

Si un mandatario causa al tercero algún tipo de daño, sea porque ha existido extralimitación, sea porque haya incurrido en *culpa in contrahendo* o en ilicitud extracontractual, no parece «en principio» que tal daño pueda ser imputado de modo directo al mandante ni que este tenga en consecuencia derecho de repetición contra el mandatario.

³² Véase Marín de la Bárcena (2014).

³³ Es interesante el problema de los administradores de las sociedades civiles, pues nada impide que los socios designen a un tercero. Convenimos con Paz-Ares Rodríguez (1991, p. 1.453) que en ese caso resultaría de aplicación al artículo 1.726 del CC, que rige la responsabilidad del mandatario, apuntando adicionalmente los problemas relativos a cuando existe una pluralidad de administradores en ese supuesto. Por abundar en esta falta de homogeneidad, podríamos tratar el caso de los administradores de sociedades colectivas, puesto que son los propios socios los que gestionan la sociedad, no siendo posible la concurrencia de un tercero en esa posición. Su responsabilidad se regiría conforme los artículos 127 a 132 del CCom. (véase Parra Lucán [2014, pp. 15-16], quien trata a continuación la responsabilidad de los administradores de sociedades en comandita y de las agrupaciones de interés económico).

Un análisis sucinto del antes referido artículo 236 del TRLSC nos lleva a las siguientes conclusiones:

- 1.º El daño, al que luego nos referiremos, debe quedar acreditado y ser consecuencia de actos u omisiones contrarias a la ley o a los estatutos³⁴ que, salvo prueba en contrario, se benefician de la presunción *iuris tantum* de culpa. Si se incumplen los deberes de diligencia³⁵ en el desempeño de las funciones de administración, se requiere adicionalmente la presencia de dolo o culpa, es decir, se trata de una obligación que requiere cierta aptitud para el cargo pero que se puede calificar como de medios y no de resultados; los administradores deben desplegar una conducta diligente y leal pero no pueden ser responsables *per se* por el mero hecho de no obtener resultados positivos³⁶. Por otra parte, la responsabilidad alcanza al administrador que ha participado tanto en la adopción de la decisión lesiva como en su ejecución (por ejemplo, quedaría sujeto a responsabilidad el miembro del órgano de administración que no haya intervenido en la adopción del acuerdo o acto dañoso pero sí en su ejecución)³⁷.
- 2.º La norma analizada extiende la responsabilidad al llamado «administrador de hecho» (art. 236.3 TRLSC) y a la alta dirección cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados (art. 236.4 TRLSC). En concreto, el administrador de hecho se define como la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido³⁸, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad. En nuestra opinión, este último inciso nos parece peligroso por cuanto puede comportar la responsabilidad de cualquier persona que ejecute decisiones de los administradores (por ejemplo, por

³⁴ Interesa recordar en este punto el llamado «incumplimiento legítimo» de aquellas normas estatutarias con un carácter marcadamente nulo, de tal forma que cumplirlas supondría la comisión de un delito o la contravención de normas legales imperativas o prohibitivas. Véase Quijano González (1989).

³⁵ Estos deberes de diligencia están bien caracterizados en los artículos del TRLSC (con la redacción de la Ley 31/2014) 225 (deber general de diligencia), 226 (protección de la discrecionalidad empresarial), 227 (deber de lealtad), 228 (obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad), 229 (deber de evitar situaciones de conflicto de interés) y el artículo del 230, por cuanto regula el carácter imperativo de los artículos antes mencionados y ciertas dispensas que, en definitiva, dibujan un sistema de imputación culpable facilitada *ex lege* y no tanto un sistema de responsabilidad objetiva (cfr. Ocaña Rodríguez, 2013).

³⁶ De la variada jurisprudencia al respecto recordamos la STS 553/1995, de 12 de junio de 1995. Llamamos la atención sobre el bien documentado trabajo de Blanco Pérez-Rubio (2014), pues, a nuestro modo de ver, abre una interesante línea de trabajo futura que nos proponemos seguir.

³⁷ Véase el artículo 237 del TRLSC, que excluye expresamente de responsabilidad a estos administradores.

³⁸ Por su claridad, la STS de 3 de septiembre de 2012 (NCJ057520), que impone ciertos deberes de conducta derivados de la buena fe a un administrador que, tras haber sido cesado en su cargo, emprende y desarrolla actividades de competencia contra la sociedad.

mandato de estos o como sus gestores para determinados asuntos)³⁹, aún sin tener la formación ni la información necesaria para apreciar el daño que puedan producir frente a terceros.

- 3.º En lo relativo a probar la culpa (cfr. arts. 1.101 y 1.902 CC), que inicialmente corresponde al demandante, hay que comenzar recordando que si el daño es consecuencia de incumplimientos previstos en la ley o los estatutos, queda reducido a demostrar tales incumplimientos. En otro caso, el proceso de objetivación de la responsabilidad civil subjetiva se ha ido manifestando en la inversión de la carga de la prueba, provocando un efecto atenuado del valor de la prueba al imputar la responsabilidad. Dejamos para otro momento la interesante discusión acerca de la posibilidad de admitir no solo el dolo directo (cuando el administrador quiere el perjuicio ajeno), sino también el dolo eventual (cuando el daño no se busca directamente aunque el administrador es conocedor de su estrecho vínculo con los actos u omisiones realizados)⁴⁰.
- 4.º Las causas de dispensa están expresamente reguladas en lo relativo a las situaciones de conflicto de intereses (art. 230.2 TRLSC). Con ser un tema relevante, encontramos que tiene una redacción ciertamente confusa, pues reclama el régimen imperativo para el deber de lealtad, por lo que podrían existir dudas acerca de su extensión a los otros deberes. Además, al tratar las dispensas hace una referencia implícita al deber de lealtad, aunque en realidad se refiere a lo previsto en los supuestos de conflicto de intereses. Tampoco es admisible exonerar de responsabilidad en el caso de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado posteriormente por la junta general (art. 236.2 TRLSC). En sentido contrario habrá que entender que cuando concurren al supuesto analizado el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1.105 CC con remisión a los arts. 1.183, 1.575 y 1.896 CC), se quiebra la responsabilidad aquí tratada.

Llegados a este punto, queremos llamar la atención sobre la aparente dificultad lógica del problema planteado y que da título a este trabajo. Bien parece que no hay duda en torno a que el deber de lealtad de la contabilidad que se plasma en una información contable veraz encuentra numerosos puntos en común con las declaraciones denominadas como de ciencia o verdad. Ocurre también que estas declaraciones (de ciencia o verdad) se caracterizan por ser independientes de los resultados que produzcan en terceras personas. Por su parte, el artículo 236 del TRLSC, que acabamos de comentar, prevé la responsabilidad de los administradores por actos u omisiones que causan daños. Al tratarse de un acto (manipular la información para que sea inveraz) o una omisión (excluir información relevante o simplemente no facilitar información contable) contraria a los deberes inherentes al cargo de administrador, parece que será preciso acreditar el dolo o la culpa. Y si el recorrido expuesto hasta este momento es así,

³⁹ Cfr. la crítica de Parra Lucán (2014, p. 29), quien además aporta una extensa jurisprudencia avalando su posición.

⁴⁰ A favor de su admisión, entre otros, Mayo Calderón (2005) y Luzón Peña y Roso Cañadillas (2010, p. 23). En contra de la inclusión del dolo eventual Serrano Gómez y Serrano Maillo (2011).

tiene escasa relación una declaración caracterizada por no tener efectos en terceras personas con la responsabilidad derivada de los daños indirectos a esas terceras personas a través del daño directo al patrimonio empresarial (por medio de la acción social que más adelante analizaremos), e incluso el supuesto de daño directo a esas terceras personas por actos u omisiones de los administradores (mediante el ejercicio de la acción individual que luego trataremos).

En nuestra opinión, la solución a esta paradoja pasa por trabajos multidisciplinarios, pues solo de esta forma se puede entender que la información veraz que predica la ley no es unívoca, sino que más bien al contrario es un término polisémico basado en estimaciones y juicios de valor entre los que el legislador ha optado por unos⁴¹. Por este motivo, hemos dejado escrito que se trata de una declaración que comparte más puntos de unión con las de ciencia (debe existir coincidencia entre una verdad contable fáctica y la verdad contable jurídica), pero, ahora añadimos, también encuentra coincidencias con las declaraciones de voluntad por cuanto el administrador busca, directa o indirectamente, resultados en las decisiones de otras personas a través de la información contable⁴².

⁴¹ De las múltiples referencias que podríamos incluir aquí, y para no extendernos mucho más, recordamos que unos activos se deben valorar al menor entre su coste histórico y su valor realizable neto (por ejemplo, las existencias), otros activos por el menor entre su coste histórico y su importe recuperable (los elementos incluidos en el inmovilizado material, intangible y las inversiones inmobiliarias) y otros activos por su valor razonable (las inversiones mantenidas para negociar y los activos financieros disponibles para la venta). La mayoría de los gastos e ingresos se incluyen en la cuenta de pérdidas y ganancias, pero hay unos gastos e ingresos (por ejemplo, el importe de las subvenciones o los ajustes en inversiones financieras disponibles para la venta) que están excluidos de la cuenta de pérdidas y ganancias pues se integran en el patrimonio neto. Unos pasivos se reconocen por su valor nominal (deudas comerciales sin tipo de interés y con vencimiento no superior a 12 meses), mientras que otras se registran por su coste amortizado e incluso otras, los pasivos financieros para negociar y los pasivos financieros híbridos, a valor razonable. Sobre la relevancia de los juicios de valor se puede consultar Cuadrado Ebrero y Valmayor López (1998, pp. 141 y ss.).

⁴² Nos parece de sumo interés la sentencia recurrida en casación por la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de enero de 2013 (recurso 336/2012) en relación con una mercantil que entra en concurso de acreedores después de constatar la existencia de pérdidas no reconocidas en contabilidad en los ejercicios anteriores. Los acreedores promueven la acción de responsabilidad contra los administradores y la Audiencia considera acreditado que, de haber conocido esta mala situación, los acreedores habrían solicitado garantías adicionales para protegerse contra el impago. En concreto, señala la Audiencia Provincial lo siguiente, que por su interés reproducimos a continuación:

Si bien el conocimiento de la mala situación económica de una sociedad se puede difundir en el mercado a través de las cuentas, no exige al acreedor que tenga acceso directo y material a ellas. Los mecanismos a través de los cuales esa información circula en el mercado son muy numerosos y no exigen ni que las cuentas se hayan hecho públicas por el Registro Mercantil ni que los acreedores se hayan interesado en consultarlas. Las entidades financieras y las aseguradoras del crédito constituyen canales a través de los cuales ese conocimiento se difunde con tanta más eficacia que la que asegura la publicidad derivada de la aportación al Registro. Por consiguiente, es razonable pensar que si las cuentas cerradas al finalizar el ejercicio 2003 (31 de marzo de 2004) hubieran reflejado la imagen fiel de la sociedad, con unas importantes pérdidas y una situación crítica de fondos propios, todas las alarmas se habrían disparado por parte de entidades financieras y aseguradoras del crédito y la información habría sido conocida en el mercado llegando a conocimiento de la mayor parte de los acreedores que, cuando menos, hubieran puesto en marcha mecanismos especiales de garantía o control de los riesgos que asumían.

La acción social para exigir responsabilidad que está prevista en el artículo 238 del TRLSC se califica como orgánica más que contractual, porque los administradores no son mandatarios de la sociedad, sino titulares de un amplio elenco de competencias, funciones, deberes y poderes, para cuyo ejercicio deben estar provistos de medios materiales y personales⁴³. Su ejercicio corresponde a la sociedad, previo acuerdo de la junta general⁴⁴ adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día, y su aprobación requiere mayoría ordinaria. No es posible incluir en los estatutos una mayoría distinta de la ordinaria para ello. Debe quedar claro, en resumen, que se trata de una competencia indelegable en los administradores y que el acuerdo no se puede salvar por otro posterior que pretenda convalidarlo⁴⁵. La aprobación de las cuentas anuales no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supone renunciar a la acción acordada o a su ejercicio (art. 238.4 TRLSC). Sí es posible, en cambio, que la junta transija o renuncie al ejercicio de la acción, salvo que se opongan a esta decisión socios que representen el 5 % del capital social. Esta decisión provoca, *ipso facto*, la destitución de los administradores afectados (art. 238.3 TRLSC), aunque teóricamente no impide a los acreedores ejercitar sus acciones, como vemos a continuación, cumpliendo los estrictos presupuestos para ello⁴⁶.

En efecto, es precisamente su calificación como acción orgánica la que lleva a legitimar de forma subsidiaria a los acreedores⁴⁷, en tanto que perjudicados por el menoscabo patrimonial de la sociedad, al ejercicio de la acción social contra los administradores. Para ello, deben fundar su legitimación en el hecho de que el patrimonio social sea insuficiente para abonar sus créditos (art. 240 TRLSC), por lo que su ejercicio será residual, ya que lo habitual en estas circunstancias será promover directamente el concurso de la sociedad o la acción individual a la que inmediatamente nos vamos a referir, si se dan los presupuestos para ello.

El Tribunal Supremo (STS de 22 de diciembre de 2014), aunque no de forma tan contundente, confirma la conclusión de que las cuentas anuales ajustadas a la imagen fiel también habrían llegado al conocimiento del mercado, no tanto por su publicidad registral cuanto por la reacción de acreedores más sensibles, como las entidades de crédito.

⁴³ Por todos, Ocaña Rodríguez (2013).

⁴⁴ Si los administradores no convocan la junta general en el plazo de un mes desde la comisión del acto u omisión lesivo, resulta de aplicación el artículo 239.1 del TRLSC, que faculta a los socios minoritarios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social.

⁴⁵ *Ibidem* la referencia a un trabajo de Alonso Soto (2000), en el que se critica la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Madrid (7 de julio de 1999).

⁴⁶ A tenor de lo reclamado tradicionalmente por la doctrina, quedan algunos problemas pendientes de resolver como la validez del voto de los administradores que sean socios de la compañía, la posible adopción del acuerdo en junta universal, la participación de socios poseedores de acciones o participaciones sin derecho a voto, la participación de los tenedores de obligaciones convertibles en acciones, etc. Por todos, Sánchez Calero (1994, pp. 290 y ss.).

⁴⁷ Esta subsidiaridad se acentúa más porque, de prosperar esta acción, se recompone el patrimonio social y no de forma inmediata a compensar la lesión en el patrimonio de los acreedores, como bien evidenció Parra Lucán (2014, p. 52).

La acción individual prevista en el artículo 241 del TRLSC⁴⁸ tiene también carácter orgánico⁴⁹, pues supone un perjuicio directo producido causalmente al socio o tercero por el administrador en el ejercicio de su competencia, diferenciando aquellos supuestos en los que la responsabilidad sea imputable a la propia sociedad⁵⁰. Por este motivo, la expresión «quedan a salvo» es interpretada por la doctrina como un mero recordatorio de que la acción social antes analizada no excluye el ejercicio de otras acciones amparadas por el Derecho común por quien, distinto de la sociedad, sienta lesionados sus derechos⁵¹. Por lo demás, un análisis sintético del precepto nos lleva a insistir en el calificativo de orgánico, por cuanto sanciona al administrador por los daños derivados de su actuación como órgano social. Si únicamente fuera por su intervención a título personal, poco se podría añadir que no estuviera ya previsto en los artículos 1.902 y 1.903 del CC⁵². La mención al tercero entendemos que encaja mejor cuando esa posición es ocupada por un acreedor social en su más amplio sentido, pues no vemos otros terceros que cumplan los presupuestos para entablar esta acción. También habrá que diferenciar los casos en los que la responsabilidad pueda ser imputada a la sociedad.

En el primer caso, la acción individual de los socios, convenimos con Esteban Velasco (1997, p. 1.684), que podrán entablarla «por actos llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones de administrador "actividad orgánica", sin excluir los supuestos en que en sentido estricto exista representación». Aunque más alejado del tema principal objeto de nuestro trabajo, el desencadenante de esta acción individual podría ser igualmente la iniciativa del administrador concreto que vulnera directamente derechos de otros socios⁵³, como, por ejemplo, el acceso indebido a la junta general, impidiendo el ejercicio del derecho de voto, amortizando sus

⁴⁸ Dice así: «Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos».

⁴⁹ Véase, entre otros, Ocaña Rodríguez (2013). Este autor añade el calificativo de «extracontractual», pero convenimos con Parra Lucán (2014, p. 57) que la jurisprudencia ha abandonado desde hace tiempo este planteamiento. La conclusión es de sumo interés porque afecta al plazo de prescripción.

⁵⁰ Se trata de una situación más habitual en los grupos de empresas en los que el representante de la sociedad dominante adopta decisiones prevaleciendo de la posición mayoritaria que le otorgan sus derechos de voto. En unos casos, el problema será más sencillo de identificar, como cuando se produce una traslación de activos o pasivos en condiciones perjudiciales para la sociedad dependiente. Cuestión distinta será cuantificar el menoscabo patrimonial, que no siempre será fácil. Pero en otros supuestos, por ejemplo, cuando se traslada negocio a otras empresas del conglomerado o cuando se asignan encargos a otras compañías del grupo, el daño será mediato y por tanto más difícil de valorar. Además, puede entrar en conflicto con las reglas de gestión económica de la compañía que hagan preferible desarrollar un negocio con unos medios en lugar de hacerlo con otros.

⁵¹ Véase, entre otros, Desdentado Daroca (2000, pp. 1.900-1.912) y Parra Lucán (2014, p. 55).

⁵² STS de 5 de diciembre de 1991 (recurso 2124/1989), que recuerda el ejercicio de la acción individual contra los administradores cuando actúan como órganos de la sociedad y no a título personal (por ejemplo, y en el caso juzgado, como accionistas que venden su participación ocultando al comprador la existencia de unas deudas de la sociedad).

⁵³ Los ejemplos clásicos transcritos de Garrigues y Uría (1976, p. 197) son de extraordinaria actualidad, como también los enunciados en su momento por Sánchez Calero (1994, p. 328).

acciones en forma no prevista por la ley o los estatutos, negando el ejercicio del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.

En lo que se refiere a la acción individual ejercitable por terceros, normalmente acreedores, recordamos inicialmente que no puede consistir en el mero impago de deudas derivadas de contratos suscritos con los administradores como miembros del órgano de gestión societaria⁵⁴, sino que será preciso, en el contexto de nuestro trabajo, contratar en estado próximo a la insolvencia que se oculta de forma maliciosa al tercero mediante la adulteración de la información contable (véase STS de 27 de octubre de 2004 [NCJ036591]) o cuando se producen operaciones con partes vinculadas a un administrador de las que no se informa o se informa mal en las cuentas anuales, con el ánimo de vaciar, de forma inmediata⁵⁵ o mediata, como antes anticipamos en el caso de los grupos de sociedades, el patrimonio social para evitar el pago a terceros. En esos casos se suelen acumular dos acciones: una primera, tendente a reclamar el reintegro de los créditos a la sociedad, y una segunda, tendente a hacer responsable del impago a los administradores, para que ambos respondan solidariamente en vía civil. A modo de ejemplo de la extensa jurisprudencia aplicable podemos mencionar las SSTS de 21 de mayo de 1992 (recurso 691/1990), 31 de julio de 1996 (recurso 3468/1992), 3 de julio de 1998 (recurso 981/1994) y 9 de julio de 1999 (recurso 3461/1994) [NCJ048434]).

Tradicionalmente existía un sector de la doctrina que consideraba que los terceros no podían actuar contra los administradores en tanto representantes de la sociedad, sino que debían dirigirse a la sociedad y esta, en su caso, repetir contra los administradores, si se daban los presupuestos para ello, por medio del ejercicio de la acción social a la que antes nos hemos referido⁵⁶. Para otro sector de la doctrina⁵⁷, con el que nosotros convenimos, esta acción supone la aplicación del artículo 1.902 del CC, que no es óbice para que el tercero emprenda también acciones contra la sociedad (o contra ambos de forma solidaria si le conviene para conseguir su objetivo). En todo caso, parece necesario acomodar la respuesta precisa a cada caso en particular para deslindar situaciones en las que debe responder la sociedad, frente a otras (más habituales en los casos relativos al complejo deber de llevar la contabilidad) en las que se puede reclamar también al administrador con actitud fraudulenta.

Mas nos interesa concluir este apartado con la indemnización del daño; máxime desde la antes comentada sentencia de 24 de enero de 2013 (SAP de Barcelona, recurso 336/2012),

⁵⁴ Ya en su momento, la STS de 21 de mayo de 1992 (recurso 691/1990), aunque referida a la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 de la que la redacción actual es tributaria, estableció que no media nexo causal entre culpa grave y daño producido en todo caso de impago de deudas sociales. Lo contrario, afirma la sentencia, supondría que, frente a la responsabilidad limitada de la sociedad, existiría una especie de responsabilidad ilimitada a cargo de los administradores.

⁵⁵ En este caso, la STS de 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7933) advirtió a los socios la impertinencia de la acción individual, pues el daño había sido causado al patrimonio social, por lo que debía prevalecer, a su juicio, la acción social.

⁵⁶ Por todos, Polo Sánchez (1992, p. 373).

⁵⁷ Por todos, Sánchez Calero (1994, pp. 322-332).

luego recurrida en casación, pues trata la mala práctica, por otra parte muy extendida, de identificar el importe del crédito no recuperado con la cantidad reclamada como daño indemnizable en la acción individual. Por su interés reproducimos la parte del fallo relativo a este tema:

La razón por la que es preciso hacer ese planteamiento se encuentra en que no es difícil deducir que, además del nexo causal que hemos establecido, no puede descartarse razonablemente la existencia de otros nexos causales asimismo eficientes, particularmente la propia decisión de los acreedores de asumir los riesgos propios de los negocios.

Uno de los criterios de exoneración, total o parcial, que incorpora la doctrina sobre la imputación objetiva es el del riesgo permitido o riesgo general de la vida, que propone negar la imputación de los eventos dañosos que sean realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del perjudicado. En el supuesto enjuiciado consideramos que el daño causado, la inefectividad de parte de los créditos de las actoras, no es imputable en toda su extensión a la conducta dañosa, sino que únicamente lo es en parte porque es preciso descontar la parte correspondiente al nexo causal derivado del riesgo general de los negocios.

Aceptamos que resulta muy difícil hacer este juicio de imputación causal, pero no por ello podemos dejar de hacerlo [...].

Todo ello nos lleva a fijar en el 40 por ciento la imputación causal a la conducta relacionada con las cuentas sociales. O lo que es lo mismo pero quizá más adecuado, a que debe descontarse un 60 por ciento imputable a otros cursos causales concurrentes con las diversas conductas que inciden en las cuentas de la sociedad⁵⁸.

2.3. Reflexiones sobre la responsabilidad civil de los auditores de las sociedades de capital

La secuencia natural de discutir la responsabilidad civil de los administradores por los daños causados por incumplir la llevanza de la contabilidad nos debe llevar, pensamos, al tema controvertido y complejo de la responsabilidad civil de los auditores de cuentas puesto que, en los últimos años, se han producido las primeras sentencias del Tribunal Supremo con interesantes posicionamientos doctrinales al respecto⁵⁹. Además, se ha aprobado la Ley 22/2015 de Auditoría de Cuentas (LAC, en lo sucesivo) con nuevos y mayores requerimientos para los auditores que, sin lugar a dudas, van a resultar determinantes para fijar la responsabilidad. Por último, conviene también recordar la Recomendación de la Comisión Europea de 5 de junio de 2008 sobre limitación de la responsabilidad civil de los audi-

⁵⁸ El Alto Tribunal valoró positivamente la estimación prudente realizada por la Audiencia Provincial. Desde luego, se trata de un tema complejo pero que es preferible acometerlo a dejarlo abierto.

⁵⁹ Véanse las referencias incluidas en Pacheco Cañete (2011, pp. 235-236). También la doctrina recopilada en Muñoz García (2009, pp. 265-276).

tores legales y las sociedades de auditoría, y que por su propio enunciado atempera algo este asunto. Se trata de un tema polémico que la ley resuelve de forma parca y dispersa. La vaguedad proviene de la referencia incluida en la LAC (art. 26, 1)⁶⁰, que remite a las reglas generales del Código Civil y que abre numerosos interrogantes para su aplicación. En concreto, la referencia a las reglas generales del Código Civil nos hacen pensar en la aplicación de los artículos 1.101 del CC (responsabilidad contractual) y 1.902 del CC (para la responsabilidad extracontractual)⁶¹, es decir, la responsabilidad del auditor frente a quien le contrata, la sociedad, y frente a terceros⁶² que, como señala la LAC, es cualquier «persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo este elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión».

En este contexto, los presupuestos en el ámbito civil para exigir la responsabilidad al auditor frente a terceros por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones, según las reglas generales del Código Civil (art. 1902), son la acción (u omisión), la antijuricidad, los factores de atribución subjetiva de imputabilidad, el daño y el nexo causal⁶³.

A la luz de los artículos 1.101 y 1.902, CC antes anotados, se deben diferenciar las obligaciones asumidas en el contrato suscrito específicamente con una sociedad, del deber jurídico asumido por el auditor conforme su estatuto profesional⁶⁴.

El objetivo del contrato de auditoría (art. 4.1 LAC) consiste en desplegar los medios técnicos y humanos para

[...] dictaminar si las cuentas anuales expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación. Asimismo, comprenderá la verificación del informe de gestión que, en su caso, acompañe a las cuentas anuales, a fin de dictaminar sobre su concordancia con dichas cuentas anuales y si su contenido es conforme con lo establecido en la normativa de aplicación.

⁶⁰ «Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las particularidades establecidas en este artículo».

⁶¹ Por todos, Martínez-Calcerrada y Gómez (1999, p. 8).

⁶² Se resuelve, a nuestro modo de ver, una crítica doctrinal que negaba esta responsabilidad extracontractual para la mayoría de las sociedades por no estar expresamente contemplada en la ley. Por todos, Illescas Ortiz (1993, pp. 165 y ss.).

⁶³ Díez-Picazo Giménez (2015) considera que solo es posible que prospere la demanda si se dirige de forma conjunta contra el auditor o sociedad de auditoría, y contra las otras personas que hayan causado directamente el daño, típicamente la sociedad auditada y sus administradores.

⁶⁴ Cuestión esta que se puede fácilmente trasladar a otros profesionales que en el ejercicio de su actividad puedan facilitar información errónea, como los abogados, los notarios, los tasadores y las agencias de calificación. Véase, en este sentido, el trabajo de Otero Crespo (2013, pp. 64-79).

La expresión dictaminar no es del todo afortunada pues, como hemos dejado escrito con anterioridad, la información contable se basa en múltiples juicios de valor y estimaciones, por lo que difícilmente se puede afirmar de forma taxativa que los datos son unos y solo unos. No es casual que el primer párrafo del informe de auditoría se titule «Opinión» y el segundo párrafo se ocupe de los fundamentos en los que se basa esa opinión. Para valorar el cumplimiento de esta obligación contamos con la STS de 9 de octubre de 2008 (recurso 4934/2000 [NCJ047749]), que señala que el auditor cumple con «su obligación contractual y los deberes vinculados a su función por la norma cuando actúa con la pericia y la diligencia de un buen profesional en la ejecución de la auditoría». Así, el objetivo del contrato celebrado con la sociedad concluye con la emisión y entrega del informe de auditoría en el tiempo establecido, así como las obligaciones accesorias que se hayan podido pactar.

Con todo, el informe de auditoría supone una garantía de las cuentas anuales porque, además de proteger los intereses de la sociedad mercantil, también implica una información esencial –e incluso determinante– para los socios, los acreedores (por ejemplo, AEAT, proveedores, Seguridad Social, etc.) y el mercado nacional e internacional (SJMer núm. 3 de Barcelona, de 5 de octubre de 2007) [procedimiento núm. 36/2004]⁶⁵. Por lo demás, incumplir la obligación asumida en el contrato celebrado entre el auditor y la empresa auditada supondría, según la doctrina civil⁶⁶, que el auditor no entrega el informe en la fecha prevista, pero puede hacerlo (cumplimiento retrasado); no entrega el informe de auditoría y no puede hacerlo por causa que le es imputable (incumplimiento definitivo), o, por último, el caso en el que el auditor entrega el informe pero no se ajusta a lo exigible (cumplimiento defectuoso). En estos casos, y a tenor de lo previsto en el artículo 1.101 del CC, el auditor respondería de los daños y perjuicios causados.

Estos daños pueden ser patrimoniales o morales (los perjuicios de cualquier tipo deben ser evaluables económicamente, como, por ejemplo, las aportaciones no dinerarias en la constitución de una sociedad o en la ampliación de capital). Como cualquier indemnización incluye el daño emergente y el lucro cesante (es decir, el beneficio que se deja de obtener como consecuencia del daño producido). Recordemos que también se debe probar la relación de causalidad –nexo causal– entre el acto u omisión del auditor (que es siempre de difícil prueba en estos casos y, por tanto, podemos calificarlo de «prueba diabólica») y el daño, es decir, el acto u omisión del auditor debe ser la causa principal o una de las causas determinantes del perjuicio patrimonial o moral a la sociedad (SSTS de 5 de marzo de 2009, recurso 224/2004; 15 de diciembre de 2010, recurso 403/2007 [NCJ054285], 7 de junio de 2012, recurso 1609/2009, y 3 de octubre de 2012, recurso 533/2010 [NCJ057535]).

El artículo 1.902 del CC prevé la responsabilidad por la infracción genérica de no hacer daño a terceros que, en lo atinente a la actividad de auditoría de cuentas, pasa inequívocamente por la concurrencia de culpa⁶⁷ de forma parecida a la responsabilidad contractual. Sin

⁶⁵ Véase Muñoz García (2006, pp. 161-162).

⁶⁶ Por todos, Beltrán de Heredia y Onís (1990, pp. 18-20).

⁶⁷ Véase, entre otros, Martínez-Calcerrada y Gómez (1999, p. 136).

lugar a dudas, el tema más polémico es la relación de causalidad que debe mediar entre el resultado dañoso y el comportamiento culpable del auditor. La jurisprudencia que empieza a aparecer sobre este tema se concentra básicamente en omitir la diligencia debida en la ejecución del trabajo profesional. La cuestión es que esta omisión se presenta normalmente en concurso con acciones u omisiones de los administradores, por lo que será muy difícil valorar qué parte del resultado dañoso es consecuencia de la omisión de uno, el auditor, o de las acciones u omisiones de otros, los administradores. Recuérdese el problema antes comentado de valorar el daño al tercero por la información contable en una actividad que ya de entrada comporta riesgos. Si la información está auditada, añade el problema de conectar el comportamiento culpable del auditor y el daño final, que no está exento de una importante carga de subjetividad (Pacheco Cañete, 2011).

Se trata de un tema de sumo interés por su proyección futura y la relevancia en los casos que en estos momentos se están juzgando en los tribunales de justicia⁶⁸. Para no extendernos en demasía, permítasenos hacer una mera recopilación de cuanto está ocurriendo a nivel jurisprudencial, puesto que es suficientemente ilustrativo del curso que puede tomar esta cuestión⁶⁹. En concreto, se aprecia el empleo de los criterios de imputación objetiva aplicados por la dogmática penal al ámbito civil⁷⁰ (a saber, el criterio de riesgo general de la vida, de la prohibición de regreso, de la provocación, del propio fin de protección de la norma reguladora de la responsabilidad y el criterio de incremento de riesgo o conducta alternativa correcta)⁷¹ y una cierta confianza en la calidad del informe de auditoría, de modo que cuando se pierde, es generadora de responsabilidad extracontractual de los auditores. Ya se nota una cierta tendencia a que la intervención libre (sin estar determinada por el auditor), dolosa o culposa de un tercero puede quebrar el nexo causal entre el daño y el trabajo del auditor⁷² y de la correcta interpretación por parte del tercero, del juego comple-

⁶⁸ La exigencia de responsabilidad al auditor que emitió el informe sobre las cuentas anuales del Banco Popular puede ser paradigmático del interés por la materia.

⁶⁹ Para su revisión con mayor profundidad recomendamos el trabajo de Ribot Igualada (2009).

⁷⁰ Véase Pantaleón Prieto (1990, p. 1.583).

⁷¹ La génesis de estos criterios y la aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non* al tema objeto de estudio aparece bien tratada en Muñoz García (2009).

⁷² En concreto, la STS de 9 de octubre de 2008, recurso 4934/2000 (NCJ047749) señala: «Los auditores de cuentas no están obligados a detectar todos los fraudes y errores que puedan cometer los administradores, directivos y personal al servicio de la sociedad auditada, sino simplemente a actuar con la pericia y diligencia de un buen profesional en la ejecución de la auditoría. En consecuencia, solo responden de aquellos fraudes y errores que hubieran podido detectar mediante una correcta ejecución de su prestación profesional». A mayor abundamiento, la STS de 14 de octubre de 2008, recurso 2963/2002 (NCJ047832) confirma la ausencia de la relación causal, y establece que el auditor no puede ser el vigilante o garante último de la información económico-contable de la empresa. También indica que la infracción de las reglas de la *lex artis* por los auditores, aunque no fuera la causa determinante de la crisis económico-financiera de la sociedad que se ha auditado y, por tanto, del incumplimiento de sus obligaciones, contribuye a esa situación, porque –continúa la sentencia– priva a los socios de la imprescindible información sobre la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de la sociedad. Al respecto solo queremos matizar que el concepto

to (y complejo) que configuran las cuentas anuales, otra información complementaria (por ejemplo, el informe de gestión, el informe sobre buen gobierno corporativo, de las comisiones de auditoría y de retribuciones, etc.) y el informe de auditoría.

En relación con el plazo de prescripción, la acción para exigir la responsabilidad contractual prescribe a los cuatro años a contar desde la fecha del informe de auditoría (art. 26.4 LAC; en el caso del administrador concursal también son cuatro años, art. 36.4 LC). En el caso de la responsabilidad extracontractual el plazo de prescripción es de un año desde que lo supo el perjudicado (art. 1.968.2 CC).

Y en esa línea de evolución previsible hay que enmarcar el último aspecto al que nos que-
ríamos referir, puesto que en lo relativo a la responsabilidad de los auditores hemos asistido a un crecimiento exponencial de las sanciones e indemnizaciones impuestas a los auditores en el reciente pasado⁷³ para llegar a una situación, a la vista de la jurisprudencia existente, en la que se ha modulado esta tendencia. Ya el antes referido artículo 26 de la LAC exige una responsabilidad civil para los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos causados. Algunos trabajos en el pasado ya venían alertando del problema que podría generar una responsabilidad sin límite para los auditores⁷⁴. Por ello, hay que valorar muy positivamente, en nuestra opinión, la Recomendación de la Comisión de 5 de junio de 2008 (DOUE L 162/39, de 21 de junio de 2008)⁷⁵ que puso de manifiesto que un régimen de responsabilidad ilimitado podía disuadir a las sociedades de auditoría a participar en el mercado de auditoría de las cuentas anuales de los grupos cotizados europeos. Ciertamente, la Comisión Europea insta a examinar

el impacto sobre los mercados financieros y los inversores, y sobre las condiciones de acceso al mercado de las auditorías legales de las sociedades cotizadas,

de *lex artis* evoluciona con el tiempo, e incluso se ha convertido en un concepto más exigente y complejo en la actualidad por las nuevas técnicas profesionales de supervisión y control en auditoría (como otros conceptos mercantiles, por ejemplo, «ordenado empresario y representante leal»).

No es ocioso pensar que, en el futuro, los auditores en defensa de sus intereses exhibirán la carta de manifestaciones que se exige a la dirección de la sociedad auditada en cada encargo y en la que se acredita, por parte de esta última, la inexistencia de errores o fraudes conocidos. Por su parte, la norma técnica que resulta de aplicación (en concreto, la norma internacional de auditoría 240 sobre fraudes y errores) está redactada en términos tan amplios que no esperamos mucho de ella para resolver los problemas que a buen seguro se van a plantear.

⁷³ El ejemplo más ilustrativo es la responsabilidad que tuvo que soportar quien en su momento era una de las firmas de auditoría más grande a nivel mundial (Arthur Andersen LLP, creada en 1913) y que provocó su práctica total desaparición en 2002 a raíz del escándalo por la manipulación contable de la empresa Enron.

⁷⁴ Véase, entre otros, Arnosti Mendizábal (1996) y, unos años más tarde insistiendo en sus primeras conclusiones, (2006)

⁷⁵ Por otra parte, esta recomendación no hace más que evidenciar un problema sin solución uniforme en la Unión Europea como ha puesto de manifiesto, entre otros, Muñoz García (2009, p. 266), en nota al pie, aportando referencias de lo que ocurre en el Derecho comparado de nuestro entorno.

así como sobre la calidad de la auditoría, la asegurabilidad de los riesgos y las sociedades objeto de auditoría.

No faltan, por otra parte, las críticas de que estas limitaciones reducirían los incentivos a invertir en prevención⁷⁶. Ahora bien, el curso que estaba siguiendo traería como consecuencia un incremento de las primas de los seguros contratados, lo que inevitablemente se tendría que trasladar a las entidades auditadas, vía precio, añadimos nosotros. Por este motivo, la Comisión propone una limitación de la responsabilidad extracontractual de los auditores fijando cuantías máximas, por ejemplo, fijas o mediante múltiplos del precio facturado o sobre la base de una estimación *a priori* del perjuicio ocasionado.

3. Conclusiones y futuras líneas de investigación

En buena medida, la primera conclusión tiene que ver con el interés que la contabilidad, como lenguaje formal y complejo de las empresas, debe tener para el Derecho. Este sistema de información proporciona datos necesarios para el correcto funcionamiento de la economía de mercado y la mejor salvaguarda del bien jurídico protegido para buena parte de la doctrina mercantil, que no es otro que el patrimonio societario. Comprender la información que suministra y entender los mecanismos utilizados para su generación es una tarea ardua que requiere el concurso de equipos multidisciplinares para su mejor análisis.

De esta forma se puede conocer que la verdad fáctica acerca de la realidad empresarial es múltiple en función de su destinatario final y basada en numerosas estimaciones y juicios de valor, unas veces explícitos pero las más implícitos. La verdad jurídica adopta una de esas realidades y consecuentemente sus juicios de valor y estimaciones. Pensamos que este desarrollo es necesario para concluir que la información suministrada por la contabilidad encuentra semejanzas con las declaraciones doctrinalmente calificadas como de ciencia, pero también tiene puntos en común con las declaraciones de voluntad. Solo así se entiende que sean susceptibles de generar responsabilidades para quienes las emiten (el empresario o los administradores) y quienes tienen el encargo de su revisión (los auditores).

En cuanto a la responsabilidad civil del empresario o de los administradores, llamamos la atención acerca de su necesaria coordinación con la responsabilidad de la persona jurídica que administran. Hemos trabajado el problema de la acreditación del nexo causal precisamente para concluir acerca de su dificultad.

Respecto a la responsabilidad civil de los auditores, pensamos que es preciso ejercerla de forma conjunta con la de los administradores que facilitan una información que conocen, o deben conocer, que está manipulada.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, Ribot Igualada (2009).

Desde luego, no nos corresponde a nosotros discutir si es o no correcto soportar el peso de esas responsabilidades tanto en el caso de los administradores (o del empresario) como en el relativo a los auditores. En nuestra opinión, su existencia es indubitable. En todo caso, el análisis de la jurisprudencia cada vez más extensa nos lleva a concluir que la cuantía de las indemnizaciones, cuando ha prosperado la acción, está experimentando un ajuste a la baja, proporcional al daño causado (en mayor medida en el caso de los auditores y de forma menos clara en el caso de los administradores). No podemos por menos que valorar positivamente esta tendencia, pues bien pensamos que los efectos pedagógicos ya están interiorizados por los destinatarios y continuar la senda de compensaciones excesivas no haría más que alejar a buenos gestores de la administración societaria por el miedo racional a perderlo todo. Lo mismo se puede decir en torno a los auditores, pues la complejidad de algunas empresas y de muchos grupos empresariales haría inviable su revisión a un precio razonable. El camino seguido hace que los administradores y los auditores ya conozcan las consecuencias de un obrar poco diligente.

En el trabajo presentado somos conscientes de la existencia de cuestiones en las que debemos profundizar. Así, por ejemplo, una línea de trabajo que pretendemos desarrollar en el futuro consiste en estudiar la admisión del dolo eventual como causa generadora de daño susceptible de promover la acción de responsabilidad. Nos parece también de sumo interés investigar acerca de un criterio o método objetivo para determinar el justo equilibrio en la compensación por el daño causado y que la jurisprudencia citada ha establecido en un 40 % de la pérdida ocasionada. Por último, los requerimientos de información no estrictamente financiera y sobre diversidad, consecuencia de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, y que han tenido su reflejo en el Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, pueden introducir nuevos e interesantes retos en relación con su elaboración y posterior revisión.

Referencias bibliográficas

- Alonso Espinosa, F. (2009). El deber de documentación de la empresa y de llevanza de Contabilidad tras la Ley 16/2007, de 4 de julio. *Revista del Derecho del Mercado de Valores*, 5, 23-54.
- Alonso Soto, R. (2000). Consideraciones sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima. *La Ley*, 5, 1.869-1.874.
- Amesti Mendizábal, C. (1996). Gran Bretaña: limitación al riesgo de los auditores. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 15(63), 845-848.
- Amesti Mendizábal, C. (2006). Limitación por el Tribunal Supremo alemán de la responsabilidad del auditor de cuentas. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 25(103), 310-311.
- Arriaga Gómez, F., Cuadrado Ebrero, A. y Sosa Álvarez, J. (1998). Guías para la mejora de la información financiera en un entorno axiomático de la contabilidad por

- partida múltiple. [Documento de trabajo] *Seminario de Doctorado*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Beltrán de Heredia y Onís, P. (1990). *El incumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Edersa.
- Blanco Campaña, J. (1980). *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*. Madrid: El autor.
- Blanco Campaña, J. y Cubillo Valverde, C. (1983). *El Derecho contable en España*. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda.
- Blanco Pérez-Rubio, L. (2014). Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6(2), 50-74.
- Cuadrado Ebrero, A. y Valmayor López, L. (1998). *Metodología de la investigación contable*. Madrid: McGraw Hill.
- Desdentado Daroca, E. (2000). La responsabilidad de los administradores sociales frente a socios y terceros: naturaleza, fundamento y problemas a delimitación. *La Ley*, 5, 1.900-1.912.
- Díez-Picazo Giménez, I. (2015). Repensando el litisconsorcio pasivo necesario (al hilo de la responsabilidad civil «proporcional» de los auditores). *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5, 165-178.
- Domínguez Cabrera, P. (2011). La cooperativa como elemento subjetivo de la responsabilidad social corporativa. *Revista de Derecho Mercantil*, 282, 187-208.
- Estabán Velasco, G. (1997). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución. En Iglesias Prada (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (pp. 1.679-1.720). Madrid: Civitas.
- Faraldo Cabana, P. (2015). *Los delitos societarios*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández Pirla, J. M. (1986). *Una aportación a la construcción del Derecho contable*. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda.
- Fernández Teruelo, J. (2002). *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Madrid: Dykinson.
- Ferratoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferré Olivé, J. (1999). Las falsedades en la información social (art. 290 del Código Penal). En E. Galán Corona y J. A. García-Cruces González, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales* (pp. 117-127). Madrid: Tecnos.
- Font Galán, I. (2005). El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales. *Revista de Derecho de Sociedades*, 25, 71-107.
- Foucault, M. (1980). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Franco Ruiz, R. (2014). El problema de la verdad y la Contabilidad. *Revista Criterio Libre*, 20, 43-72.
- Garnsey, M. y Fisher, I. (2008). Appearance of new terms in accounting language: A preliminary examination of accounting pronouncements and financial statements. *Journal of Emerging Technologies in Accounting*, 5(1), 17-36.
- Garrigues, J. y Uría, R. (1976). *Comentario a la Ley de sociedades anónimas* (3.^a ed. revisada por Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Gerber, M., Gerber, A. y Van der Merwe, A. (2014). An analysis of fundamental concepts in the conceptual framework using ontology technologies. *South African Journal of Economic and Management Sciences*, 17(4), 396-411.

- Illescas Ortiz, R. (1993). Las cuentas anuales. En AA. VV., *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Madrid: Civitas.
- López Pérez, V. y Rodríguez Ariza, L. (2003). [Un caso de interdisciplinariedad en Teoría de la contabilidad: Los cambios contables desde el enfoque cognitivo-lingüístico. Encuentros multidisciplinares](#). Recuperado de <<http://www.encuentros-multidisciplinares.org>>.
- Luzón Peña, D. y Roso Cañadillas, R. (2010). La administración desleal societaria en el Derecho penal español. *InDret*, 3.
- Marín de la Bárcena, F. (2014). Deberes de contabilidad y acción individual de responsabilidad (STS 1.ª de 22 de diciembre de 2014). *Revista de Derecho de Sociedades*, 44, 335-352.
- Marina García-Tuñón, A. (2008). Una reflexión sobre la reciente reforma de la legislación contable. *Revista de Derecho de Sociedades*, 1(30), 97-108.
- Martín López, J. (2013). La doctrina estadounidense de la sustancia económica como norma general antiabuso en materia tributaria: análisis jurídico de su codificación. *Revista Española de Derecho Financiero*, 157, 105-150.
- Martínez-Buján Pérez, C. (1999). *Derecho penal económico. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez-Calcerrada y Gómez, L. (1999). *La responsabilidad civil profesional*. Madrid: Colex.
- Mattessich, R. (1992). The scientific approach to accounting. En *Modern accounting research: History, Survey and Guide* (research monograph núm. 7). Vancouver: The Canadian Certified General Accountants Research Foundation, 1-19.
- Mayo Calderón, B. (2005). *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda*. Granada: Comares.
- Muñoz Conde, F. (2017). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz García, A. (2006). Crisis empresariales. La función de los auditores y el deber de alerta en las sociedades de capital. En AA. VV., *Gobierno corporativo y crisis empresariales*. Madrid: Marcial Pons.
- Muñoz García, A. (2009). La imputación jurídica del daño producido al tercero ante la omisión de los deberes exigidos al auditor de cuentas (comentario a la STS –Sala 1.ª– de 9 de octubre de 2009). *Revista de Derecho de Sociedades*, 33, 265-278.
- Navarro Faure, A. (2007). *El Derecho tributario ante el nuevo Derecho contable*. Madrid: La Ley.
- Ocaña Rodríguez, A. (2013). Responsabilidad civil y penal de los administradores societarios. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10, 139-211.
- Olivencia, M. (2013). El título preliminar de la propuesta de Código Mercantil. *Revista de Derecho Mercantil*, 290, 11-26.
- Otero Crespo, M. (2013). *La responsabilidad civil del auditor de cuentas*. Pamplona: Thomson Aranzadi.
- Pacheco Cañete, M. (2011). La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Reflexiones a propósito de la nueva Ley de Auditoría de Cuentas, la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo y la Recomendación Europea de limitación de la responsabilidad. *Revista de Derecho Patrimonial*, 26, 235-251.
- Pantaleón Prieto, A. (1990). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. En AA. VV., *Centenario del Código Civil* (t. II, pp. 1.561-1.592). Madrid: Ramón Areces.
- Parra Lucán, A. (2014). *Responsabilidad civil de administradores de sociedades*. Pamplona: Aranzadi.

- Paz-Ares Rodríguez, C. (1991). Comentarios del Código Civil. En AA. VV., *Comentarios al Código Civil* (t. II). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Polo Sánchez, E. (1992). *Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*. Madrid: Civitas.
- Quijano González, J. (1989). *La responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas: aspectos sustantivos*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid.
- Ribot Igualada, J. (2009). La responsabilidad extracontractual del auditor en la jurisprudencia: análisis y perspectiva de futuro. *Aranzadi Civil*, 1, 2.287-2.327.
- Ríos Corbacho, J. M. (2005). Algunas reflexiones sobre el delito de falseamiento de cuentas (art. 290 CP). *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 13, 63-82.
- Rivero Romero, J. (2001). *Contabilidad financiera*. Madrid: Trivium.
- Rosal Blasco, B. del (1996). De los delitos societarios. En AA. VV., *Comentarios al Código Penal de 1995* (capítulo XIII). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ruano Mochales, T. (2017). *La responsabilidad de los administradores y de los auditores en el proceso de elaboración de las cuentas anuales*. Pamplona: Aranzadi.
- Sáez Torrecilla, A. (1991). *Contabilidad general*. Madrid: McGraw Hill.
- Sánchez Calero, F. (1994). Administradores: artículos 123 a 143. En F. Sánchez Calero (Dir.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Segovia San Juan, A. (2001). *El delito societario desde una perspectiva de agencia y su relación con la contabilidad creativa*. Madrid: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
- Sequeros Sazatornil, F. y Dolz Lago, M. J. (2017). *Delitos societarios y conductas afines: la responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*. Madrid: La Ley.
- Serrano Gómez, A. y Serrano Maillo, A. (2011). *Derecho penal. Parte especial*. Madrid: Dykinson.
- Sosa Álvarez, J. y Segovia San Juan, A. (2018). El reflejo de los contratos aparentemente simulados en contabilidad: el caso de las operaciones con partes vinculadas. En *V Simposio Internacional Consinter*, Madrid.
- Sterling, R. R. (1988). Confessions of a failed empiricist. *Advances in Accounting*, 6(1), 3-35.
- Tena, R. (2013). Un Código nuevo en odres viejos. *Revista de Derecho Mercantil*, 290, 69-82.
- Uñas Valiente, J. (2006). *Introducción a la contabilidad*. Madrid: Ediciones Académicas.
- Vicent Chuliá, F. (2002). *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zúñiga Rodríguez, L. y Foffani, L. (2000). Los delitos societarios: entre las transformaciones del Derecho Penal y del Derecho de Sociedades. En M. R. Diego Díaz-Santos y V. Sánchez López, (coords.), *Hacia un derecho penal sin fronteras* (pp. 39-50). Madrid: Editorial Constitución y Leyes.



***Sharenting*: Intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales**

María Planas Ballvé

*Profesora asociada. Universitat Autònoma de Barcelona
Profesora colaboradora. Universitat Oberta de Catalunya
Abogado*

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

El fenómeno *sharenting* (compartir en las redes sociales imágenes o datos personales de nuestros hijos menores de edad) u *oversharenting* (sobrexposición en Internet de los menores de edad) supone una intromisión ilegítima al derecho fundamental y de la personalidad del honor, de la intimidad personal y familiar y la propia imagen de las personas menores de edad.

La particularidad del mismo radica en que esta intromisión ilegítima se comete precisamente por las personas que tienen el deber de proteger este derecho (los titulares de la patria potestad) y supone un daño (como tal indemnizable) consistente en su pérdida de intimidad y de la posibilidad de ejercitar libremente su personalidad decidiendo por sí mismos cómo crean su huella digital.

Palabras clave: *sharenting*; *oversharenting*; menores de edad; derecho a la intimidad.

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

Cómo citar: Planas Ballvé, M. (2020). *Sharenting*: Intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales. *Revista CEFLegal*, 228, 37-66.



Sharenting: Exposed minors in social networks

María Planas Ballvé

Abstract

The sharenting phenomenon (sharing social images and/or personal data of our minor children) or oversharenting (Internet overexposure of minors) implies an illegitimate interference with the fundamental right and personality of honor, of personal and family intimacy and the image of minors. It is becoming more and more fervent that children have formed, without their consent, their fingerprint on social networks.

The particularity of it is that this illegitimate interference is committed precisely by the people who have the duty to protect this right (the holders of parental rights) and it involves damage (as such a salvageable) consisting of their loss of privacy and of the possibility of freely exercising their personality deciding for themselves how to create their fingerprint.

Keywords: sharenting; oversharenting; minors; privacy's rights.

Citation: Planas Ballvé, M. (2020). *Sharenting*: Intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales. *Revista CEFLegal*, 228, 37-66





Sumario

1. Introducción
 2. El derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen
 - 2.1. Aproximación a los derechos de la personalidad
 - 2.2. Concepto del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen
 3. El ejercicio de actos relativos a los derechos de la personalidad por parte de menores de edad
 - 3.1. Protección del *nasciturus*
 - 3.2. Capacidad de obrar progresiva
 - 3.3. La edad
 - 3.4. Reconocimiento de la autonomía
 4. Sistemas de protección
 - 4.1. El papel de los responsables parentales
 - 4.2. Intervención del Ministerio Fiscal
 5. Internet y las redes sociales
 - 5.1. Estado de la cuestión
 - 5.2. Privacidad e Internet
 - 5.3. La huella digital
 - 5.4. El consentimiento en las redes sociales
 - 5.5. Conductas lesivas y riesgos
 6. El interés superior del menor de edad
 7. Resarcimiento por el daño causado con la intromisión ilegítima
 - 7.1. Legitimación activa
 - 7.2. Acciones
 8. Estado de la cuestión en sede de derecho comparado
 - 8.1. La protección digital del menor de edad en el estado de California
 - 8.2. La doctrina europea: el derecho al olvido y a un futuro abierto
 - 8.3. *L'art. 226-1 Code pénal* de Francia
 9. Propuesta de guía de buenas prácticas
 10. Conclusiones y reflexiones finales
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Actualmente estamos viviendo una revolución tecnológica que ha creado un entorno digital donde los menores de edad se pueden encontrar indefensos en relación con sus derechos de la personalidad, concretamente el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y de los datos personales¹. En efecto, cuando alguien busca en el buscador Google su nombre es posible que encuentre información y fotografías suyas de años atrás que no quiere que sean públicas. Muchas veces estas imágenes fueron subidas a las redes sociales por los responsables parentales sin el consentimiento de su titular, en ese momento menor de edad. Es muy probable que los hijos no estén de acuerdo con esas publicaciones o que incluso lleguen a sentir vergüenza de su imagen en Internet².

El uso de nuestra intimidad e imagen en las redes sociales es cada vez más común. Los usuarios de estas plataformas con su actividad virtual configuran su identidad digital. Ahora bien, muchas veces en esta intimidad que es compartida en las redes sociales se incluye la imagen, los datos personales o la intimidad de menores de edad³. Sin ser plenamente conscientes, se está creando y definiendo la identidad digital de los menores de edad sin su consentimiento. Como veremos, esta práctica comporta una intromisión ilegítima a su derecho a la intimidad personal y familiar y de la propia imagen⁴. Por ello, consideramos que es preciso que los ciudadanos hagan un uso saludable de Internet.

Podemos definir *sharenting* como la práctica de los padres de utilizar las redes sociales para comunicar información personal, especialmente imágenes, sobre sus hijos menores

¹ Vid. Lambea Rueda (2018, p.184 y ss.) sobre la protección de los derechos de la personalidad de los menores de edad, Gil Antón (2015, p. 45) establece que «el derecho a la intimidad, al ser un derecho de la personalidad, puede ser vulnerado con mayor facilidad en la medida que avanzan los medios tecnológicos».

² Gaëlle y Karen (2019, p. 4) son claros al respecto: «Adolescents are oftentimes embarrassed about the content their parents share on social media».

³ Steinberg (2017, p. 849) y Bari (2017-2, p. 265) sostienen que en los EUA el 92 % de los menores de dos años tienen presencia en redes sociales.

⁴ Vid. Solé Resina (2018, p. 419), que pone de manifiesto que el uso de la información digital puede ocasionar «que se vulneren los derechos fundamentales de las personas, especialmente los derechos a la personalidad, a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen». En el mismo sentido, Lambea Rueda (2018, p. 185) está atento sobre este fenómeno e indica: «Es importante ser conscientes de las consecuencias de la huella digital, y cómo se va conformando nuestra identidad y biografía digital». También Tintoré Garriga (2017, pp. 43 y ss.)

de edad. En inglés «sharing representations of one's parenting or children online». Cuando las familias comparten en sus perfiles personales detalles de la vida de sus hijos se crea un conflicto entre el derecho a la intimidad de los padres y de los hijos menores de edad. Los menores de edad no tienen control sobre la información de su persona que comparten sus progenitores o responsables parentales (Blum-Ross y Livingstone, 2017, p. 110). Si esta actividad no se controla y los menores de edad siguen sufriendo estas intromisiones ilegítimas es muy probable que este fenómeno evolucione hacia el que algunos autores llaman *oversharenting*⁵.

Así pues, con la publicación en los perfiles de imágenes, vídeos, etc. de los hijos menores de edad se está llevando a cabo un determinado ejercicio del derecho a la intimidad de sus hijos. Como se sabe, este derecho es el derecho a mantener una esfera privada constituida por aquellas manifestaciones de la propia vida que uno no quiere que sean conocidas. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 18 del CE y regulado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen⁶.

El objetivo de este trabajo de investigación es encontrar respuesta a cómo se puede proteger a los menores de edad respecto de sus responsables parentales por las intromisiones ilegítimas a su intimidad y propia imagen con su actividad en redes sociales⁷.

2. El derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen

2.1. Aproximación a los derechos de la personalidad

Son derechos de la personalidad el conjunto de derechos inherentes y esenciales a la persona sobre las sus cualidades morales y físicas. Tal y como sostiene Egea Fernández (2017, p. 86) son «el conjunto de derechos con los que se trata de proteger la integridad y la inviolabilidad de la persona». Constituyen la manifestación inadiestriable de la personali-

⁵ Vid. Yiseul Choi y Lewallen (2018, p. 145), que son conscientes de esta problemática y afirman que *oversharenting* es el término utilizado para conceptualizar «the phenomena of sharing too much information about one's children online».

⁶ BOE n.º 155, 14 de mayo de 1982.

⁷ De acuerdo con Shmueli y Blecher-Prigat (2011, p. 759), la mayoría de estudios se centran en la responsabilidad de los prestadores de servicios y no en los responsables parentales: «Most of the research on children's privacy focuses on third party threats. Little work has been done on children's privacy at home and in their relationship with their parents, that is, privacy from their parents». Priego Fernández (2012, p. 48) sostiene que «el tratamiento de la intimidad o la vida privada en internet es adentrarse en un terreno de contradicciones y posiciones enfrentadas».

dad del individuo. La persona es la base del derecho civil. Atendiendo a su naturaleza, este derecho solo lo puede ejercer su titular, con lo que, en consecuencia, no forman parte del ámbito de la representación legal.

Los derechos de la personalidad, pueden ser, a su vez, derechos fundamentales reconocidos como tales en la Constitución (arts. 14 a 29 CE), lo que implica que se les aplique una regulación específica más garantista: disfrutan de reserva de ley para la regulación de su contenido esencial en ley orgánica (art. 53.1 CE) y pueden ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Los caracteres de los derechos de la personalidad son los siguientes⁸:

- Se trata de derechos innatos, inherentes a la persona, que se adquieren junto con la personalidad al nacimiento, y mientras existe la persona no puede ser privada de ellos.
- Son derechos absolutos oponibles *erga omnes*, en el sentido que todo el mundo debe respetarlos.
- De contenido extrapatrimonial, con lo que su vulneración podrá comportar que se imponga al infractor el deber de pagar una indemnización por los perjuicios ocasionados.
- Son personalísimos, intransmisibles, indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles, inextinguibles e inembargables⁹.

De su carácter personalísimo deriva el hecho que estos solo puedan ser ejercitados por su titular y que, como veremos, sus representantes legales deberán llevar a cabo un papel de acompañamiento, siempre y cuando no se disponga de capacidad natural o, dicho en otras palabras, el nivel de madurez y de entendimiento del acto de los mismos lo requiera.

Las personas menores de edad se encuentran precisamente en un momento en el que su personalidad está en pleno proceso de desarrollo y por esto se consideran especialmente vulnerables. Las intromisiones de sus derechos que puedan sufrir serán mucho más graves que las que puedan sufrir las personas mayores de edad o con plena capacidad de

⁸ Vid. Ysas Solanes (2013, p. 836 y ss.) y García Rubio (2013, p. 614 y ss.).

⁹ La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la imagen propia, lo prevé expresamente para estos derechos en su artículo 1.3:

El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley.

obrar. Es por esto que se encuentran hiperprotegidas y que el ordenamiento jurídico debe ser especialmente garantista para que sea efectiva esta protección (Lama Ayma, 2006, p. 120 y ss. y Gaëlle y Karen, 2009, p. 4).

2.2. Concepto del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen

El derecho al honor, la intimidad y la imagen propia se encuentran reconocidos como derechos fundamentales en el artículo 18.1 del CE («Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»), y regulados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la imagen propia, y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia¹⁰. También debemos tener en cuenta que estos derechos están vinculados al artículo 10 de la CE sobre la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad («La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social») y el artículo 39 de la CE, sobre la protección de la familia.

Por un lado, el honor se puede conceptualizar como la estimación de la persona en y para la sociedad. Lo que se protege con el mismo es la reputación personal que los otros tienen de la persona. También se incluye el prestigio profesional¹¹.

Por el otro, la intimidad personal y familiar se puede definir como el derecho a mantener una esfera privada formada por las manifestaciones de la propia vida que el titular no quiere que sean conocidas¹². Es aquel espacio interior donde solo tienen acceso la propia persona y las personas que aquella autoriza¹³.

¹⁰ BOE n.º 15, de 17 de enero de 1996.

¹¹ De acuerdo con Gil Antón (2015).

¹² En la STC 134/1999, de 15 de julio (BOE de 18 de agosto de 1999), el tribunal afirma que lo que garantiza el artículo 18.1 de la CE «es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada». *Vid.* también las STC 187/1999, de 25 de octubre (BOE de 30 de noviembre de 1999), STC 115/2000, de 5 de mayo (NCJ051946), STC 83/2002, de 22 de abril (NCJ049762) y STC 196/2004, de 15 de noviembre (NSJ015917).

¹³ *Vid.* Gete-Alonso Calera (2018, p. 276): «La privacidad en las comunicaciones on line, se halla, por ejemplo, en aquellos en los que se establece la exclusividad entre dos personas (el correo electrónico o mensajería privada entre usuarios de redes sociales)».

En tercer lugar, el derecho a la imagen propia, que supone una manifestación del derecho a la intimidad, constituye el derecho a determinar la información gráfica formada a partir de los rasgos físicos personales que pueden tener difusión y el derecho a tener la opción de impedir la publicación o reproducción de la imagen o de los caracteres esenciales en cualquier medio, con independencia de la finalidad perseguida¹⁴.

Se constata, por tanto, que existe un fundamento constitucional para la obligación de protección y asistencia del menor de edad en el ámbito de las nuevas tecnologías.

Estos derechos tienen un doble contenido: el negativo y el positivo. Así, el aspecto negativo implica que no se trata de un carácter absoluto porque su nivel de protección dependerá del comportamiento de la persona: no es lo mismo una persona que es muy cauta con su vida privada y no hace exposiciones públicas de la misma, que una persona que vive constantemente exponiendo públicamente su faceta privada. En cambio, el aspecto positivo implica el control del mismo por su titular, es decir, el propio titular es el que decide lo que forma parte de su esfera privada y la dota de protección.

3. El ejercicio de actos relativos a los derechos de la personalidad por parte de menores de edad

Los titulares de los derechos de la personalidad son las personas físicas, sean o no menores de edad. Es decir, es irrelevante la capacidad de obrar de los mismos. Esto es así de acuerdo con las siguientes premisas. En primer lugar, la capacidad jurídica de la persona física se adquiere con su nacimiento. También porque uno de los rasgos característicos de los derechos de la personalidad es que se trata de derechos innatos, inherentes a la persona. Se ha reconocido expresamente por el ordenamiento jurídico en la Ley Orgánica 1/1996, en la Carta Europea de Derechos de los Niños.

En sede de derecho civil español, es en el artículo 162.2. 1.º del CC donde se prevé que se exceptúa de la representación legal «los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo». Este precepto fue objeto de reforma en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁵, donde se introdujo la posibilidad de intervenir de los responsables parentales en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia en los casos en los que el menor no tuviera madurez suficiente.

¹⁴ Según Gil Antón (2015, p. 69), «el derecho a la propia imagen se encuentra delimitado por la voluntad de su titular, que es a quien corresponde decidir si se permite o no la captación y difusión de la imagen».

¹⁵ BOE n.º 180, de 29 de julio de 2015.

En derecho civil catalán, la norma establecida en el art. 211-5 a) del CCC¹⁶ establece que el menor de edad puede hacer por sí mismo, según su edad y capacidad natural, los actos relativos a los derechos de la personalidad¹⁷. Este criterio se puede encontrar idénticamente reproducido en el artículo 222-47.2 a) del CCC, para la tutela¹⁸, y en el artículo 236-18.2a) del CCC para la potestad parental¹⁹. La LDOIA, en su artículo 17.1, también reconoce la capacidad del menor al incorporarlo como un principio general que integra su estatuto jurídico, cuando establece que, a excepción que la ley limite el ejercicio, los menores y los adolescentes pueden defender y ejercitar por sí mismos sus derechos.

De estas normas se desprende que el menor de edad deberá ser el que presta su consentimiento por sí mismo, concretamente al caso que nos ocupa, sobre la actividad virtual en Internet. Además, este consentimiento deberá ser expreso (art. 2 LO 1/1982). Ahora bien, en la práctica, se constata que los responsables parentales llevan a cabo el ejercicio del derecho a la intimidad y propia imagen de sus hijos menores edad sin su consentimiento, cometiendo una intromisión ilegítima de sus derechos²⁰.

Se trata de uno de los actos en los que se permite intervenir al menor, ya que su ejercicio contribuye al libre desarrollo de la su personalidad²¹.

¹⁶ Ammerman Yebra (2018, p. 262) no está de acuerdo:

Nos parece una limitación innecesaria que no solo contraviene el espíritu de la propia LO 1/1996, que pretende dotar de mayor autonomía al menor, sino también del propio artículo 3 LO 1/1982, que nada dice sobre la posibilidad de los responsables parentales, limitándola a los casos en que el menor carezca de capacidad natural.

¹⁷ *Vid.* Parra Lucán y Arenas García (2013, p. 597).

¹⁸ Este precepto nos dice que se exceptúa la representación legal del tutor en «els actes relatius als drets de la personalitat».

¹⁹ Se excluye de la representación legal del ejercicio de la potestad «els actes relatius als drets de la personalitat».

²⁰ Ysas Solanes (2013, p. 837) sostiene que al expresar el consentimiento a la intromisión «no implica la absoluta abdicación de los derechos, sino tan solo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran».

²¹ Entre los actos que afectan a la situación jurídica personal, además de los actos relativos a los derechos de la personalidad, también se permite intervenir al menor de edad por sí mismo en la emancipación y habilitación de edad a partir de los 16 años; vecindad civil y nacionalidad (arts. 14.3, 15.1, 20 y 21 CC); consentimientos para el internamiento y para modificarlo, consentimientos en el ámbito de las intervenciones clínicas y tratamientos médicos (art. 9.3.c de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica [BOE n.º 274 de 15 de noviembre de 2002]); consentimientos sobre la donación de células, tejidos u órganos (Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica [BOE n.º 159, de 4 de julio de 2007]); ejercicio del derecho de asociación y de asociaciones juveniles (arts. 2.1 LODA y 7.2 LOPJM).

El artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil²², define intromisión legítima en los siguientes términos:

Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

Para que una intromisión de estos derechos sea considerada legítima es preciso el consentimiento expreso de su titular, aquí el menor de edad. Tal y como sostenía Díez-Picazo, las intromisiones legítimas no son *numerus clausus*, con lo que hemos de entender que los menores se encuentran *hiperprotegidos*, y por ello, si es necesario, el Ministerio Fiscal y entidades públicas de protección de menores deberán actuar (art. 4.4 LO 1/1996). Esta hiperprotección será mayor conforme menos años tenga el menor de edad²³.

En la misma línea, se ha establecido en el Reglamento 679/2016, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en el tratamiento de datos personales y de la libre circulación de estos, que esta hiperprotección se debe a la su menor consciencia de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos²⁴.

En efecto, el consentimiento, que debe ser expreso, es el elemento legitimador de la intromisión a su intimidad, y de ahí su importancia²⁵.

²² En adelante Ley Orgánica 1/1996 (BOE n.º 15, de 17 de enero de 1996).

²³ Vid. Priego Fernández (2012, p. 40). También Gil Antón (2015, p. 86): «Se limita a ejemplificar algunos de ellos, por lo que no estamos ante un *numerus clausus*»; (2015, p. 100): «Sector de la población que requiere una mayor protección». En el mismo sentido, Sziron y Hildt (2018, p. 2) afirman: «The younger the child, the higher the degree of protection required».

²⁴ Vid. exposición de motivos n.º 38 donde se establece:

Los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse, en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños.

²⁵ Sobre esto, Gete-Alonso Calera (2018, p. 275) nos dice que «la falta de consentimiento solo puede suplirse, para hacer legítima a la intromisión, por la autorización judicial que, tampoco, siempre podrá decidir en todo».

3.1. Protección del *nasciturus*

Muchas veces el fenómeno *sharenting* comienza antes del nacimiento del hijo cuando los padres comparten en redes sociales datos o imágenes del feto. Cada vez son más populares las ecografías 3D o 4D y cada vez más frecuente que se exhiban en los perfiles de padres.

Así, a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 del CC, el concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que, con posterioridad, nazca con los requisitos establecidos en el artículo 30 del CC (nacer con vida y que se haya producido el entero desprendimiento del seno materno). El concebido es considerado «hijo» respecto de sus progenitores. Cuando el legislador nos hace referencia a «efectos que le sean favorables», debemos entender que la protección del mismo debe ser amplia y que comprende todos los aspectos de la persona del concebido, en especial los bienes de la personalidad²⁶.

De acuerdo con la Recomendación (97) 5 del Consejo de Europa, el ser humano en gestación es titular de sus datos personales, y si los datos identifican al feto (por ejemplo, ecografías), solo este puede ser tenido por su sujeto portador y afectado como lo sería de haber nacido²⁷.

Además, de acuerdo con el artículo 6.1.2.^a de la LEC, se otorga capacidad para ser parte en el proceso «al concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables», por los que comparecerán «las personas que legítimamente les representarían si ya hubieran nacido». Por ello, el *nasciturus* podría interponer, para protegerse de la intromisión ilegítima, la acción de cese (art. 9.2.uno y dos LO 1/1982), la acción de indemnización por daños y perjuicios (art. 9.2.uno y dos LO 1/1982), así como la general de responsabilidad extracontractual por culpa del artículo 1902 del CC.

Podría afirmarse que como no tiene personalidad jurídica —esta se adquiere con el nacimiento—, no puede ser titular de derechos, entre ellos los de la personalidad. Sin embargo, si nos atenemos a lo dispuesto en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1982, «aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquel constituye prolongación de esta última que debe ser también tutelada por el derecho». Por ello podemos defender que antes del nacimiento el *nasciturus* también debe ser protegido.

²⁶ Vid. Corripio Gil Delgado (2018, p. 161).

²⁷ Recomendación n.º R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre Protección de Datos Médicos.

3.2. Capacidad de obrar progresiva

Como se sabe, las personas menores de edad tienen personalidad jurídica desde el nacimiento (art. 30 CC) y con ello capacidad jurídica y capacidad de obrar. La capacidad de obrar, que tiene como presupuesto la capacidad natural, es la aptitud para realizar eficazmente actos jurídicos, para adquirir o ejercitar derechos y obligaciones. Por su parte, la capacidad natural, considerada como la capacidad de tomar conciencia de la trascendencia jurídica de los actos jurídicos, los autoriza a actuar autónomamente de sus padres o tutores en el ámbito concreto de sus actos²⁸.

Cuando decimos que dependerá de la madurez, que equivale a la capacidad natural, nos referimos a la capacidad cognitiva, intelectual y volitiva de la persona en general y del menor de edad. La problemática se encuentra en la dificultad de determinar en la práctica cuándo el menor cumple con las condiciones de madurez necesarias para el ejercicio de sus derechos de la personalidad, siendo preciso una valoración *ad hoc* de su madurez.

El artículo 2 de la LO 1/1982 nos dice que cuando las personas menores de edad no puedan actuar por sí mismas, porque no tienen la capacidad natural o, dicho en otros términos, madurez suficiente, lo harán sus representantes legales: los padres o, en su caso, los tutores legales. Ahora bien, estos deberán tener en cuenta la opinión o deseos de sus hijos menores de edad. Los menores deberán ser escuchados e informados de acuerdo con su capacidad natural y, en todo caso, a partir de los 12 años²⁹.

3.3. La edad

El ordenamiento jurídico no nos define quién es el menor de edad, sino que establece un sistema en el que llegada una edad (18 años) se presupone que la persona física tiene plena capacidad de obrar. Así, serán menores de edad los que no son mayores de 18 años (art. 12 CE).

Por un lado, el ordenamiento jurídico fija unas edades concretas en las que se podrán llevar a cabo determinados actos: a los 14 años se podrá otorgar testamento (art. 663 CC), a partir de los 12 años se podrá consentir la adopción (art. 177 CC) o a partir de los 16 años se podrá solicitar la propia emancipación (art. 317 CC)³⁰.

²⁸ Vaquer Aloy (2013, p. 247): «El consentiment evita que la intromissió en aquests drets es pugui considerar il·legítima». También *vid.* Gete-Alonso Calera (2018, p. 272).

²⁹ *Vid.* Egea Fernández (2017, p. 85).

³⁰ *Vid.* Parra Lucán y Arenas García (2013, p. 580).

Por el otro, la normativa internacional diferencia entre el niño (persona menor de 12 años) y el adolescente (persona entre 12 y 18 años)³¹.

Ahora bien, en algunos casos, no solo se tiene en cuenta la edad, sino la madurez de la persona, esto es, la capacidad natural. La persona menor de edad tiene limitada su capacidad de obrar y en consecuencia se encuentra sometida a los sistemas de guarda (patria potestad, tutela o curatela), lo que no se traduce en que no tenga autonomía.

Se considera que el criterio de la edad de la persona no ha de ser el único elemento para determinar si puede o no llevar a cabo el acto jurídico, sino al contrario: es la madurez o capacidad natural, y ello es debido a que estos actos suponen una manifestación del libre desarrollo de su personalidad. Ahora bien, será difícil valorar si se tiene o no ese nivel de madurez suficiente que le permita ser conocedor, que comprenda la trascendencia de sus actos³².

3.4. Reconocimiento de la autonomía

Cuando decimos que los menores de edad adoptan un papel activo nos estamos refiriendo al reconocimiento de su autonomía. En otras palabras, participan en los asuntos que les afecten. La protección del menor de edad pasa por darles este papel activo, por reconocerles su autonomía.

Autonomía, en sede de menores de edad, significa que estos individuos tienen libertad para gobernar sus propios actos. Ellos son los que toman la decisión sobre la realización del acto jurídico³³. Aquí nos referimos al ejercicio de su derecho a la intimidad o a la propia imagen, como manifestación de su personalidad. El menor de edad tiene que poder decidir si crea o no su huella digital por medio de las redes sociales y no sus padres. Y, si cabe, también deberá escoger cómo la crea, cuál es el contenido de la misma. Tiene que tener derecho a vetar que determinada información sobre su persona sea pública. Debe ser él mismo el que la construye³⁴.

³¹ Vid. Gete-Alonso Calera (2018, p. 272 y ss.).

³² Sobre la edad, Gil Antón (2015, p. 93): «Existe una tendencia [...] que aboga precisamente no por el criterio de la edad cronológica, sino por la autodeterminación informativa del menor, precisamente basada en los criterios de la madurez suficiente, lo cual puede ser un criterio válido en principio, pero difícil de determinar».

³³ Vid. Gete-Alonso Calera (2005, p. 11).

³⁴ De acuerdo con Lama Ayma (2006, p. 114), «experimentar con la propia imagen forma parte del aprendizaje vital y de la evolución del ser humano».

4. Sistemas de protección

4.1. El papel de los responsables parentales

Los responsables parentales en el ejercicio de la potestad parental deben velar para que los derechos de la personalidad de sus hijos menores de edad sean respetados y no sufran intromisión ilegítima alguna³⁵. Esto no quiere decir que podrán actuar en su nombre, sino lo contrario, los actos relativos a esta tipología de derechos serán llevados a cabo por sí mismos, siempre que su capacidad natural les permita. Así, de entrada, como regla general, se excluye la representación. Decimos de entrada porque podrá ser que no se disponga de esta capacidad, supuesto en el que sí que se requerirá de tal representación.

Siempre que sea posible, el papel de los responsables parentales debe ser el de asistencia³⁶. Por un lado, los menores son los titulares de estos derechos y siempre que la capacidad natural lo permita, ellos son los que llevarán a cabo su ejercicio; y, por el otro, de acuerdo con el principio del interés superior del menor de edad, en la medida que sea viable estos deberán tener un papel activo³⁷.

El contenido personal de la función parental incluye el deber de cuidar y el deber de educar (Gete-Alonso Calera, 2018, p. 283 y ss.). Estos deberes justifican el papel que los padres deben tener: vigilancia y control de las actividades del menor en el ámbito digital. Nótese que decimos actividades del menor y no de sus responsables parentales, con lo que serán los menores los que deberán crear por sí mismos, con su actividad en redes, su huella digital.

4.2. Intervención del Ministerio Fiscal

El artículo 4.4 de la Ley Orgánica 1/1996, sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, preceptúa que corresponde al Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones

³⁵ Shmueli y Blecher-Prigat (2011, p. 761): «The primary role and responsibility of parents is to protect their children».

³⁶ En este sentido, Shmueli y Blecher-Prigat (2011, p. 762) sostienen que «since children are immature, they are in need of adult guidance».

³⁷ *Vid.* Ysas Solanes (2013, p. 851): «El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten [...] se excluye la representación legal de los padres aquellos actos relativos a derechos de la personalidad».

para garantizar el respeto y la protección de estos derechos y «podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública³⁸.»

En la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo de 2006, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad o propia imagen de los menores se establece:

Los artículos 12 y 39.2 y 3 CE contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por tanto el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, en un primer nivel suministrados por los titulares de la patria potestad o por sus sustitutos y en un segundo nivel, en defecto o por insuficiencia del anterior, por las instituciones públicas (en especial, Entidades Públicas de Protección de Menores y el Ministerio Fiscal).

Algún sector de la doctrina propone modificar la norma porque la comunicación de los padres del consentimiento de sus hijos al Ministerio Fiscal no es eficaz ni el método más adecuado (Gete-Alonso Calera, 2018, p. 278).

5. Internet y las redes sociales

5.1. Estado de la cuestión

Cuando los responsables parentales deciden compartir en las redes sociales información personal sobre sus hijos menores, intencionadamente o no, pueden estar cometiendo una violación de su derecho a la intimidad y propia imagen. Así lo ha establecido la jurisprudencia. A modo de ejemplo podemos hacer referencia a la STS de 14 de julio de 2014³⁹, en la que se consideró intromisión ilegítima de estos derechos cuando se publican fotografías a través de direcciones de Internet. Normalmente esta actividad se lleva a cabo sin el consentimiento de los menores, ya sea porque tienen una edad demasiado corta para poder expresarla o porque los padres no son conscientes de que se lo deberían consultar. Es posible que cuando los niños o adolescentes tengan capacidad natural suficiente para

³⁸ Tal y como explica Lama Ayma (2006, p. 170), «aunque el menor con madurez suficiente puede consentir válidamente por sí mismo la intromisión en su derecho a la imagen, cuando dicha intromisión sea contraria a su personalidad o a sus derechos fundamentales deberá intervenir el Ministerio Fiscal aunque el menor pueda prestar válidamente su consentimiento por tener madurez suficiente, debiendo el Ministerio Fiscal actuar a posteriori para proteger el interés del menor».

³⁹ RJ 2014/4529.

comprender la trascendencia de estos actos, no estén de acuerdo con la huella digital que ha sido creada sin su consentimiento por sus padres⁴⁰.

La actual generación de personas menores de edad es la que más presencia tiene en Internet y en consecuencia la que sufre más intromisiones ilegítimas de sus derechos a la intimidad personal y familiar y la propia imagen⁴¹.

5.2. Privacidad e Internet

Los menores de edad, para el correcto y libre desarrollo de su personalidad necesitan privacidad y que sean ellos mismos los que decidan cómo actuar públicamente. Es en la minoría cuando la personalidad sufre su mayor desarrollo, lo que implica que el ordenamiento jurídico debe establecer un sistema de hiperprotección⁴².

Podemos clasificar tres niveles de protección. El nivel de protección más alto es aquel en el que no se publican imágenes de los menores ni se incluyen elementos en las mismas que puedan identificarlos. Se esperará a que los mismos tengan capacidad natural para que veten o no ese contenido. Es frecuente que los usuarios utilicen emoticonos tapando las caras de los menores, con lo que no se les puede identificar, o que se publiquen imágenes de espalda, o una parte del cuerpo (manos, pies), con lo que no se identifica al menor⁴³. De esta forma no estamos cometiendo una intromisión ilegítima sobre su derecho a la intimidad personal y familiar ni a la propia imagen.

⁴⁰ En efecto, tal y como establece Gil Antón (2015, p. 99), «cada persona define qué parcelas de su existencia desea compartir y cuáles prefiere salvaguardar». Gaëlle y Karen (2019, p. 4) destacan la importancia de que sea el propio adolescente el que diseña su huella digital: «Through sharenting, parents thus shape the digital identity of their children even before they become active in the online world themselves. This online representation might contradict with the way adolescents strive to represent themselves».

⁴¹ Shmueli y Blecher-Prigat (2011, p. 760): «The literature suggest that today's children are the most watched over generation in memory and that the monitoring of children is seen as a central characteristic of modern childhood».

⁴² Shmueli y Blecher-Prigat (2011, p. 772) lo afirma en los siguientes términos: «Children need physical privacy in order to develop their individuality and their self-reliance, as well as for the sake of their creativity and other attributes important to personal development».

⁴³ Algunos de los *influencers* de Instagram que utilizan esta técnica de protección de la intimidad e imagen de los menores de edad son el futbolista @marcbartra y su esposa @melissajimenez (6.300.000 y 650.000 seguidores, respectivamente, en abril 2019), la actriz @elenafuriase (396.000 seguidores en abril 2019), el torero @cayetanorivera y @evagonzalezoficial (398.000 y 1.100.000 seguidores, respectivamente, en abril 2019).

Un segundo nivel de protección es el que los padres configuren sus cuentas de las redes sociales como privadas. Esta configuración no garantiza que no se cometa una intromisión ilegítima porque dependerá de lo cautelosos que sean los responsables parentales a la hora de seleccionar sus *amistades*. Así, por ejemplo, no será lo mismo que un usuario tenga un perfil privado con 50 amistades, de las cuales una parte importante es familia y amigos que conoce personalmente, a otro que, aun teniendo una cuenta privada, tiene 2.500 amistades. En este caso es mucho más difícil de controlar, saber qué uso harán de la imagen de su hijo menor de edad.

Además, se debe tener en cuenta que cuando se publica una imagen, post o información en redes existe la posibilidad de filtrar entre las amistades quién puede tener acceso.

En Instagram, por ejemplo, cuando se publican *historias* (contenido que si no lo configuras como destacado es publicado durante solo 24 horas en el muro) se pueden configurar para que solo sea visible entre la lista de «Mejores amigos» (los usuarios la configuran entre sus amistades).

En Facebook, en las historias temporales y en las publicaciones del muro, se puede publicar seleccionando listas de «Amigos», «Amigos, excepto...», «Amigos concretos», «Familia» o «Mejores amigos».

En la aplicación de chat WhatsApp se permite que la imagen de perfil (que podría estar compuesta por la imagen de los hijos menores de edad) sea visible solo entre los contactos que han estado previamente guardados en nuestra agenda de contactos. Con esta medida contralamos que solo nuestros contactos tengan acceso a la imagen. WhatsApp también permite publicar historias. Así, sobre las «historias» la aplicación permite configurar la privacidad del usuario a tres niveles «Mis contactos», «Mis contactos, excepto...» y «Solo compartir con...».

El nivel de protección mínimo es aquel en que no se configura la privacidad de las cuentas de las redes, con lo que cualquier usuario de la red social en cuestión tiene acceso a las publicaciones. Es lo que se conoce como cuenta pública. Es en estos casos cuando la intromisión ilegítima al derecho a la intimidad y propia imagen será más grave, porque no se está llevando a cabo ningún control por parte del titular de la cuenta, aquí el responsable parental, sobre quién tiene acceso a la imagen y a los datos del menor de edad.

5.3. La huella digital

La huella digital puede conceptualizarse como el conjunto de información sobre la persona creada voluntariamente a través de la actividad virtual: páginas web, correo electrónico

nico, post en blogs o imágenes subidas en redes sociales, entre otras. Tal y como indica Solé Resina es el «rastros que se deja en Internet»⁴⁴.

Esta huella se irá formando a partir de la información contenida en Internet sobre la persona. Debe ser creada voluntariamente y en el caso de los menores de edad esta voluntariedad puede no estar garantizada porque ha estado formada a través de intromisiones ilegítimas llevadas a cabo por terceras personas, en muchos casos, por los responsables parentales que, en lugar de llevar a cabo el papel de protección que el ordenamiento jurídico les ha encomendado, han hecho *sharenting* u *oversharenting*. ¿Son conscientes los responsables parentales que con su actividad en redes se está ocasionando una intromisión ilegítima del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad? (en todo caso, como hemos dicho, la intención del daño en la intromisión es irrelevante). ¿Saben que están creando una huella digital sin que conste la voluntariedad del titular del derecho, esto es, del menor⁴⁵?

En muchos casos los responsables parentales no tienen el conocimiento ni la información suficiente para saber que su actividad digital está ocasionando una intromisión ilegítima de un derecho fundamental. Es muy probable que si se dispusiera de esta información, concienciación, educación, etc., los padres llevarían a cabo una actividad en redes sociales más responsable con el derecho a la intimidad personal y propia imagen de los menores de edad⁴⁶.

5.4. El consentimiento en las redes sociales

La importancia del consentimiento del menor de edad en las redes sociales radica en el hecho de que este es el elemento legitimador de la intromisión al derecho fundamental⁴⁷. Deberemos tener en cuenta, caso por caso, la capacidad natural del menor, esto es, la po-

⁴⁴ Solé Resina (2018, p. 419) añade que «la huella en la red global proporciona una información sobre la persona, que en cantidad y calidad puede ser muy relevante y que antes de que existiera Internet era mucho más difícil de obtener y recopilar». En el mismo sentido, Ammerman Yebra (2018, p. 254), cuando alude al fenómeno *sharenting*, explica que se está creando una «identidad digital de los menores [...]». Lo harán normalmente sin el consentimiento de los menores». También Sziron y Hildt (2018, p. 1): «There is now the awareness that children 0-5 are increasingly users of digital media themselves, which may lead to creating a digital footprint without knowing it».

⁴⁵ Vid. Gaëlle y Karen (2019, p. 8): «While parents share photos and information about their children online in order to boost their self-presentation as a parent, they also shape the digital identity of their children».

⁴⁶ Steinberg (2017, p. 847): «Most parents act with good intentions when they share personal information and photos of their children online. [...] But parents often share without being fully informed of the consequences of their online disclosures and many are unaware of the long-term consequences of their posts».

⁴⁷ Vid. Gil Antón (2015, p. 69): «El consentimiento del sujeto es determinante, [...] y respecto de los menores e incapacitados, la prohibición de captación y reproducción es absoluta y sin excepciones». En el mismo sentido, Gete-Alonso Calera (2018, p. 277): «Para legitimar la intromisión, la persona debe prestar su consentimiento expreso».

sibilidad de entendimiento y comprensión de la trascendencia del acto. De acuerdo con Gete-Alonso Calera remitimos a la capacidad natural nos permite afirmar que el menor de edad a partir de los 12/14 años deberá ser el que preste el consentimiento a la intromisión de su derecho a la intimidad o a la propia imagen. Es decir, deberá consentir o no que sus padres publiquen en sus perfiles su imagen o vídeos, pudiendo, por tanto, vetarlas (Gete-Alonso Calera, 2018, p. 278).

Hasta ahora, en el Estado español, la edad a partir de la cual se podía prestar el consentimiento en redes sociales eran los 14 años (art. 13.3 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre de protección de datos de carácter personal, actualmente derogada). Ahora bien, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales⁴⁸ se establece que la edad mínima será los 14 años (art. 7 LO 3/2018).

La problemática es más grave en los casos en los que los menores de edad tienen una edad menor, ya que en estos supuestos es difícil darles un papel activo porque carecen de capacidad natural y muchas veces son los responsables parentales los que deberían asistirlos y los que precisamente cometen esta intromisión ilegítima⁴⁹. Ahora bien, si su nivel de madurez y de comprensión de la trascendencia del acto le permite entender, se deberá consultar al menor sobre el contenido de su persona en la publicación, y si este considera que no debe ser público, podrá incluso vetar esa publicación⁵⁰.

5.5. Conductas lesivas y riesgos

A continuación se hará referencia a una serie de conductas que son especialmente lesivas y que implican graves riesgos, más a allá de la intromisión ilegítima del derecho a la personalidad.

a) Suplantación de identidad y *bullying*

Cuando los responsables parentales, aunque no sean conscientes⁵¹, publican información o detalles sobre los menores de edad, por ejemplo, el lugar, el nombre completo, la edad o

⁴⁸ BOE n.º 294, de 6 de diciembre de 2018.

⁴⁹ Ponen de manifiesto esta problemática Sziron y Hildt (2018, p. 2), y sostienen que «young children, ages 0-5, are not able to make autonomous decisions, and lack awareness of and ability to control possible negative consequences of their online activity and privacy».

⁵⁰ Gaëlle y Karen (2019, p. 18) destacan la importancia de la opinión, en su caso de los adolescentes: «Deleting these pictures immediately is very important according to these adolescents, in order to limit the potential impact of it».

⁵¹ De acuerdo con Steinberg (2017, p. 850): «Some parents are lulled into a false sense of security that the data they share about their children will not be seen beyond a select audience».

fotografías, se está facilitando que terceras personas puedan robar su identidad. Por ello, los padres, además de estar cometiendo una intromisión ilegítima, se deberían plantear que las imágenes que cuelgan en sus perfiles pueden ser copiadas o reproducidas. Alguno de los «amigos» que ha tenido acceso a las mismas las puede compartir o colgarlas en alguna web no deseada, dejándose de tener el control sobre las mismas.

Corremos el peligro de la viralización a través de «memes». Así, por ejemplo, en determinados momentos circulan a través de los grupos de WhatsApp imágenes o vídeos de carácter burlesco sobre menores de edad. Para nosotros puede ser una broma o un momento divertido. Sin embargo, nos debemos plantear si ese efecto dominó de transmisión de esa imagen consta con el consentimiento del menor e incluso si sus responsables parentales al compartir esas imágenes creían que era posible que se produjera este efecto viral, perdiéndose por completo el control de las imágenes y de su uso.

b) *Digital kidnapping*

En ocasiones, cuando los padres publican en redes sociales imágenes sobre sus hijos, estas son compartidas por terceras personas sin el consentimiento del menor ni del responsable parental. Se trata, en definitiva, de la difusión no consentida de fotografías por terceros⁵².

Algunos *influencers* que publican repetidamente imágenes sobre sus hijos indican en sus perfiles que no se utilicen las fotos de sus hijos. Ahora bien, para controlar efectivamente que no se difunda su imagen es recomendable configurar las cuentas como «privadas» y controlar las «amistades» de las mismas y, en su caso, vetar al acceso de determinadas personas.

c) Reputación digital

Todas las conductas lesivas anteriormente referenciadas pueden influenciar negativamente en la reputación digital de los menores de edad. De acuerdo con el derecho a un futuro abierto (*child's right to an open future*) deberán ser ellos mismos, cuando tengan autonomía y capacidad para comprender sus actos, los que configuren su huella y reputación digital.

Hay casos en los que los padres crean cuentas en las redes sociales en nombre de sus hijos, muchas veces desde su nacimiento. Los responsables parentales actúan como administradores de las mismas y diseñan un perfil del menor, frecuentemente compartidas con

⁵² En el trabajo de Steinberg (2017, p. 854 y ss.) se ejemplifica: «After posting a Picture of her two daughters, Ashley found it was share by another Facebook page that seemed to share many pictures of little girls».

los hermanos (nacidos o no)⁵³. También se dan casos en los que se crean cuentas de menores de edad que sufren alguna discapacidad, como el síndrome de Down⁵⁴. Ante estas prácticas podemos encontrarnos en supuestos de *oversharenting*. No solo se comparten sus imágenes y datos personales, sino que se crea un perfil que afectará a la reputación digital y a su huella digital.

6. El interés superior del menor de edad

De acuerdo con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de los Niños de las Naciones Unidas y el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor el interés superior del menor es el principio que se deberá tener en cuenta a la hora de elaborar, aplicar e interpretar las leyes. En el caso que nos ocupa, deberemos plantearnos cómo afectan las publicaciones de menores en redes sociales al interés superior del menor de edad⁵⁵.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado en el sentido que el mismo no se puede precisar genéricamente, sino que será caso por caso cuando se concretará su alcance⁵⁶. El Tribunal Supremo ha establecido, además, con su jurisprudencia⁵⁷, que se trata de un principio de orden público.

Si tenemos en cuenta el fenómeno del *sharenting* notaremos que, de acuerdo con este principio, con el objeto de proteger el derecho a la intimidad de los menores de edad, se

⁵³ Algunos ejemplos de menores *influencers* que disponen de cuentas propias en Instagram: @minicavalliers, 9.490 seguidores en abril 2019, cuenta de Constanza (2 años) y Miranda Bruno (aún no ha nacido - *nasciturus*); @eldiariodenaturaydelmar, 84.800 seguidores en abril 2019, cuenta de Natura (2 años) y DelMar Furio (2 meses); @mysweetvalerie, 35.100 seguidores en abril 2019, cuenta de Valeria Pérez (3 años) en su perfil se redirecciona vídeo de su nacimiento en el canal de YouTube.

⁵⁴ Algunos ejemplos de menores de edad con síndrome de Down *influencers* que disponen de cuentas propias en Instagram: @bosco_star, 3 años de edad y 9.100 seguidores en mayo 2019; @pepitamola, 4 años y 240.000 seguidores en mayo 2019. Los hashtags «t21», «t21rocks» o «t21baby» tienen 376.000, 36.300 y 5.300 fotografías respectivamente, en mayo 2019.

⁵⁵ Gete-Alonso Calera (2015, p. 3): «A partir del moment en que se'l pren com a subjecte no només passiu sinó actiu, la qual cosa es tradueix en l'admissió d'autonomia, per donar-li entrada i participació en els assumptes que l'afecten». En el mateix sentit, *vid.* Egea Fernández (2017, p. 85): «Concebem las personas menores de edad com a subjectes actius, participatius i creatius, amb capacitat de modificar el seu propi medi personal i social». También Parra Lucán y Arenas García (2013, p. 594): «La protección del menor solo se puede conseguir considerándole como un sujeto activo, lo que se traduce en un reconocimiento cada vez mayor de su autonomía».

⁵⁶ *Vid.* Parra Lucán y Arenas García (2013 p. 587).

⁵⁷ SSTs de 31 de mayo de 2011 (recurso 202/2008) y de 25 de abril de 2011 (recurso 2244/2008).

debería prever alguna norma jurídica que garantice expresamente este interés o diseñar políticas públicas en esta dirección⁵⁸.

Por ejemplo, en la Comunidad Valenciana prevé expresamente la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia⁵⁹, en su artículo 32.3, que «las personas progenitoras, o los que, en su lugar, ejerzan la guarda, deben acompañar a los niños, las niñas o los adolescentes en su aprendizaje en el buen uso de Internet y de las redes sociales».

Por su parte, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia⁶⁰, abasta la legislación catalana sobre esta materia. El interés superior del niño y del adolescente es uno de sus principios rectores con lo que, de acuerdo a su artículo 3, sobre la responsabilidad ciudadana y pública, existe la obligación de garantizar el respeto efectivo de este principio rector, con lo que las normas y las políticas públicas deberán garantizarlo.

7. Resarcimiento por el daño causado con la intromisión ilegítima

La producción del daño derivado de la intromisión ilegítima mediante la publicación en redes sociales de su imagen permitirá al afectado (en el caso que nos ocupa, el menor de edad) ejercer varias acciones para su resarcimiento. En particular, el afectado puede acudir a la prevista en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 para el cese y la compensación del daño por intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como a la general de responsabilidad extracontractual por culpa del artículo 1902 del CC⁶¹.

Debemos tener en cuenta que no se requiere en la intromisión ilegítima una intención especial de querer perjudicar (*animus iniuriandi*). La voluntad o no de causar el daño es irrelevante y de hecho en muchos casos los padres desconocen que con sus publicaciones las están causando.

⁵⁸ En Italia, por ejemplo, tal y como establece Bari (2017-2, p. 266), la policía italiana invita a los responsables parentales a reflexionar sobre los riesgos de la exposición de la imagen de sus hijos en redes sociales:

Questo pericolo è stato recentemente sottolineato in ambito italiano anche dalla polizia postale, la quale ha invitato gli adulti e in particolare i genitori a riflettere sul fatto che a finire potenzialmente nelle mani sbagliate potrebbero essere non soltanto le immagini inserite sui social network senza restrizioni, e quindi visibili a qualsiasi utente, ma anche quelle diffuse in gruppi privati o anche quelle pubblicate impostando con cura i parametri relativi alla privacy del proprio portfolio.

⁵⁹ BOE n.º 39 de 14 de febrero de 2019.

⁶⁰ DOGC núm. 5641, de 2 de junio de 2010. *Vid.* Garriga Gorina (2010).

⁶¹ Sobre las garantías civiles de los derechos de la personalidad *vid.* García Rubio (2013, p. 624 y ss.).

7.1. Legitimación activa

La legitimación para reclamar corresponde al hijo cuando adquiera la mayoría de edad, al Ministerio Fiscal y, cuando la intromisión se haya llevado por solo uno de los titulares de la patria potestad, al otro progenitor en su representación.

A tenor del artículo 7 de la LEC relativo a la comparecencia en juicio y representación «solo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles». Y, en el caso que nos ocupa, en tanto que son menores de edad con la capacidad de obrar limitada, «mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley».

7.2. Acciones

Entendemos que se podrían interponer las acciones de la Ley Orgánica 1/1982 y la de responsabilidad civil extracontractual del 1902 CC.

La acción de cese y la acción de indemnización por daños y perjuicios se encuentran reguladas en el artículo 9.2.uno y dos de la Ley Orgánica 1/1982, en los siguientes términos:

La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

Por un lado, la acción de cese (art. 9.2.a y b LO 1/1982) deberá conllevar que se eliminen las publicaciones con datos o imágenes de los menores de edad. Se deberán borrar las mismas. El problema puede ser mayor si no se ha llevado a cabo un exhaustivo control de las mismas, por ejemplo, porque la cuenta es pública y terceros han utilizado esas imágenes. De ahí la importancia de la prevención y de controlar *a priori* los datos que compartimos.

Por el otro, respecto a la acción de indemnización por daños y perjuicios (art. 9.2.uno y dos LO 1/1982) se deberá valorar el daño moral, en este caso entendido en la posibilidad de que uno mismo no pueda desarrollar libremente su personalidad y que, contra su voluntad, se hayan hecho públicos datos de su vida privada. En el caso de que como consecuencia de estas intromisiones ilegítimas los responsables parentales hayan obtenido una ganancia por su explotación comercial, este beneficio se deberá tener también

en cuenta. Esto será especialmente relevante en los casos en los que los sean padres *influencers* (esto es, perfiles con muchos seguidores)⁶².

En tercer lugar, es oponible también la acción por responsabilidad extracontractual por culpa del 1902 del CC, en virtud del cual existe la obligación de reparar el daño (intromisión en el derecho a la intimidad y propia imagen) causado a terceras personas (menores de edad). De acuerdo con el sistema del derecho de daños, quien causa un daño debe repararlo⁶³.

Ante los casos más graves podríamos llegar a cuestiones si estas intromisiones ilegítimas de un derecho fundamental pueden ser susceptibles de suspender o privar la patria potestad.

Téngase en cuenta, además, que estas acciones caducan a los cuatro años desde que el legitimado (aquí el menor de edad) pudo ejercitarlas (art. 9.5 LO 1/1982). ¿Cuándo debemos considerar que las pudo ejercitar? Parece acertado considerar que el plazo de caducidad comenzaría a correr desde que el menor de edad tiene capacidad natural para consentir estas intromisiones.

⁶² Por ejemplo, en los EUA, con el fenómeno Daddy of Five se llegó a retirar la patria potestad. Estos padres publicaban en su canal de YouTube vídeos y fotografías de sus hijos con una actitud muy burlesca y gran parte del contenido fue viralizado. En este caso se les llegó a acusar de maltrato infantil.

⁶³ Por ejemplo, la STS 409/2014, de 14 de julio (recurso 995/2012) establece que la indemnización se establecerá en función de las circunstancias, la difusión y el beneficio obtenido:

Acreditada la intromisión ilegítima en la intimidad del menor, procede de conformidad con el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 determinar la cuantía de la indemnización en los términos debatidos en la instancia. La parte demandante solicitó la cantidad de 30.000 euros, que la demandada considera desproporcionada. Se considera, sin embargo, que la cantidad solicitada en la demanda es proporcionada a: a) las circunstancias del caso, en el que se ve afectada una menor de edad, en un asunto en el que podría haberse visto afectada su seguridad, y en el que probablemente, como consecuencia del mismo, se aumentó el miedo o preocupación de la menor; b) la difusión del medio, por vía no solo de la revista, sino también a través de su página web con un número de visitas importante, según la documental obrante en autos; y c) el beneficio obtenido, que afirma la parte demandada fue de 8.702 descontados costes, pero con un dato de ingresos reconocido de más de 120.000 euros entre ingresos directos y publicidad, sin que se estime procedente, en atención a la materia, la condena a difundir el fallo de la sentencia, dado el tiempo transcurrido desde la publicación de la noticia y en interés precisamente de la menor.

También se puede traer a colación la SAP de Pontevedra, de 20 de abril de 1994 (rollo de apelación núm. 219/1993), donde, aunque la madre consintió tácitamente, se consideró que, como no constaba la comunicación al Ministerio Fiscal, el uso de la imagen de la menor vulneraba su interés y se debía indemnizar por el daño producido. Otra sentencia que interesa citar es la SJPI de Valladolid 104/2019, de 28 de junio (procedimiento núm. 1112/2018):

La realidad de un uso no autorizado de la imagen con fines comerciales o publicitarios desde el 22 de octubre del 2018 hasta el 19 de junio del 2019, y, por tanto, presumiéndose que el perjuicio existe por la intromisión ilegítima producida, la valoración del mismo debe reducirse a una suma más reducida de 6.000 €, más acorde a las circunstancias ya descritas, al daño efectivamente producido y al beneficio comercial/empresarial obtenido por dicho uso no consentido.

8. Estado de la cuestión en sede de derecho comparado

8.1. La protección digital del menor de edad en el estado de California

Los EUA han sido los pioneros en la regulación del derecho a la privacidad de las personas menores de edad a Internet. En 1998 se publicó la *Children's Online Privacy Protection Act (COPPA)* en la que se estableció, entre otras medidas, que se debía incluir información sobre la política de privacidad de las webs.

En los EUA, como regla general, los menores de 13 años requieren el consentimiento de sus padres o representantes legales para que puedan tener un perfil propio en redes sociales. Respecto a los padres, se calcula que el 83 % de los mismos tiene un papel activo sobre su actividad parental en las redes sociales. Esta actividad parental comporta, en muchos casos, una intromisión ilegítima al derecho a la intimidad y propia imagen de sus hijos⁶⁴.

Por su parte, California es el estado de los EUA que se conoce popularmente como el líder de la protección de la privacidad digital⁶⁵. En efecto, la Ley de privacidad de los menores de edad permite, expresamente, que las personas menores de edad puedan eliminar post de las redes sociales⁶⁶.

8.2. La doctrina europea: el derecho al olvido y a un futuro abierto

En sede europea, el derecho al olvido implica la posibilidad de las personas, en este estudio menores de edad, de eliminar los datos personales de Internet (Sziron y Hildt, 2018, p. 2). Estos datos personales han sido proporcionados por los responsables parentales, y de ahí que este fenómeno sea conocido como *sharenting*. Algunos autores afirman que los menores de edad tienen el derecho a un futuro abierto (*child's right to an open future*) en el sentido de que cuando tengan capacidad natural para comprender las consecuencias de su presencia en el mundo virtual, deben tener la posibilidad de esco-

⁶⁴ Gaëlle y Karen (2019, p. 3): «Several of them admit that they sometimes share inappropriate things, which might have some consequences for their children».

⁶⁵ Vid. Steinberg (2017, p. 863): «One state offers additional protections to children to protect their privacy in the online context: California».

⁶⁶ Cal. Business & Profession Code, Chapter 22.1 Privacy Rights for California Minors in the Digital World [22580 - 22582].

ger cuál y cómo debe ser su huella digital. En definitiva, son ellos y no sus responsables parentales los que la deben configurar⁶⁷.

8.3. *L'art. 226-1 Code pénal* de Francia

Debemos hacer referencia a este Estado porque es en Francia donde aparece por primera vez el concepto de interés superior del menor de edad. Es por ello que no nos debe sorprender que sea precisamente en este Estado donde se regule expresamente la responsabilidad civil y penal de los responsables parentales por la intromisión ilegítima del derecho a la imagen y a la intimidad de sus hijos menores de edad.

Así, el Código Penal francés permite a los menores de edad demandar a sus padres por publicar fotografías en Internet⁶⁸. En efecto, el artículo 226-1 del *Code pénal* dispone que pueden ser sancionados con 45.000 euros y con una pena de un año de prisión por la publicación de imágenes sin su consentimiento.

9. Propuesta de guía de buenas prácticas

A continuación se propone una guía de buenas prácticas que deberían tener en cuenta los responsables parentales y que tiene por objetivo proteger el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los hijos menores de edad en las redes sociales:

- a) Familiarizarse y conocer las normas de privacidad de las diferentes redes sociales para poder saber el impacto que tienen las publicaciones. Tener en cuenta que muchas veces las opciones de privacidad permiten bloquear perfiles determinados que nos puede interesar que no tengan acceso a nuestro contenido⁶⁹.
- b) Activar un sistema de alerta como Google Alert que nos permita saber y controlar cuándo se publica en alguna página web información sobre nuestro hijo menor de edad. También se deberían activar las notificaciones de las aplicaciones en nuestros dispositivos para controlar los comentarios y saber lo que se está mencionando en redes sobre ellos.

⁶⁷ En este sentido, Sziron y Hildt (2018, p. 1) sostienen: «The child's right to an open future is a set of autonomy rights-in trust. Children cannot exert these rights yet, but these rights can be violated before the child acquires the capability to act autonomously».

⁶⁸ Vid. Chazan (March, 1, 2016) y Blum-Ross y Livingstone (2017, p. 110).

⁶⁹ Steinberg (2017, p. 867) propone «educate parents about their use of social media consistent with the recognized need to protect children's privacy».

- c) Cuando se comparte información sobre datos personales de los menores de edad es también recomendable hacerlo de forma anónima para respetar su privacidad y evitar que quede dañada su reputación digital. En la misma línea, y por motivos de seguridad, se debe evitar dar la localización del niño o la niña.
- d) Es importante que las cuentas de las redes sociales sean privadas. Esta configuración permite tener un mayor control sobre quién tiene acceso a esa información o imagen y administrar nuestro público⁷⁰.
- e) Tener la máxima cautela a la hora de compartir información sobre las personas menores de edad. Existe la posibilidad, cuando se comparten imágenes y datos, de filtrar entre un grupo concreto de usuarios. De esta forma las publicaciones solo se mostrarán en el grupo escogido, configurado, por ejemplo, por miembros de la familia.
- f) En la medida que el menor de edad tenga madurez suficiente para comprender los actos, consultarle sobre los mismos y darle la oportunidad de vetar la publicación sobre su imagen si lo estima conveniente⁷¹.
- g) Evitar compartir imágenes de los menores de edad desnudos o semidesnudos. A veces son frecuentes las imágenes y vídeos de bebés a la hora del baño.
- h) Preguntarse sobre los efectos que pueden tener a medio y largo plazo en el libre desarrollo de su personalidad estas intromisiones ilegítimas. Es importante que sean ellos mismos los que, con el libre ejercicio de este derecho fundamental, construyan a su arbitrio su huella digital.
- i) Por parte de las Administraciones públicas diseñar campañas de concienciación o de salud pública. Concretamente se deberían llevar a cabo las siguientes políticas: por un lado, proponer una guía de buenas prácticas para responsables

⁷⁰ SAP de Lugo (Sec.1.ª) 57/2017, de 15 de febrero (recurso de apelación núm. 377/2016):

Falta de prueba de que el acceso a la cuenta de Facebook de la demandada fuese público, y al no constar más que la posibilidad de acceso a las fotografías y comentarios realizados por la abuela de los menores de un círculo íntimo de familiares y amigos, entre los que se encontraría la madre y los padres de los niños, no puede entenderse que se haya producido una vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de los menores, por adecuarse la actuación de la abuela a los usos sociales cada vez más extendidos de publicación de noticias y fotografías del ámbito familiar entre los más allegados. Sin embargo, la conclusión podría haber sido diferente si se tuviera constancia de que tales datos estuvieran al alcance de cualquier usuario, sin que la prueba practicada en autos haya acreditado tal extremo, como ya hemos dicho.

⁷¹ Bari (2017-2, p. 268) considera que los menores de edad mayores de 5 años ya tienen un desarrollo de su personalidad que les permite decidir sobre la publicación de su imagen en redes sociales. Sziron y Hildt (2018, p. 1 y ss.) centran su estudio en los menores de 0-5 años por ser en esta franja de edad especialmente vulnerables y según él a partir de los 5 años ya pueden ser conscientes.

parentales. Por el otro, siguiendo el modelo implantado en el Reino Unido⁷², establecer un programa curricular obligatorio en los planes docentes de la enseñanza obligatoria (educación primaria y educación secundaria obligatoria) sobre un buen ejercicio y la responsabilidad del uso de los datos y la imagen en las redes sociales.

10. Conclusiones y reflexiones finales

1. Los menores de edad se encuentran sobrepuestos en las redes sociales como consecuencia de la conducta de los responsables parentales.
2. Se constata que, en sede de derechos de la personalidad, los menores de edad son los que deben llevar a cabo por sí mismos su ejercicio, siempre que dispongan de capacidad natural.
3. Cuando los responsables parentales, sin el consentimiento de sus hijos menores de edad, publican datos o fotografías de estos, están cometiendo una intromisión ilegítima del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Es precisamente este consentimiento el elemento legitimador de esta intromisión y de ahí su importancia.
4. Es posible que en los próximos tiempos el fenómeno *sharenting* evolucione hacia lo que algunos estudiosos están comenzando a conceptualizar como *oversharenting*, debido a la sobrexposición de los menores en redes sociales y a la creación por parte de los padres de cuentas/perfiles a su nombre desde su nacimiento.
5. Se propone diseñar políticas de educación y de consciencia sobre la publicación de imágenes y datos de los menores de edad y de sus consecuencias. Se debe procurar hacer un uso saludable de Internet.
6. Los menores de edad, cuando adquieran la capacidad natural, y, en su caso, el Ministerio Fiscal podrán interponer una acción de cesación de la intromisión ilegítima, una acción de indemnización por daños y perjuicios o de responsabilidad extracontractual.
7. En sede de derecho comparado, los EUA y Francia son Estados que están llevando a cabo políticas de protección de estos derechos a los menores de edad. Nos podríamos plantear si pueden ser modelos a seguir o que nos puedan ayudar a diseñar nuestras propias líneas de actuación.

⁷² Vid. Sziron y Hildt (2018, p. 2). En efecto, el Reino Unido ha diseñado el UK Children Commissioners, que se imparte obligatoriamente en las escuelas a menores de edad entre 4 y 14 años.

Referencias bibliográficas

- Ammerman Yebra, J. (2018). El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8 bis (extraordinario), 253-264.
- Bari, C. di (2017-2). L'infanzia rappresentata dai genitori nei social network: riflessioni pedagogiche sullo sharenting. *Studi sulla Formazione*, 20.
- Blum-Ross, A. y Livingstone, S. (2017). «Sharenting» parent blogging, and the boundaries of the digital self. *Popular Communication*, 15(2).
- Cadenas Osuna, D. (2018). El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el common law. *Anuario de Derecho Civil*, 3, 789-853.
- Corripio Gil Delgado, M. R. (2018). El ser humano en gestación. Hacia un estatuto civil del «hijo no nacido». *Revista Derecho Civil*, V(4), 139-182.
- Chazan, D. (March 1, 2016). French parents «could be jailed» for posting children's photos online. *The Telegraph*.
- Egea Fernández, J. (2017). Article 211-5: Minoria d'edat. En J. Egea Fernández y J. Ferrer Riba (Dir.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya: La persona física i les institucions de protecció de la persona* (pp. 83-90). Barcelona: Atelier Llibres Jurídics.
- Gaëlle, O. y Karen, V. (2019). Sharenting: Parental adoration or public humiliation? A focus group study on adolescents experiences with sharenting against the background of their own impression management. *Children and Youth Services Review*.
- García Rubio, M. P. (2013). Los derechos de la personalidad. En M. C. Gete-Alonso Calera (Dir.) y J. Solé Resina (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física* (t. 2, pp. 595-632). Pamplona: Civitas.
- Garriga Gorina, M. (2010). Nota a la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència. *InDret*, 3.
- Gete-Alonso Calera, M. C. (2005). Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana. *InDret*, 1.
- Gete-Alonso Calera, M. C. (2018). Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana. En J. Solé Resina y V. Almada Mozetic (Coord.), *Derechos fundamentales de los menores (desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)* (pp. 271-288). Madrid: Dykinson.
- Gil Antón, A. M. (2015). ¿Privacidad del Menor en Internet? «Me gusta» ¡¡¡todas las imágenes de «mis amigos» a mi alcance con su simple «click»!!! Pamplona: Thomson Reuters.
- Lama Ayma, A. de (2006). *Los derechos de la personalidad de los menores de edad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lambea Rueda, A. (2018). Entorno digital, robótica y menores de edad. *Revista de Derecho Civil*, 4, 183-232.
- Parra Lucán, M. A. y Arenas García, R. (2013). Minoría de edad. En Gete-Alonso Calera, M. C. (Dir.) y J. Solé Resina (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física* (t. 1, pp. 579-642). Pamplona: Civitas.
- Priego Fernández, V. (2012). La protección jurídica del derecho a la intimidad de los menores en la red. En E. Jordá Capitán (Coord.), *Los derechos de la personalidad de los menores y las nuevas tecnologías* (pp. 35-72). Madrid: El Derecho.



- Shmueli, B. y Blecher-Prigat, A. (2011). Privacy for children. *Columbia Human Rights Law Review*, 42, 759.
- Solé Resina, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo actual. *Anuario de Derecho Civil*, LXXI(2), 417-440.
- Steinberg, S. B. (2017). Sharenting: Children's privacy in the age of social media. *Emory Law Journal*, 66(839), 849.
- Sziron, M. y Hildt, E. (2018). Digital Media, the Right to an Open Future, and Children 0-5. *Frontiers in Psychology*, 9, 1-3.
- Tintoré Garriga, M. P. (2017). Sharenting y responsabilidad parental. Monográfico: menores y redes sociales. *Revista La Ley Derecho de Familia*, 14, 43 y ss.
- Vaquer Aloy, A. (2013). Els drets de la personalitat. En A. Vaquer Aloy (Coord.), *Dret Civil. Part general i dret de la persona*. Barcelona: Atelier.
- Yiseul Choi, G. y Lewallen, J. (2018). «Say Instagram, Kids!»: Examining Sharenting and Children's Digital Representations on Instagram. *Howard Journal of Communications*, 29(2), 144-164.
- Ysas Solanes, M. (2013). Derechos en la esfera moral. En M. C. Gete-Alonso Calera (Dir.) y Solé Resina, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física* (t. 2, pp. 833-876), Pamplona: Civitas.

Derecho a la intimidad: cámaras disuasorias; dimensión objetiva del derecho

(Comentario a la [STS de 7 de noviembre de 2019](#))

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Tutela del derecho fundamental a la intimidad por la colocación de cámaras de vigilancia no aptas para grabar imágenes (función meramente disuasoria), pero una de las cuales estaba orientada hacia la finca del demandante. Al menos una de las cámaras, por su orientación hacia el jardín exterior de la vivienda, posibilitaba que el demandante y su familia pudieran sentirse observados en su propia parcela, no solo en la entrada y salida de la finca. La situación, por tanto, era objetivamente idónea para coartar su libertad en la esfera personal y familiar (y no meramente subjetiva), pues quien se siente observado hasta ese extremo no se comportará igual que sin la presencia de cámaras, y no tiene por qué soportar una incertidumbre permanente acerca de si la cámara orientada hacia su finca es o no operativa, pues su apariencia externa le impide comprobarlo, mientras que la demandada siempre tendría la posibilidad de sustituirla por una cámara operativa. Tampoco puede considerarse un *usus inoqui* en el ámbito de las relaciones de vecindad, pues su uso es objetivamente perturbador de la intimidad, sin necesidad alguna.

Palabras clave: intromisión ilegítima en la intimidad; cámaras de vigilancia; cámaras no operativas.

Fecha de entrada: 13-12-2019 / Fecha de aceptación: 27-12-2019

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de noviembre de 2019).

1. Vulneración de los derechos fundamentales

En relación con la vulneración de los derechos fundamentales, siempre surgen situaciones que pueden considerarse poco habituales y que pudieran determinar la vulneración del derecho fundamental invocado. Es el supuesto de la sentencia que se comenta, en el que el actor demanda la vulneración del derecho a la intimidad.

Es necesario mencionar que tratándose de una cuestión que afecta a los datos de carácter personal, el actor denunció ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), que archivó el expediente incoado por no apreciar la afectación del derecho a la intimidad, y haber procedido la denunciada a cumplir con el requerimiento que le hizo al demandado. Por dicho motivo decidió interponer la demanda en defensa de su intimidad y la de su familia.

De manera resumida el actor pretende que se declarara la vulneración del derecho a la intimidad suya y de su familia, como derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del actor, por la instalación de unas cámaras de grabación simuladas instaladas por el demandado que abarcaba las entradas y salidas de su vivienda, tanto de vehículos como de personas, y una parte de la propia parcela. El demandado contestó interesando que se desestimara la demanda interpuesta.

En primera instancia el juzgado desestimó la demanda ante la falta de aptitud de las cámaras para captar y grabar imágenes, cuya función meramente disuasoria descartaba la vulneración de la intimidad e imagen del demandante.

Sin embargo, el actor interpuso recurso de apelación por entender que no era ajustada a derecho ni a las sentencias dictadas por diferentes audiencias provinciales y por el Tribunal Supremo en su sentencia de 799/2010 (NCJ054221), interesando tanto el fiscal como el demandado la desestimación del recurso presentado y la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia. La audiencia estimó íntegramente el recurso presentado y declaró la existencia de una intromisión ilegítima en su intimidad personal y familiar, condenando al demandado.

Por el demandado se interpuso recurso de casación por entender que la sentencia de apelación considera que el derecho a la intimidad resulta vulnerado también en casos como este, en que el demandante no tiene la seguridad de que los dispositivos falsos no vayan a ser sustituidos en un momento posterior a este litigio por dispositivos aptos para grabar imágenes, pero este razonamiento supone extender la condena de futuro a casos no legalmente previstos.

Se opusieron tanto el demandante como el Ministerio Fiscal interesando su desestimación.

2. Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la CE ha sido delimitado por parte de nuestro Tribunal Constitucional como garante de la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, que atribuye a su titular «el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida» (entre otras, SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11 [NSJ025109], y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8 [NCJ052846]), y, en consecuencia, «el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido» (entre otras, SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2 [NSJ015917]; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5 [NCJ042211]; 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2 [NCJ048946], y 25/2019, de 25 de febrero, FJ 4 [NCJ063890]).

Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegibles frente a intromisiones ilegítimas es el de «las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno» (SSTC 12/2012, FJ 5 [NCJ056353] y 25/2019, de 25 de febrero, FJ 4 [NCJ063890]).

En la relación con el derecho fundamental a la intimidad, nuestro Tribunal Constitucional ha venido entendiendo también que la relevancia pública de la información justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia (SSTC 134/1999, FJ 8; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 9; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8; 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3, antes citada; 127/2003, de 30 de junio, FJ 8 [NCJ041630], y 24/2019, de 25 de febrero [NCJ063889]).

Asimismo la STC 57/1994, de 28 de febrero señala que «los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución solo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, FJ 7, y 1/1982, FJ 5, entre otras)», y que, «en todo

caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986 , FJ 3)».

3. La vulneración del derecho a la intimidad

Conforme con la STS 799/2010 (NCJ054221), el derecho a la intimidad, como el Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de advertir, en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTS de 9 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre, y STC 98/2000, de 10 de abril [NCJ052076], entre otras).

Igualmente es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho.

El artículo 7.2 y 5 de la Ley Orgánica 1/1982 de protección del honor, intimidad y propia imagen considera intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras sin perjuicio de los supuestos de consentimiento expreso del titular del derecho y de actuaciones autorizadas por una ley, «el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas» y «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2».

De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes:

- Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad).
- Si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad).
- Y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Es evidente que una intromisión mediante la grabación de las entradas y salidas del domicilio del recurrido no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo,

proporcionada para alcanzarlo y que se lleve a cabo utilizando solo los medios necesarios para lograr una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho a la intimidad.

Además, la posibilidad de que el demandante creyera que tanto él como su familia podrían ser vistos cuando se encontraban dentro de la parcela, en el jardín exterior a su vivienda, y no solo cuando entraban y salían de la finca por la puerta que daba acceso al camino, sobre el cual ostentaba un derecho de servidumbre de paso, y de ese modo objetivo es idónea para coartar su libertad en las esferas personal y familiar, por ser evidente que quien se siente observado hasta ese extremo no va a comportarse igual que como lo haría antes de conocer la existencia de las cámaras; suponía impedimento objetivo para que el afectado pudiera disfrutar de su derecho a la intimidad en plenitud.

4. Conclusión

Resulta evidente que la intimidad se ve afectada desde la perspectiva de que las cámaras son una amenaza en la integridad de los derechos cuyo reconocimiento se impetra, que no pueden ejercitarse plenamente sin esa apariencia de integridad que les falta, y ante la posibilidad de la grabación, o cambio de aparatos por otros verdaderos, aspectos o circunstancias que quedan al margen del control del demandante. Esto motiva que el actor viva en permanente incertidumbre y desasosiego desde el momento en que están instaladas las cámaras simuladas, es decir, la intimidad está afectada en su integridad por el solo hecho de estar visibles las cámaras, lo que limita su ejercicio, y determina la existencia de la vulneración del derecho fundamental a la intimidad.

El simple hecho de que cualquier persona tenga en las proximidades de su vivienda, como en el caso de la sentencia que se comenta, donde se desarrolla el derecho a la intimidad, la instalación de unas cámaras disuasorias o no, que permitan o puedan permitir la grabación de sus actos íntimos de la vida, predispone a dicha persona en cuanto a su comportamiento y actuación por el hecho de verse expuesto a la posible grabación que pudieran realizar los dispositivos instalados.

Por otro lado, nunca existió consentimiento expreso ni tácito a esa instalación; sin más se instaló en dirección a la vivienda, garaje y parcela del actor y su familia, y pese a la denuncia presentada en la AEPD allí permanecieron, afectando de manera desproporcionada el derecho a la intimidad que se defiende por el actor. Por otro lado, el demandado propietario de la finca colindante no realizó ningún acto de reorientación de las cámaras que afectaban a la colindante, por lo que fue necesaria la interposición de la demanda y la solicitud de una sentencia que ordenara la cesación de esa vulneración.

Tampoco había una pretensión económica por el actor, de la que pudiera presumirse un interés lucrativo con la interposición de la demanda, a sabiendas de que no tenía afectado el derecho fundamental invocado, sino solo una declaración de la vulneración de su

derecho y la consecuencia derivada de dicho reconocimiento, reorientación o retirada de los dispositivos; no solicitó indemnización de ningún tipo.

El hecho de que los dispositivos instalados tuvieran carácter disuasorio no determina que deba entenderse la sentencia dictada como una condena anticipada o de futuro. Es posible que no se realizaran actos concretos de vulneración al derecho fundamental, pero esa posibilidad existía; ese temor real a estar siendo grabados fue lo que determinó el inicio del procedimiento judicial. Es evidente, además, que los dispositivos podrían ser cambiados y podrían funcionar a distancia a través de Bluetooth o sistemas semejantes; eso, en sí, ya determinaba la vulneración del derecho invocada.

El demandado nunca hizo nada para cambiar su ubicación o reorientarlos de forma que no se invadiera el espacio privado del actor y su familia, ni si siquiera tras la denuncia a la AEPD, y es a eso a lo que se le condena.

Por tanto, la sentencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, confirma la dictada en la instancia y declara la vulneración del derecho fundamental a la intimidad.

Contrato de aprovechamiento por turno. Club de vacaciones

(Comentario a la [STS de 4 de octubre de 2019](#))

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

El contrato impugnado de adquisición de puntos para disfrutar de tiempos al año se asimila a los supuestos de multipropiedad que regula la Ley 42/1998, por aplicación extensiva de lo dispuesto en su exposición de motivos cuando se refiere al carácter restrictivo de la misma, que debe complementarse con los supuestos de aprovechamientos por turnos «similares». En este caso, es asimilable al contrato de aprovechamientos por turnos, como variante del arrendamiento de temporada, la adquisición de puntos para disfrutar de tiempos de aprovechamiento vacacional, o el contrato en cuestión, demandado de nulidad. La Ley 4/2012 contempla la regulación de cuatro figuras contractuales: el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, el contrato de adquisición de productos vacacionales de larga duración, el contrato de reventa y el contrato de intercambio, pero en este caso se aplica la Ley 42/1998 por la fecha del contrato, siendo que se cuestionaba su aplicación por el juzgado de instancia y por la audiencia. El contrato en nada respeta los dictados de la Ley 42/1998, pues no se recoge el contenido mínimo del contrato. En este caso son consumidores como personas físicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y son consumidoras, aunque tengan ánimo de lucro en su reventa, siempre que no sea habitual.

Palabras clave: contrato de aprovechamiento por turno; multipropiedad; club de vacaciones.

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

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de diciembre de 2019).

La sentencia se adentra en el estudio de la multipropiedad como una forma amplia de relación contractual en la nueva ley de 2012, por contraposición a su carácter más restrictivo en la antigua de 1998, y sin perjuicio de la interpretación extensiva por similitud en este contrato de adquisición de puntos para disfrutar de tiempos al año. A esta clase de contratos de aprovechamientos por turnos, como variante del arrendamiento de temporada, se le aplican las disposiciones de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Por asimilado, o por ser similar a los que regula la Ley 42/1998, entra de lleno en esta norma anterior, que es lo que cuestionaba el juzgado de instancia y la audiencia al desestimar la demanda, y el recurso de apelación de quienes ahora recurren en casación y a los que se les va a dar la razón, tanto por la naturaleza jurídica como por la condición de consumidores objeto de protección, no obstante el carácter lucrativo del contrato. Advirtiéndose que lo lucrativo no excluye la consideración de consumidor persona física, e ilustrando esta solución con sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la normativa comunitaria nacional.

El actor pierde su demanda en primera instancia y en apelación ante la audiencia, y recurre en casación por dos motivos esenciales: uno es por infracción de ley, refiriéndose al Real Decreto-Ley 1/2007, al texto de la LGDCU de 1984 y a la Ley 42/1998. Pide la nulidad del contrato de aprovechamiento por turnos y la vulneración del artículo 3 de esta ley, en la medida en que no se han respetado los tiempos. Este artículo dice:

La duración del régimen será de tres a cincuenta años, a contar desde la fecha de inscripción del régimen jurídico o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción.

Por otro lado, como interés casacional, se invoca la infracción de la doctrina consolidada sobre esta materia, que determina la aplicación de la Ley 42/1998 al presente contrato, negada por el juzgado de instancia y por la audiencia. Conviene decir –para

situar temporalmente el asunto— que los contratos eran de los años 2002, 2007 y 2008, y que se solicita la nulidad radical de los mismos, la devolución de las cantidades abonadas y el reintegro de los cobros anticipados; y, subsidiariamente, se solicita también algo muy interesante: la nulidad de determinadas cláusulas insertas en los folletos de información enviados en su día al consumidor por considerar que carecían de la negociación individualizada.

El segundo de los motivos de casación se centra en el artículo 477.1 de la LEC por vulneración del principio de igualdad. Es lógico, pues si las sentencias de Tribunal Supremo ya vienen diciendo en casos similares que el criterio es el de aplicación de la Ley 42/1998, la audiencia puede contravenir el principio de igualdad en su versión de no discriminar, no aplicando una norma clara en un asunto de iguales características. Subsidiariamente, concluyen las peticiones en casación, para el supuesto de que no prospere la invocación de vulneración de la igualdad, con la invocación de la vulneración de la seguridad jurídica como una variante de la tutela judicial efectiva.

Pues bien, partiendo de que el contrato puede ser nulo por las anteriores consideraciones, el Tribunal Supremo estudia la génesis de la Ley 42/1988 a raíz de la Directiva Comunitaria 94/47/CE, porque el objeto de la precitada ley es

la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario. El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo.

El sentido del contrato de multipropiedad pretende transmitir el derecho a disfrutar de un alojamiento durante un período determinado cada año, fundamentalmente con un interés vacacional. El interés está justificado en la utilización vacacional, disponiendo el contratante de un lugar estable y seguro, sin necesidad de adquirir la propiedad única, adaptada a sus necesidades y posibilidades. En el contrato se adquieren puntos y con ellos el tiempo de disfrute, determinándose así el derecho anual. Se han adelantado cantidades en concepto de cobro anticipado y se ha recibido una información con unas condiciones no pactadas individualmente.

Como dice la sentencia que comentamos, la nueva Directiva Comunitaria 2008/122/CE deroga la anterior, y supone la ampliación de los productos anteriores, mejora la seguridad

jurídica y pretende armonizar los ordenamientos y da lugar a la nueva Ley 4/2012, de 6 de julio. Ahora podemos ver que existen cuatro tipos contractuales: el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, el de adquisición de productos vacacionales de larga duración, el de reventa y el de intercambio. También se regula el derecho de desistimiento contractual (art. 12) sin necesidad de motivación, que puede ser ejercitado, háyase facilitado por el empresario toda, nada o insuficiente información al respecto. Importa, a estos efectos, indicar que ahora se incorpora un formulario normalizado de desistimiento, con la previsión de un plazo de 14 días a contar según dispone el precepto indicado. Nótese que la transparencia en la información y la negociación son criterios básicos en la normativa protectora de la parte más débil de la negociación. No negociar cada cláusula es imponer, de manera adhesiva, las consecuencias del incumplimiento contractual, sin haberlo pactado y sin haber sido convenientemente informado de los riesgos de la contratación con esas estipulaciones.

Los contratos impugnados son todos anteriores a la Ley 4/2012 y posteriores a la Ley 42/1998; por consiguiente, como dice el Supremo, «es indudable que será la Ley 42/1998 la aplicable al caso». Lo que llama poderosamente la atención es que las sentencias precedentes no lo vieran así. Interesa comprobar que, conforme a la ley anterior, es decir, la 42/1988, los contratos por los que se transmite un derecho real o personal por un tiempo superior a tres años, relativos a la utilización de bienes inmuebles dentro de cada año y al margen de la ley presente son nulos. Dice al respecto el artículo 1.7 de esta ley:

El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos.

Esto delimita objetivamente el ámbito de aplicación objetiva de la anterior ley al caso y nos dice que no solo se regula el aprovechamiento por turno, sino cualquier transmisión real o personal, concluyendo, como cláusula de garantía en la nulidad de otra cualquiera disposición en contrario.

Tras esta exposición de la anterior normativa y de la actual, e ilustrados acerca del contenido de los recursos de casación, ahora procede analizar en concreto los contratos, la idea del consumidor en ellos con sus garantías y el lucro, inevitable producto de toda contratación de esta naturaleza.

Visto que el contrato analizado no cumple con la Ley 2/1998, el Supremo observa que falta la referencia a la duración y el objeto del mismo. Como se ha dicho más atrás, el artículo 9 de la Ley 42/1998 define el objeto del contrato y dentro de él se exige la constancia

del «contenido mínimo» (léase el artículo). Por consiguiente, el contrato no es transparente, no informa de manera detallada, y sin una negociación individualizada por ambas partes de esas condiciones, la falta de transparencia perjudica seriamente al consumidor. Por ello, pareciera que el contrato se hubiera realizado al margen de la ley y, por ello, se sanciona con la nulidad; así, el artículo 1.7 dice: «Será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos». Por ello, el Tribunal Supremo sanciona la ilegalidad con la siguiente manifestación:

Tan clara es la elusión por parte de la demandada de la Ley 42/1998 que en el contrato no se transcriben los arts. 10, 11 y 12 de la Ley 42/1998, ni menciona, como era obligado, el «carácter de normas legales aplicables al contrato» (art. 9.1.6.º), por lo que el adquirente no podía conocer cuál era el régimen legal de su contrato. Tampoco concreta si es un derecho de naturaleza personal o real, lo que debe fijarse expresamente como establece el artículo 9.2 de la Ley 42/1998.

La nulidad contractual, por tanto, se asienta en la siguiente decisión del pleno de la Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia de 15 de enero de 2015, rec. núm. 3190/2012 (NCJ059608):

Declaramos como doctrina jurisprudencial la siguiente: «En el régimen legal establecido por la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, la falta de determinación en el contrato del alojamiento que constituye su objeto determina la nulidad del referido contrato, según lo dispuesto por el artículo 1.7 en relación con el 9.1.3.º de la citada Ley».

Estima el recurrente que su condición de consumidor no se ve reducida o eliminada por la venta o enajenación de sus derechos, o se deduce de la interpretación de la sentencia. La exposición de los criterios legales y jurisprudenciales por parte del Supremo en esta materia le lleva a reafirmar su condición de consumidor independientemente de la enajenación, no perdiendo por ello esa especial protección que le dispensa la normativa, pero siempre y cuando los demandantes no se dedicaran habitualmente a este tipo de operaciones. Lo que supone mezclar el concepto de consumidor con el de lucro por enajenación de los derechos, sabiendo, además, que un consumidor realiza actos al margen de una actividad empresarial o profesional y de su facultad de disposición sobre el bien o derecho adquirido con la multipropiedad, si el contrato le permite la reventa de los derechos, lo que no se sanciona (o desmonta) perdiendo su peculiar condición de consumidor. Al margen de la normativa que menciona, protectora de los derechos de los consumidores, en lo que respecta a esta materia en concreto la persona física que contrata un arrendamiento de temporada no pierde su condición de consumidor por el dato lucrativo de la

adquisición o enajenación. De hecho, el artículo 3 del TRLGDCU contiene expresamente una referencia al consumidor persona física o el consumidor persona jurídica, excluyendo esta condición solo a este último de la siguiente manera: «Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial». Esa alegación a una actividad no lucrativa en las personas jurídicas no está prevista en el apartado anterior de ese mismo precepto, pues al referirse a las personas físicas consumidores contempla «que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», sin especificación alguna a lo lucrativo o no de la operación. En este caso, estamos mencionando contratos de arrendamientos de temporada sin objeto o con un defecto claro de información al consumidor, por falta de transparencia o de negociación individualizada de las cláusulas sobre el contenido del contrato que suscribieron. El mero traspaso o reventa de sus derechos en el contrato no afecta a su condición de consumidor por las razones expuestas.

Sucede, sin embargo, que los contratantes, que vieron desestimadas sus pretensiones en las anteriores instancias –porque no se acomodaban a la Ley 42/1998, y, en consecuencia, no se probó, a juicio de la audiencia, que esos contratos fueran nulos por ausencia de información inveraz o engaño o maquinación–, al casar el Tribunal Supremo la sentencia y admitir la vulneración de la igualdad o del principio de seguridad jurídica, o, en definitiva, la infracción de ley alegada, aplica el artículo 1.7 de la Ley 42/1998, considerando infringidos los artículos 10, 11 y 12 de esa ley, porque «el adquirente no podía conocer cuál era el régimen legal de su contrato. Tampoco concreta si es un derecho de naturaleza personal o real, lo que debe fijarse expresamente como establece el artículo 9.2 de la Ley 42/1998». Eso afectaría a elementos esenciales del contrato y, por tanto, al consentimiento viciado. Y por esa circunstancia, ahora procede pronunciarse sobre el derecho indemnizatorio, que va a ser proporcional al tiempo de disfrute de la propiedad; porque el artículo 1.1 de la Ley 42/1998 debe ser puesto en relación con el 3 del CC, según el cual: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». En consecuencia, los demandantes no pueden pretender recibir el íntegro de lo satisfecho por ellos o la totalidad de lo reclamado, porque el principio que proclama el artículo 3 del CC obliga a reducir las cantidades «en función de los años no disfrutados, partiendo de una duración de 50 años», y con los intereses devengados desde la fecha de interposición de la demanda.

En definitiva, el Tribunal Supremo remarca o reafirma una doctrina muy consolidada sobre este tipo de contratos y la aplicación de la normativa anterior de la Ley 42/1998. Según sea su naturaleza así será de aplicación una u otra ley. Ya por la fecha del mismo (o de los mismos) se ve que la ley en vigor es la de 1998, pero en atención a la configuración jurídica del contrato y a la protección del consumidor. En relación con dicha naturaleza jurídica,

el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que estos contratos entran de lleno en la ley de 1998, por los motivos que explica en el fundamento cuarto, aludiendo precisamente a la extensión interpretativa de la exposición de motivos:

El ámbito de aplicación restrictivo ha aconsejado establecer una norma para determinar el régimen de los derechos de aprovechamiento por turno o similares a estos que se constituyan sin ajustarse a la ley, pues aunque es evidente que se trataría de supuestos de fraude de ley y deberán, en consecuencia, someterse a la solución del artículo 6.4 del Código Civil, esta no parece por sí sola norma suficiente para evitar que, de hecho, el fraude de ley se produzca en la práctica.

La aplicación de esta ley es amplia y susceptible de abarcar contratos asimilados a los aprovechamientos por turnos en sentido estricto. Además, sucede que en el contrato impugnado la información o el contenido del clausulado del mismo está huérfano de datos que permitan conocer las normas legales aplicables al mismo (art. 9.1.6.º de la Ley 42/1998); tampoco se concreta la naturaleza real o personal del mismo (art. 9.2 de esa ley). Al no recogerse un contenido mínimo contractual (art. 9) y al no contener una información o no haber podido ser negociadas las cláusulas individualmente, asume protagonismo la especial protección del consumidor en el pronunciamiento de nulidad, como así también la falta de los elementos esenciales de un contrato inequívocamente regulado por la Ley de 1998. Se ha ignorado la doctrina consolidada, se ha vulnerado el trato igual de supuestos iguales y la seguridad jurídica. Solo cabe determinar, según se ha dicho, la cuantía indemnizatoria adecuada ante la inequívoca nulidad contractual, una vez interpretado que este contrato en cuestión se incardina, tanto por su naturaleza como por la fecha, en la norma legal anterior. En conclusión: el contrato de adquisición de puntos canjeables por el aprovechamiento urbanístico por turnos es asimilable a los supuestos de la Ley 42/1998. Las sentencias de las instancias, al considerar aplicable la nueva Ley de 2012, obliga al Supremo a analizar la configuración jurídica y la protección del consumidor desde la perspectiva legal. Resulta que la nueva ley de 2012, que deroga la anterior, es una consecuencia de la Directiva Comunitaria 2008/122/CE. La Ley 42/1998, de 15 de diciembre reguló por primera vez la llamada «multipropiedad» con un carácter temporal (máximo 50 años), y lo hizo de manera más restrictiva. El preámbulo optó por

una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo, sin embargo, la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica.

La indeterminación de la fecha de duración afecta necesariamente a la validez del contrato, porque forma parte de uno de los elementos necesarios mínimos (art. 9.1.2.º). El documento informativo, el desistimiento, la resolución-sanción, etc. y otros contenidos con-

templados en la norma son básicos para decidir la validez o no del contrato. En la nueva ley se regula mejor el desistimiento y se alude al formulario del desistimiento. Pero de lo que se trata es de entender que los contenidos son de mínimos y que no respetarlos conlleva la declaración de nulidad contractual y la admisión del recurso de casación.



El efecto incentivador de la inversión en las subvenciones a las pymes y su controversial interpretación. El caso de Andalucía

Francisco A. Aranguren Baena

*Economista. Verificador de Fondos Europeos en la Agencia IDEA (Junta de Andalucía)
Profesor de la Universidad de Córdoba (UCO)*

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 las distintas convocatorias públicas de ayudas a las pymes, el denominado «efecto incentivador de la inversión» se está convirtiendo en la obligación más difícil de cumplir por parte de la beneficiaria, dada en la práctica su indeterminación jurídica. El presente artículo, enmarcado en la problemática de la pretendida simplificación administrativa, intenta presentar el *statu quo* de la polémica y delimitar su alcance y concreción conceptual, a través del análisis de la experiencia de Andalucía.

Palabras clave: efecto incentivador; pymes; subvenciones; jurisprudencia.

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

Cómo citar: Aranguren Baena, F. A. (2020). El efecto incentivador de la inversión en las subvenciones a las pymes y su controversial interpretación. El caso de Andalucía. *Revista CEFLegal*, 228, 81-114.

The incentive effect of investment in subsidies to SMES and their controversial interpretation. The case of Andalusia

Francisco A. Aranguren Baena

Abstract

In the different public financial support programs for SMEs, the so-called «incentive effect of investment» is becoming the most difficult obligation for the beneficiary to fulfill, given, in practice, its legal indeterminacy. This article, framed in the issue of the alleged administrative simplification, tries to show the *statu quo* of the controversy and to define its scope and conceptual realization, through the analysis of the experience of Andalusia.

Keywords: incentive effect; SMEs; subsidies; jurisprudence.

Citation: Aranguren Baena, F. A. (2020). El efecto incentivador de la inversión en las subvenciones a las pymes y su controversial interpretación. El caso de Andalucía. *Revista CEFLegal*, 228, 81-114.



Sumario

1. Las subvenciones y la dificultad de su simplificación administrativa
2. El efecto incentivador de la inversión en la normativa comunitaria y las ayudas a la inversión de las pymes en Andalucía (1998-2013)
3. El efecto incentivador de la inversión en la normativa comunitaria y las ayudas a la inversión de las pymes en Andalucía (2014-2020)
4. El efecto incentivador de la inversión, ¿concepto jurídico indeterminado?: el marco interpretativo según las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
 - 4.1. STSJA 16312/2017, de 5 de abril de 2017
 - 4.2. STSJA 16627/2017, de 13 de junio de 2017
 - 4.3. STSJA 6799/2017, de 21 de junio de 2017
 - 4.4. STSJA 16293/2017, de 12 de diciembre de 2017
 - 4.5. STSJA 2428/2018, de 10 de enero de 2018
 - 4.6. STSJA 7810/2018 de 29 de enero de 2018
 - 4.7. STSJA 2346/2018, de 14 de marzo de 2018
 - 4.8. STSJA 5578/2018, de 9 de mayo de 2018
 - 4.9. STSJA 10214/2018, de 23 de julio de 2018
5. Resumen y conclusiones
 - 5.1. Resumen
 - 5.2. Conclusiones
6. Anexo legislativo
 - 6.1. Normativa comunitaria
 - 6.2. Normativa estatal
 - 6.3. Normativa autonómica

Referencias bibliográficas

1. Las subvenciones y la dificultad de su simplificación administrativa

En el contexto del actual Derecho administrativo, en general, y la administración de la empresa, en particular, las subvenciones públicas han ido cobrando relevancia creciente, cuantitativa y, sobre todo, cualitativamente. Aunque, según los datos del Anuario de Administraciones Públicas que elabora Axesor¹, en 2017 las ayudas totales cayeron el año pasado un 41,7% y se situaron en 2.358 millones de euros, el nivel más bajo de la presente década (las pymes percibieron 1.049 millones de euros, el 44% del total), la Guía dinámica de ayudas e incentivos del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad², que ofrece información sobre ayudas e incentivos para la creación de empresas con plazo de solicitud abierto, a fecha 31 de enero de 2019 recoge más de 100 convocatorias de subvenciones en el ámbito nacional convocadas por la Administración General del Estado, Administraciones autonómicas, Administraciones locales y otros organismos públicos.

En paralelo con lo anterior, no hay estudio y/o encuesta sobre esta materia que no muestre los altos porcentajes que la demanda de ayudas públicas suscita por parte de los empresarios, sobre todo los más jóvenes. Como muestra representativa, baste recordar que, según la II Encuesta Adecco Jóvenes Emprendedores (2015)³, más de 9 de cada 10 jóvenes españoles (92%) consideran que no existen suficientes ayudas públicas para financiar nuevos proyectos empresariales frente al 8% que cree que sí. Asimismo, 3 de cada 4 encuestados opinan que son necesarias más ayudas económicas por parte de las Administraciones públicas para emprender.

Asimismo, cuando expresan su opinión o grado de satisfacción con los incentivos públicos existentes, los empresarios invariablemente también suelen mostrar su descontento o insatisfacción al respecto debido a la dificultad para su acceso, por lo que resulta ya tautológico hablar de complejidad, dificultad y burocracia al referirnos a las subvenciones (sus

¹ Recuperado el 11 de marzo de 2019 de https://www.axesor.es/docs/default-source/estudios/anuario_aapp_2017.pdf.

² Recuperado el 31 de enero de 2019 de <http://www.ipyme.org/es-ES/GuiasDinamicas/Paginas/GuiaGeneral.aspx>.

³ Recuperado el 24 de enero de 2019 de <https://adecco.es/wp-content/uploads/notas-de-prensa/661.pdf>.

distintas convocatorias, pero también sus distintos procedimientos de solicitud, justificación y desembolso), lo que hace del uso y disfrute de las ayudas públicas un mundo esotérico solo reservado para iniciados. Tampoco escapan a este tópico los discursos públicos que, mientras por un lado apelan al incremento y refuerzo del estricto cumplimiento del Derecho administrativo y de la norma preceptiva de aplicación, por otro, y al mismo tiempo, abogan por la simplificación, agilización y eliminación de trámites. Así, son numerosas (y contradictorias muchas veces) las iniciativas que pretenden la difícil tarea de conciliar ambos supuestos, muchas veces irreconciliables aunque, paradójicamente, proliferan los intentos de mejora de los procedimientos administrativos y la agilización del procedimiento de las bases reguladoras de las subvenciones mediante la genérica apelación a su «simplificación»⁴.

Establecido lo anterior, no deja de resultar llamativo que, en las distintas normas reguladoras de las ayudas y subvenciones públicas, sigan apareciendo, con carácter de obligación, determinados requisitos a cumplir cuya indeterminación taxativa, lejos de ayudar a la pregonada simplificación, aumenta su complejidad y, lo que es más importante, se convierte en fuente de inseguridad jurídica para las posibles beneficiarias de los incentivos públicos. Entre dichas obligaciones, el cumplimiento del denominado «efecto incentivador de la inversión» es ejemplo paradigmático.

2. El efecto incentivador de la inversión en la normativa comunitaria y las ayudas a la inversión de las pymes en Andalucía (1998-2013)

En puridad, no puede afirmarse que el tal efecto incentivador a la inversión vinculado a las ayudas a las pymes⁵ sea algo novedoso. Ya desde el año 1998 las Directrices comunitarias sobre las ayudas de Estado de finalidad regional correspondientes al periodo 2000-2006 establecían su definición, aunque de manera muy vaga y escueta (punto 4.2 *in fine*), entendida esta como la obligación de que «los regímenes de ayudas deben establecer que

⁴ Como simple muestra, y para el caso de Andalucía, baste citar el Decreto 282/2010. Este, sustentándose en la «utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos», por un lado, y en el empleo sistemático de las declaraciones responsables a suscribir por las personas solicitantes relativas al cumplimiento de los requisitos establecidos, en lugar de la presentación masiva de los documentos acreditativos por todas las personas interesadas en el momento inicial del procedimiento, por otro, intenta dar cumplida respuesta a los anhelos y ansias de claridad y simplicidad demandados por todas las partes concernidas.

⁵ Dos apostillas metodológicas: 1. A los efectos aquí pretendidos, se entiende por pyme lo establecido en el Anexo I del Reglamento (UE) 651/2014; 2. Asimismo, en el presente trabajo nos centraremos en las ayudas a la inversión a las pymes. Bajo otra consideración y tratamiento, que no son los que nos interesa aquí, se situarían las ayudas a las no pymes y a las actividades de I+D+i y medioambiente, en los que el concepto de efecto incentivador debe demostrarse, según determinados y tasados indicadores.

la solicitud de la ayuda se presente antes del *inicio de la ejecución de los proyectos*»⁶. Esta vaguedad terminológica ni siquiera se trasladó, paradójicamente, al Reglamento (CE) 994/98 que no recoge referencia alguna sobre el efecto incentivador de la inversión (ni sobre la solicitud de la ayuda ni sobre el inicio de los proyectos)⁷.

Como ha quedado expuesto, el referente normativo comunitario respecto a esta obligación se limitaba a fijar la existencia de dos momentos procedimentales distintos, que se concretaban en dos fechas también distintas: el de la solicitud de la ayuda ante la administración correspondiente, por un lado, y el del inicio de la ejecución de los proyectos, de la inversión, por otro, debiendo ser *prior in tempore* el primero para poder ser incentivado el proyecto. Así, ya desde su primera formulación normativa, desde las instancias comunitarias, nos encontramos ante dos hechos que marcarán el devenir de toda la futura controversia jurídica a este respecto: la prohibición de actuar por parte de la pyme *ante tempus* y la evidente falta de concreción conceptual, la indeterminación, de dicho mandato (¿qué debe entenderse, en la práctica mercantil y contable, por tal «inicio de la ejecución» de los proyectos?) que acabará contaminando la legislación y su interpretación por parte de los Estados miembros (en sus distintos ámbitos territoriales), vía su transposición y aplicación concreta y práctica.

Y es que, evidentemente, una vez establecido el marco general de actuación, y como no podía ser de otra manera dado el principio de jerarquía normativa imperante, todas las distintas regulaciones a escala inferior a la comunitaria vinculadas a la concesión de ayudas y/o subvenciones a pymes debieron incorporar en su corpus legislativo dicha exigencia y obligación⁸.

Verbigracia, y por lo que atañe concretamente a Andalucía, el Decreto 24/2001, en su artículo 7.1 c) sobre requisitos de los proyectos subvencionables, establecía que «los proyectos no podrán estar *iniciados* antes de la fecha de presentación de la *solicitud de la ayuda*». Se comprueba que, en la incorporación al corpus normativo andaluz de la exigencia comunitaria, el legislador ha apostado por seguir fielmente las anteriores directrices, mante-

⁶ Salvo referencia expresa en contrario, todos los destacados en cursiva son nuestros.

⁷ Aunque no sea este el lugar más adecuado para ello, recordamos que mientras los reglamentos son actos jurídicos que se aplican de manera automática y uniforme en todos los países de la UE desde su entrada en vigor, sin necesidad de incorporación al Derecho nacional, es decir, son obligatorios, en todos sus elementos, en los Estados miembros; las directrices (o directivas) imponen a los Estados miembros de la UE la consecución de un determinado resultado, dándoles libertad para elegir los medios. Para alcanzar los objetivos fijados por cada directiva, los países de la UE deben adoptar medidas que permitan incorporarla al Derecho nacional mediante la transposición (Fuente: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_es). Según el principio de jerarquía normativa los primeros prevalecen sobre las segundas.

⁸ Resaltamos aquí que, en el ámbito nacional, ni la Ley General de Subvenciones ni su reglamento de aplicación recogen referencia alguna respecto al efecto incentivador.

niéndose tanto la mención expresa a los dos momentos procedimentales de referencia (el inicio de los proyectos y el de la solicitud de la ayuda) como la indeterminación conceptual y descriptiva respecto al *dies a quo*. Sorprende, eso sí, la supresión de toda mención a «la ejecución» de los proyectos, quedando una genérica vinculación a su «inicio», referencia esta que tiende a añadir confusión a la indeterminación originaria.

Enmarcada normativamente en el anterior decreto según el principio de jerarquía normativa, se publica la Orden de 24 de mayo de 2005, prorrogada y modificada por la Orden de 19 de septiembre de 2006. En esta convocatoria de ayudas, el cumplimiento del efecto incentivador se residencia en el apartado de «Documentación de carácter genérico», concretamente en su artículo 18.1.1.5, vinculándose a la simple acreditación por parte de la pyme beneficiaria de una «declaración de *no haber iniciado* la inversión o gasto objeto de la incentivación».

Lo anterior, lejos de seguir el mandato normativo del decreto andaluz (y de las directrices comunitarias), supone un cambio cualitativo y, si cabe, una mayor incertidumbre operativa e inseguridad, ya que, aparte de continuar la indefinición jurídica sobre qué debe entenderse por tal inicio, introduce como elemento central de la carga de la prueba una mera declaración, que ha de suponerse *pro domo sua*, de la beneficiaria en lugar de la certeza del registro de fecha de entrada de la solicitud. Asimismo, llama la atención que dicha declaración (considerada como de «carácter genérico» por la convocatoria) no establezca una fecha concreta (el *dies a quo*) a partir de la cual declarar (y dar por cumplida, o no), la citada obligación.

Sentado el precedente, en 2006 se vino a consolidar la importancia del efecto incentivador de la inversión al volver a recogerse *in extenso* en las Directrices comunitarias sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el periodo 2007-2013. En concreto, es en su punto 38 donde se indicaba que

es importante garantizar que las ayudas regionales produzcan verdaderos efectos de incentivación de inversiones que de otro modo no se realizarían en las regiones asistidas. Por ello, únicamente podrán concederse ayudas con arreglo a regímenes de ayuda cuando el beneficiario haya presentado una *solicitud de ayuda* y la autoridad responsable de la administración del régimen haya *confirmado por escrito* que, en espera de una verificación detallada, el proyecto cumple en principio las condiciones de elegibilidad establecidas en el régimen antes de *iniciarse los trabajos en el proyecto*. Todos los regímenes de ayuda recogerán una referencia expresa a ambos requisitos.

La novedad, que a algunos pasó desapercibida, de las nuevas directrices comunitarias respecto a las inmediatamente anteriores se establecía a dos niveles: respecto al primero, de índole más formal, puede observarse que ahora toda la configuración del cumplimiento del citado efecto incentivador se residenciaba ya no en torno a dos conceptos/fechas, sino a tres, complementarios pero claramente distintos: por un lado, la «solicitud de ayuda» entendida

como registro de entrada administrativo de la solicitud del proyecto o iniciativa empresarial; por otro, vinculado al anterior y también como elemento fehaciente, público y notorio que marca el que debe ser el comienzo, a nivel administrativo y a efectos de subvencionabilidad, del proyecto empresarial, la «comunicación por escrito» del órgano administrativo a la empresa de la solicitud y la confirmación apriorística de la posible incentivabilidad de su proyecto empresarial; en tercer lugar, «el inicio de los trabajos», como elemento no fehaciente, no público y no notorio, de la fecha real de comienzo, a nivel empresarial, del proyecto a incentivar.

Con ser importante lo indicado, la novedad de índole más conceptual o de fondo, de las nuevas directrices se residenciaba en su nota al pie número 40 en la que, como aclaración *ad hoc*, se explicitaba que «por “*inicio de los trabajos*” se entiende, o bien el *inicio de los trabajos de construcción*, o bien el primer *compromiso en firme* para el pedido de equipos, con exclusión de los estudios previos de viabilidad».

La trascendencia de la citada nota al pie era doble: en primer lugar, se consagraba en el corpus normativo comunitario referente a las ayudas a las empresas de una distinta tipología en relación con la demostración del efecto incentivador de la inversión, según su distinta naturaleza: bienes inmuebles y bienes muebles de equipo. Para los primeros, rige el momento de su construcción, mientras que para los segundos se daba carta de naturaleza al concepto de compromiso en firme como elemento vertebrador y nuclear (pero también indeterminado) de su efecto incentivador. Quedan excluidos expresamente de esta obligación los estudios de viabilidad previos a toda inversión a realizar y a incentivar.

Las directrices no parecen establecer ni una relación ni una prelación temporal entre ambos tipos de bienes, configurándose a modo de compartimentos estancos sin posibilidad de confusión ni solapamiento. Como si el proyecto de inversión pudiera ser dividido en partes distintas y a cada una le deba ser aplicada su propio efecto incentivador. La trascendencia de esto se fundamenta en la posibilidad de aplicar, o no, el llamado principio de proporcionalidad y considerar contaminado (y, por lo tanto, sin posibilidad de ser subvencionado) el proyecto en su totalidad o solo el bien correspondiente, inmueble o mueble, afectado por el posible incumplimiento.

En segundo lugar, y una vez delimitado tipológicamente el ámbito referencial del efecto incentivador, en cambio no quedaba fijada taxativamente, sea cual sea la tipología, su concreción documental práctica, por lo que, en el ámbito de la realidad empresarial y mercantil se seguía manteniendo una indeterminación que podría, como así ha sido, ser fuente de inseguridad jurídica y controversia administrativa y judicial para el uso y disfrute de las subvenciones públicas y, llegado el caso, su posible reintegro, con las repercusiones económicas y empresariales que esto implica.

Al contrario que en el marco de programación anterior, el efecto incentivador de la inversión encontró su refrendo normativo en el Reglamento (CE) 1628/2006. En su punto 16, una vez reconocida su importancia, se establece que

antes de que dé comienzo el trabajo sobre el proyecto objeto de la ayuda, las autoridades responsables deben *confirmar por escrito* que el proyecto cumple a primera vista las condiciones de subvencionabilidad. La confirmación por escrito debe incluir la comunicación por telefax o por correo electrónico.

Asimismo, y aunque se ha sustituido en la redacción del reglamento la mención al «inicio» de las directrices por el de «comienzo», su artículo 2.1 j) define el tal inicio de manera ligeramente distinta a lo recogido en las correspondientes directrices: «*el comienzo del trabajo de construcción o el primer compromiso que obliga legalmente a realizar un pedido de equipamiento, el que tenga lugar en primer lugar, excluidos los estudios de viabilidad previos*».

Por último, el artículo 5.1 (necesidad de la ayuda) establece que:

el presente reglamento solo declarará exenta la ayuda concedida en virtud de regímenes de ayuda regional a la inversión si, *antes del comienzo de la ejecución del proyecto*, el beneficiario ha presentado una *solicitud de ayuda* [...], la autoridad responsable de la gestión del régimen ha *confirmado por escrito* que, sujeto al resultado final derivado de una verificación detallada, el proyecto cumple las condiciones de subvencionabilidad establecidas en el régimen. Una referencia expresa a ambos requisitos también deberá incluirse en el régimen de ayuda. Si el *trabajo comienza antes* que se cumplan las condiciones fijadas en el presente artículo, la totalidad del proyecto no podrá obtener ayuda regional.

De lo reglamentado, se comprueba que desaparece la separación establecida en las directrices según el tipo de bien a incentivar y, por tanto, se excluye toda posibilidad de aplicación del principio de proporcionalidad, lo que introduce una importante valoración cuantitativa de la importancia del efecto incentivador, pues «*la totalidad del proyecto*» no podrá ser incentivado si se incumpliera. Asimismo, para los bienes de equipo se sustituye el concepto de compromiso en firme por el de todo aquel compromiso que genere obligación legal de realizar un pedido para su adquisición. Por último, se consagra una estructura trimembre de configuración formal de esta obligación: solicitud, escrito a la solicitante y comienzo/inicio de los trabajos.

Por lo que atañe concretamente a Andalucía, el nuevo marco normativo de referencia a este respecto se plasmó en el Decreto 21/2007. Concretamente, es en su artículo 8 c) sobre requisitos de los proyectos subvencionables, donde se establece que

los proyectos deberán *cumplir con las normas sobre el efecto de incentivación de la inversión*. Para ello se requerirá el cumplimiento de dos condiciones antes del *comienzo de los trabajos* en el proyecto: 1. Que el beneficiario haya presentado una *solicitud de ayuda* y 2. Que la autoridad nacional competente *confirme por escrito* que el proyecto, en principio, puede recibir la ayuda con arreglo al régimen.

De este artículo, podemos resaltar que: 1. Se sigue el esquema de las directrices y del reglamento comunitarios y se configura una trimembre estructura procedimental (solicitud, escrito de confirmación y comienzo o inicio de los trabajos); 2. No se traslada a la norma andaluza ni el concepto de compromiso en firme, ni el de compromiso que obligue legalmente, como definición de comienzo/inicio, consolidándose aún más la inconcreción documental de lo que debe entenderse por tal comienzo/inicio: cómo definirlo y concretarlo a nivel práctico empresarial.

Enmarcada en este decreto, se publica la Orden de 19 de abril de 2007. En esta, el efecto incentivador se recoge expresamente en su artículo 17.5:

Los proyectos no podrán estar iniciados antes de la presentación de la solicitud. Además de lo anterior, en los supuestos de solicitudes de incentivos para proyectos de inversión, se notificará al solicitante fehacientemente, que el proyecto de inversión sujeto al resultado final derivado de una verificación detallada, cumple en principio las condiciones establecidas en la presente convocatoria para ser considerado incentivable. [...] Estos proyectos no podrán iniciarse hasta no haber recibido dicha comunicación.

Como se observa, la orden recoge expresamente lo establecido en el decreto (aunque ahora vuelve a sorprender la sustitución en la Orden del término «comienzo» por el de «inicio»). No obstante, y a modo de resumen, en ambos textos legales se echa en falta la inclusión de las aclaraciones recogidas en los textos comunitarios (bien la nota al pie n.º 40 de las directrices, bien el artículo 2.1 j) del reglamento) apostando el legislador andaluz por la simple enumeración expositiva de los tres momentos procedimentales a tener en cuenta, sin definirse nada respecto a lo que debe entenderse por inicio o comienzo.

El Decreto 21/2007 fue actualizado y modificado por el Decreto 394/2008. Su artículo 7.1 c) establecía que

los proyectos deberán cumplir con las normas sobre el efecto de incentivación de la inversión. Para ello se requerirá el cumplimiento de dos condiciones siguientes antes del comienzo de los trabajos en el proyecto: i. Que el beneficiario haya presentado una solicitud de ayuda y ii. Que la autoridad competente confirme por escrito que el proyecto, en principio, puede recibir la ayuda con arreglo al presente régimen.

Como se comprueba, se sigue manteniendo el espíritu del anterior decreto, tanto por lo que se refiere a los tres momentos procedimentales a tener en cuenta, como por el mantenimiento de la indefinición sobre lo que debe entenderse prácticamente por comienzo de los trabajos.

Publicado el anterior, las nuevas y distintas convocatorias regionales de ayudas a la inversión para pymes establecieron distintas fórmulas para recoger la exigencia normativa del mencionado efecto incentivador de la inversión. Así, la Orden de 9 de diciembre de 2008

indicaba en su artículo 17.2 *in fine* que «los proyectos *no podrán estar iniciados antes de la presentación de la solicitud*».

Asimismo, su artículo 17.5 establecía que

en los proyectos ligados a la realización de una inversión además se les notificará que el proyecto, sujeto al resultado de una verificación detallada, cumple en principio las condiciones establecidas en la convocatoria para poder ser considerado incentivable y que ello no prejuzga el sentido de la resolución que se adopte. Estos proyectos no podrán iniciarse hasta no haber recibido dicha comunicación.

Con posterioridad a esta, la Orden de 18 de enero de 2012 establecía dentro de los requisitos de los proyectos a incentivar (artículo 3.1 c) que

aquellos que supongan la realización de inversiones no podrán iniciarse hasta que se haya notificado por escrito al solicitante que el proyecto, sujeto al resultado de una verificación detallada, cumple en principio las condiciones establecidas en estas bases reguladoras para poder ser considerado incentivable, sin que ello prejuzgue el sentido de la resolución que finalmente se adopte [...]. El resto será susceptible de incentivarse siempre que los mismos no se hubiesen iniciado antes de la fecha de la presentación de la solicitud.

Como se ve, las Órdenes de 2008 y 2012 trasladan lo establecido a estos efectos en el decreto regulador base, continuándose con la configuración trimembre procedimental y manteniéndose la indeterminación sobre la concreción práctica, fehaciente y documental del inicio de las inversiones, elemento fundamental a dilucidar.

En resumen, en el periodo 1998-2013, y tras la aparición en el marco legal comunitario (y español y andaluz) del denominado efecto incentivador de la inversión como nueva obligación con carácter de prohibición para las ayudas a las pymes, su evolución terminó configurándose en torno a tres momentos procedimentales distintos (solicitud de ayuda, notificación por escrito a la solicitante e inicio o comienzo de la inversión), de los que los dos primeros no parecen prestarse a controversia alguna al ser públicos, notorios y fehacientes, centrándose la indeterminación conceptual y jurídica en el tercero, solo matizada esta, a nivel comunitario, por su vinculación conceptual al comienzo de la construcción, por un lado, y a lo que se denomina compromiso en firme o compromiso que genere obligación legal para la realización de un pedido, por otro.

Evidentemente, y fundamentado en lo anterior, parece claro que un nuevo corpus normativo (comunitario, pero también estatal y autonómico) debiera intentar centrarse en la definición y determinación de este tercer *momentum*, para su pacífica interpretación por parte de los actores intervinientes y como medio cierto, veraz y verificable de determinar el cumplimiento o incumplimiento del efecto incentivador de la inversión por la pyme.

3. El efecto incentivador de la inversión en la normativa comunitaria y las ayudas a la inversión de las pymes en Andalucía (2014-2020)

Como continuación y actualización de las anteriormente existentes, en 2013 se publicaron las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014-2020. Sobre el marco regulatorio anterior, y respecto al asunto que nos ocupa, ya en el mismo punto introductorio número 8 se afirma que era necesario «un examen más profundo del efecto incentivador»⁹.

Desde lo anterior, y al centrarse el texto en los regímenes de ayuda a la inversión, precisamente los que nos conciernen en el presente artículo¹⁰, se indica que:

Los trabajos de una inversión individual solo pueden comenzar después de presentar el formulario de solicitud de ayuda. Si los trabajos comienzan antes de presentar el formulario de solicitud de ayuda, toda ayuda concedida en relación con esa inversión individual se considerará que no es compatible con el mercado interior.

Así, la nueva regulación, aun entroncando directamente con la axiomática anterior, establece ahora la precisión del «después», adverbio temporal que incide en el no comienzo «antes» de los trabajos a realizar y a incentivar. A mayor abundamiento, cuando las nuevas

⁹ Como consecuencia de dicho examen, lo primero que llama la atención es que, en su punto 26 d), la nueva regulación vincula, con carácter general, el efecto incentivador a que

la ayuda debe *cambiar el comportamiento de la empresa* o empresas en cuestión de tal manera que estas emprendan una actividad complementaria que no realizarían sin la ayuda, o que realizarían de una manera limitada o diferente o en otro lugar.

Abundando en esto, en el nuevo marco regulatorio europeo se le dedica a dicho efecto un tratamiento singular y exclusivo (punto 3.5) por el que se viene a establecer que:

La ayuda de finalidad regional solo podrá ser considerada compatible con el mercado interior si tiene un efecto incentivador. Existe un efecto incentivador cuando la *ayuda cambia el comportamiento de una empresa* de modo que esta emprenda una actividad adicional que contribuya al desarrollo de una zona, actividad que no habría realizado sin la ayuda, o que solo habría emprendido de una manera limitada o diferente o en otro lugar. Si la ayuda *no modifica la conducta del beneficiario* estimulando la inversión (adicional) en la zona en cuestión, puede considerarse que la misma inversión se produciría en la región incluso sin la ayuda. Dicha ayuda carece de efecto incentivador para lograr el objetivo regional y no puede autorizarse como compatible con el mercado interior.

¹⁰ Normativamente, las nuevas directrices configuran distintas tipologías de ayuda, aparte los regímenes de ayuda a la inversión: las ayudas a las no pymes, las de inversión individual notificada y los regímenes de ayudas de funcionamiento. Respecto a las primeras, «no es probable que tenga un efecto incentivador» (punto 15 de las directrices); las segundas, por su importe no tienen cabida en los regímenes de ayuda de finalidad regional a la inversión; los últimos, no se configuran como ayudas para reducir los gastos corrientes de una empresa que no están relacionados con una inversión.

directrices recopilan su marco de «definiciones» (punto 20 v) establecen la de inicio de los trabajos y lo definen como:

o bien el *inicio de los trabajos de construcción* en la inversión, o bien el *primer compromiso en firme* para el pedido de equipos u *otro compromiso que haga la inversión irreversible, si esta fecha es anterior*; la compra de terrenos y los trabajos preparatorios como la obtención de permisos y la realización de estudios previos de viabilidad no se consideran el inicio de los trabajos; en el caso de los traspasos, “inicio de los trabajos” es el momento en que se adquieren los activos vinculados directamente al establecimiento adquirido.

A nuestro parecer, el nuevo marco regulatorio comunitario viene a: 1. Otorgar mayor importancia y relevancia jurídica al efecto incentivador, reconociéndose que era necesario «un examen más profundo» respecto al periodo anterior (¿dada su indeterminación conceptual?); 2. Se establece una nueva estructura procedimental, ya no trimembre sino bímembre: desaparece la obligación de la confirmación por escrito del órgano administrativo a la pyme beneficiaria, vinculándose la prueba del efecto incentivador a solo dos instantes: por un lado, la fecha de la solicitud de la ayuda; y, por otro y en comparación a esta, la fecha del inicio de los trabajos o primer compromiso en firme y, esto es novedad respecto al marco anterior, a cualquier otro compromiso que haga la inversión irreversible. Es decir, se otorga mayor relevancia al que podemos denominar ahora compromiso en firme y/o irreversible. Además, se sigue manteniendo la doctrina de la no aplicación del principio de proporcionalidad, considerándose afectada la totalidad de la ayuda pública involucrada en el posible incumplimiento. Como novedad, y aparte los estudios previos de viabilidad, se exoneran de esta obligación y cautela los terrenos y, aunque de algún modo ya quedaban incluidos por analogía en los de viabilidad, los trabajos preparatorios de la inversión (permisos, licencias, etc.).

Tras las directrices, se publicó el Reglamento (UE) 651/2014. El efecto incentivador de la inversión aparece expresamente tratado tanto en su punto 5: «las condiciones generales de aplicación del presente reglamento deben definirse sobre la base de un conjunto de principios comunes que garanticen que las ayudas contribuyen a un objetivo de interés común, tienen un efecto incentivador claro [...]», como en su punto 18: «si el *trabajo en el proyecto o actividad subvencionados empieza después* de que el beneficiario haya presentado por escrito una *solicitud de ayuda*» y, sobre todo, en su artículo 2.23 (definiciones) donde se define inicio de los trabajos como

o bien el *inicio de los trabajos de construcción* en la inversión, o bien el *primer compromiso en firme* para el pedido de equipos u *otro compromiso que haga la inversión irreversible, si esta fecha es anterior*; la compra de terrenos y los trabajos preparatorios como la obtención de permisos y la realización de estudios previos de viabilidad no se consideran el inicio de los trabajos; en el caso de los traspas-

sos, inicio de los trabajos es el momento en que se adquieren los activos vinculados directamente al establecimiento adquirido.

Asimismo, el artículo 6 (efecto incentivador) establece que: «se considerará que las ayudas tienen un efecto incentivador si, *antes de comenzar a trabajar en el proyecto o actividad*, el beneficiario ha presentado por escrito una *solicitud de ayuda* al Estado miembro de que se trate».

Como se comprueba, el Reglamento consolida la línea programática ya introducida en las nuevas directrices: se simplifican los momentos procedimentales a dos (solicitud e inicio), se refuerza la vinculación del compromiso en firme a su irreversibilidad y no a la obligación legal de la realización de un pedido y se mantiene la indeterminación conceptual de la concreción de qué debe entenderse como tal irreversibilidad, desde el punto de vista de la práctica empresarial y mercantil.

Consecuencia del nuevo contexto normativo comunitario (pero no andaluz, ya que seguía vigente el Decreto 394/2008), entra en vigor la Orden de 27 de junio de 2013. El nuevo marco de ayudas, basándose, tal y como expresamente afirma en su preámbulo, en las nuevas Directrices de ayudas regionales 2014-2020, en su artículo único 2.Dos modifica la anterior orden y establece respecto a los proyectos de las pymes a incentivar que:

aque aquellos que supongan la realización de inversiones *no podrán iniciarse hasta que se haya notificado por escrito* al solicitante que el proyecto, sujeto al resultado de una verificación detallada, cumple en principio las condiciones establecidas en estas bases reguladoras para poder ser considerado incentivable, sin que ello prejuzgue el sentido de la resolución que finalmente se adopte; todo ello, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 c) del Decreto 394/2008. El resto será susceptible de incentivarse siempre que los mismos *no se hubiesen iniciado antes de la fecha de presentación de la solicitud*, situación sobre la que aportarán una *declaración expresa responsable*.

Se entenderá por inicio de las inversiones, inicio del proyecto o inicios de los trabajos, o bien el *inicio de los trabajos de construcción* en la inversión, o bien el *primer compromiso en firme* para el pedido de equipos. Los trabajos preparatorios, como la realización de estudios previos de viabilidad, no se considerarán inicio de las inversiones, inicio del proyecto o inicio de los trabajos.

En el caso de que los proyectos se hubieran iniciado antes de haberse cumplido las condiciones establecidas en el primer párrafo de este subapartado, la totalidad del proyecto no podría optar a la ayuda.

Pero lo más significativo se recoge en su punto Cuatro, por el que se modifica el artículo 16, incluyendo un nuevo apartado d) con la siguiente redacción:

Una vez *recibida la comunicación* indicada en el apartado anterior el *solicitante deberá acreditar*, en el trámite procedimental previsto en el artículo 21 (Documentación), *que el proyecto no se ha iniciado antes de la fecha de recepción de la misma* mediante una *declaración responsable de no inicio de las inversiones*. (Se) *deberá constatar de forma fehaciente*, a través de un *acta de comprobación*, acompañada de fotografías del lugar donde va a ejecutarse el proyecto, el *no inicio de las actividades proyectadas* por el solicitante.

Dado que la nueva convocatoria de ayudas, aun fundamentándose en las nuevas directrices comunitarias, sigue entroncando jurídicamente con el Decreto 394/2008, se producen incongruencias manifiestas: mientras, por un lado, se sigue manteniendo la antigua estructura del triple momento procedimental (modificada, como hemos visto, por el nuevo marco regulador europeo), por otro, y por primera vez en una orden reguladora de ayudas andaluzas a las pymes, se da carta de naturaleza oficial al concepto de compromiso en firme vinculado al de efecto incentivador, aunque este en la orden no se vincule expresamente al compromiso que haga la inversión irreversible. Pero lo más significativo es la innovación de la norma andaluza a este respecto con la introducción *ad probationem* de un nuevo elemento documental para el solicitante de la ayuda: la declaración responsable de no inicio a través de su constatación fehaciente mediante un acta de comprobación. Esto, como se puede entender, lejos de apaciguar el debate y la controversia, los avivaban. Por no entrar en que, lejos de aportar simplicidad al trámite, esto supone un alto grado de complejidad para el solicitante pyme.

Hasta tal punto lo anterior que, menos de un año después, la Orden de 1 de abril de 2014, en su introducción, reconoce expresamente que:

teniendo en cuenta que la modificación introducida en el artículo 16 de la citada Orden de 18 de enero de 2012 por lo dispuesto en el apartado cuatro de la Orden de 27 de junio de 2013, *plantea dificultades de cumplimiento* respecto a la visita, acta de comprobación y fotografías que deben efectuarse en proyectos en los cuales las *inversiones previstas consistan en la adquisición de bienes de equipo, equipamiento e incluso activos inmateriales* ya que la inexistencia de los mismos no estaría basada en hechos constatables, sino, a lo sumo, en una declaración responsable del solicitante en presencia del personal técnico del órgano gestor sin que este pueda llevar a cabo actuación alguna, se hace necesario volver a modificar el citado apartado para *añadir tales tareas de comprobación solo a los proyectos que contemplen inversiones ligadas a la adquisición, construcción, ampliación o reforma de bienes inmuebles*.

Y en su artículo único.Dos, establece que:

una vez *recibida la comunicación* indicada en el apartado anterior el solicitante *deberá acreditar*, en el trámite procedimental previsto en el artículo 21 (Documen-

tación), que las *inversiones del proyecto no se han iniciado antes de la fecha de recepción de la misma* mediante una declaración responsable de no inicio de las *inversiones* según el modelo que le será entregado con la notificación de la comunicación indicada. Además, en los casos de los *proyectos que contemplen la adquisición, construcción, ampliación o reforma de bienes inmuebles*, se *deberá constatar de forma fehaciente, a través de un informe de comprobación*, acompañada de fotografías del lugar donde va a ejecutarse el proyecto, el *no inicio de las inversiones proyectadas* por el solicitante.

Esta nueva orden sigue manteniendo el espíritu de la anterior: tres momentos procedimentales, la declaración responsable de no inicio para las inversiones en bienes de equipo y, como novedad, el acta de no inicio se sustituye por un informe de comprobación y se vincula su necesidad solo a los bienes inmuebles. Por otra parte, se mantiene el silencio sobre la definición del concepto de compromiso en firme vinculado al de efecto incentivador.

En aplicación concreta de lo establecido en las nuevas normas comunitarias a Andalucía, el Decreto 114/2014, en su parte expositiva, ya viene a reconocer que «el efecto incentivador es un requerimiento esencial con el que han de cumplir las ayudas previstas en el Decreto» para, a continuación (artículo 6 c), establecer como requisito de los proyectos incentivables que «la ayuda deberá tener un efecto incentivador».

Tal es la relevancia que en el nuevo marco regulador andaluz se le otorga al efecto incentivador que el nuevo decreto le reserva la totalidad del artículo 7. Y así, su apartado 2 establece expresamente que

se considerará que las ayudas tienen un efecto incentivador si, antes de que se produzca el *inicio de los trabajos*, el beneficiario ha presentado por escrito una *solicitud de ayuda* que deberá contener al menos: nombre y tamaño de la empresa; descripción del proyecto, incluidas sus fechas de inicio y finalización; ubicación del proyecto; lista de costes del proyecto; forma del incentivo e importe de la ayuda necesaria para el proyecto.

Antes de lo anterior, y como complemento necesario, el artículo 2.14 ha definido lo que debe entenderse por «inicio de los trabajos»:

bien el *inicio de los trabajos de construcción* en la inversión, bien el primer *compromiso en firme* para el pedido de equipos u otro *compromiso que haga la inversión irreversible*, si esta fecha es anterior. No se consideran inicio de los trabajos ni la compra de terrenos, ni los trabajos preparatorios como la obtención de permisos y la realización de estudios previos de viabilidad. En el caso de los traspasos, inicio de los trabajos es el momento en que se adquieren los activos vinculados directamente al establecimiento adquirido.

A diferencia de las Órdenes de 2013 y 2014, el Decreto de ayudas ya bebe directamente tanto de las directrices como del reglamento comunitarios, estableciendo normativamente el doble momento procedimental de referencia y dando entrada en la legislación andaluza a los conceptos de compromiso en firme y/o compromiso que haga la inversión irreversible.

Ya encuadrada en el anterior decreto, la Orden de 19 de febrero de 2015 establece expresamente (artículo 6.2) lo siguiente:

se considerará que las ayudas tienen un efecto incentivador si, *antes de que se produzca el inicio de los trabajos*, el solicitante ha presentado una *solicitud de ayuda* que deberá contener al menos: nombre y tamaño de la empresa; descripción del proyecto, incluidas sus fechas de inicio y finalización; ubicación del proyecto; lista de costes del proyecto; forma del incentivo e importe de la ayuda necesaria para el proyecto.

Como puede comprobarse, a estos efectos se sigue manteniendo la estrategia ya conocida de vincular «efecto incentivador» con «inicio de los trabajos» y este con «fecha de solicitud». No obstante, y en desarrollo de lo anterior y, sobre todo, como novedad más significativa a este respecto en todo el corpus normativo regional, el artículo 6.3 de la citada orden (apartándose, eso sí, de las normas superiores) por primera vez concreta lo que debe entenderse como tal y concreto «inicio de los trabajos»:

en relación con el inicio de los trabajos, se considerará que los *trabajos se encuentran iniciados cuando* se constate, en la fase de análisis o de justificación, *la existencia de contratos anteriores a la fecha de solicitud o de facturas, recibos, pedidos, albaranes de entrega, créditos/deudas o compromisos en firme entre el solicitante/beneficiario y un tercero que consten debidamente documentados, estén fechados con anterioridad a la fecha de solicitud, que hayan sido pagados o cumplidos total o parcialmente, o constituyan una deuda dineraria líquida, vencida y exigible o una obligación de dar o hacer susceptible de reclamarse judicialmente.*

Asimismo, su artículo 17.2. establece que:

una vez presentada la *solicitud*, el solicitante deberá acreditar, en el trámite procedimental previsto en el artículo 22 (Documentación) que las *inversiones* o, en su caso, las nuevas contrataciones de personal *no se han iniciado antes de la fecha de presentación de la misma*, bien mediante *declaración expresa responsable de no inicio de las inversiones* para proyectos que únicamente contemplen inversiones en bienes de equipo, equipamientos, intangibles y, en su caso, nuevas contrataciones de personal o la contratación de servicios, o bien mediante *acta notarial de presencia de no inicio* de proyectos para aquellos que contemplen la adquisición, construcción, ampliación o reforma de bienes inmuebles. El acta notarial de presencia deberá realizarse con fecha posterior a la de la solicitud de la ayuda y debe-

rá presentarse en documento original debiendo, en su caso, incluir fotografías que reflejen claramente el estado del lugar donde se van a ejecutar tales inversiones.

De dicho articulado bien puede afirmarse que, con la completa taxonomía introducida, el legislador andaluz, apostando por el *quod abundant non nocet*, da un salto cualitativo en la interpretación legal del denominado efecto incentivador de la inversión según las dos fechas referenciales contempladas (solicitud e inicio). No solo esto. Estableciendo una enumeración exhaustiva limita las posibilidades de controversia, fijando fehacientemente el ámbito de los supuestos concretos a considerar bajo la rúbrica genérica del inicio de los trabajos (aunque, eso sí, sigue sin concretarse el alcance del concepto compromiso en firme y no se da cabida expresa, aunque sí tácita, al de compromiso irreversible, siempre sujetos a distintas interpretaciones, aunque se circunscribe su validez a «su constancia documental»).

Por otro lado, sorprende que, también alejándose de normas de rango superior, se mantenga el uso de la declaración expresa responsable de no inicio (bienes muebles, empleo y servicios) y/o el acta notarial de presencia de no inicio (bienes inmuebles), documentación que puede ser considerada redundante y que añade complejidad (y encarece por la preceptiva presencia notarial) al trámite administrativo.

Por último, y la más cercana en el tiempo, se publica la Orden de 5 de junio de 2017 (prorrogada según Resolución de 20 de noviembre de 2018, BOJA n.º 251, de 31 de diciembre), por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva a las empresas para el desarrollo industrial, la mejora de la competitividad, la transformación digital y la creación de empleo en Andalucía durante el periodo 2017-2020 (BOJA n.º 108, de 8 de junio).

De acuerdo a la anterior, el artículo 5.1 d) establece como uno de los requisitos de los proyectos a incentivar que estos deben «cumplir que la ayuda solicitada tiene efecto incentivador». A este respecto, se remite a la definición que a tal efecto se efectúa en la misma norma (anexo V.3):

se considerará que las ayudas tienen un efecto incentivador si, *antes de que se produzca el inicio de los trabajos, el beneficiario ha presentado una solicitud de ayuda* que deberá contener al menos el nombre y tamaño de la empresa, la descripción del proyecto, incluidas sus fechas de inicio y finalización, la ubicación del proyecto, la lista de costes del proyecto, la forma del incentivo y el importe de la financiación pública necesaria para el proyecto.

Lo anterior se completa con la definición de «inicio de los trabajos» (anexo V.15):

bien el inicio de los trabajos de construcción en la inversión, bien el primer *compromiso en firme* para el pedido de equipos u otro *compromiso que haga la inversión irreversible*, si esta fecha es anterior a la fecha de la presentación de la solicitud.

No se considerará “inicio de los trabajos”, ni la compra de terrenos, ni el arrendamiento de bienes inmuebles, ni los trabajos preparatorios como la obtención de permisos y la realización de estudios previos de viabilidad. En el caso de los trasposos, “inicio de los trabajos” es el momento en que se adquieren los activos vinculados directamente al establecimiento adquirido.

Asimismo, el artículo 19.1 d) impone el

acta notarial de presencia de no inicio de los trabajos del proyecto para aquellos que contemplan la adquisición, construcción, ampliación o reforma de bienes inmuebles, o una *declaración expresa responsable de no inicio de los trabajos* para proyectos que contemplan únicamente, inversiones para la adquisición de bienes de equipo, equipamientos e intangibles. El acta notarial de presencia deberá realizarse con fecha posterior a la de la presentación de la solicitud y deberá presentarse en documento original debiendo incluir fotografías que reflejen claramente el estado del lugar donde se van a ejecutar tales inversiones.

Significativamente, y en comparación con la orden inmediatamente anterior, se sustituye toda referencia concreta y específica al detalle y enumeración explicativos de lo que, en la práctica mercantil, puede entenderse como inicio de trabajos (contratos, facturas, recibos, albaranes, etc.), optando el legislador por trasladar lo establecido en las normas comunitarias e introducir la referencia al compromiso irreversible, concepto que, como se ha señalado y podrá comprobarse, resulta equívoco y polémico. Igualmente, se mantiene la estructura ya conocida de los dos momentos procedimentales a tener en cuenta (solicitud e inicio) y la obligatoriedad de la declaración responsable de no inicio y/o acta notarial de presencia de no inicio.

4. El efecto incentivador de la inversión, ¿concepto jurídico indeterminado?: el marco interpretativo según las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Como se ha intentado plasmar, desde el mismo nacimiento normativo-jurídico del denominado efecto incentivador de la inversión, en la práctica administrativa y empresarial se produjo una gran controversia en la concreta definición y delimitación de tal obligación prohibitiva entre, por una parte, la administración (la andaluza, en nuestro caso concreto) y, por otro, los administrados (las pymes beneficiarias de incentivos a la inversión).

La polémica jurídica, como no podía ser menos, se concretó en la indefinición del tal inicio de trabajos, el cual ha ido pivotando, a lo largo del tiempo, sobre la focalización en distintos momentos temporales que han evolucionado desde los tres originarios (solicitud, escrito a la solicitante e inicio), hasta los actuales dos (se prescinde del escrito a la

solicitante). Entre tanto, la distinta normativa (comunitaria, pero también andaluza) ha ido dotando de trascendencia al cumplimiento del efecto incentivador y ha intentado concretar su indefinición conceptual inicial. Desde este punto de vista, se ha pasado del silencio más absoluto a la introducción como elemento clave de los conceptos de compromiso en firme y/o irreversible. Entremedias, la legislación ha impuesto una distinta exigencia según la doble tipología considerada (bienes muebles e inmuebles), ha eliminado cualquier posibilidad de graduación proporcional de la obligación establecida, ha añadido redundancia documental, etc. Lo que no ha hecho, a excepción de la mencionada Orden de 2015, ha sido detallar exhaustiva y fehacientemente lo que ha de entenderse, en la práctica mercantil empresarial, como elemento de prueba documental a los efectos de dar por cumplido, o incumplido, la obligación establecida.

Esta indefinición mantenida en el tiempo bien podría hacernos considerar que nos encontramos, en la práctica administrativa, ante uno de aquellos supuestos conocidos como conceptos jurídicos indeterminados, interpretados estos no tanto, que también, como de vaguedad, indeterminación lingüística o semántica en el ámbito conceptual del lenguaje utilizado por los distintos legisladores¹¹ como de, y esto es lo relevante, de conceptos «habitualmente asumidos con significados diferentes por parte de los destinatarios de sus enunciados» (Ara, 2004, p. 108).

Esta diferente asunción suponía, como así ha sido en la práctica, que se produjeran discrepancias entre las partes implicadas (la Administración andaluza y las pymes) sobre el cumplimiento, o no, del susodicho efecto incentivador lo que, en muchas ocasiones, conducía a la primera a dictar resoluciones de pérdida de derecho al cobro de los incentivos concedidos o de reintegro de los ya abonados, lo que venía a agravar el problema a la pyme beneficiaria, tras las revisiones de los órganos intervinientes. Y es que la paradoja resulta tal que puede darse el caso de que en este *totum revolutum* interpretativo en un primer momento procedimental un órgano de la Administración considerara cumplido el tal efecto incentivador, mientras que en un segundo momento, otro órgano superior de la misma lo considerara incumplido¹².

Y dado que, como afirma Núñez (2013, p. 23):

Quando existe un concepto jurídico indeterminado, un operador jurídico como el juez habrá de tener una participación mucho más sustancial si tiene que resolver una controversia jurídica originada al calor de un término indeterminado. Y, por supuesto, la tarea judicial será absolutamente determinante en la construcción de

¹¹ Entendido esto como «la falta de claridad en la aplicación de expresiones lingüísticas que puede generar indeterminación jurídica» (Endicott, 2006, p. 34).

¹² Con carácter general, las resoluciones de incumplimiento del efecto incentivador se fundamentaban jurídicamente en el incumplimiento por parte de la beneficiaria de los artículos 37.1 y 37.2 de la Ley General de Subvenciones y, por extensión de estos, al concreto articulado de la orden reguladora de referencia.

la solución que resuelve dicha controversia, atribuyendo, a través de unos u otros mecanismos (de determinación del derecho) un significado preciso (y no otro/s) a ese concepto indeterminado para ese caso particular.

Así, y desde un punto de vista administrativo procesal, en la mayoría de las ocasiones en las que se producía dicha resolución de pérdida de derecho al cobro y/o de reintegro, el desenlace de la controversia interpretativa debía ser resuelto en vía contenciosa por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), el cual acabó convirtiéndose en el dirimente conceptual del indeterminado efecto incentivador de la inversión.

Por este motivo, y entendiendo que «al dejar intencionalmente indeterminado el concepto, el legislador trasfiere la tarea de rellenar en cada caso su contenido semántico por el receptor del lenguaje jurídico. Esta remisión permite que el destinatario del derecho complete el mandato normativo» (Ara, 2004, p. 112), para intentar dilucidar el verdadero significado de lo que debe entenderse por efecto incentivador de la inversión (y por inicio de trabajos y por compromiso en firme o irreversible) resulta del todo relevante conocer las sentencias más recientes y relevantes a este respecto del citado TSJA¹³. Tras esto, efectuaremos un resumen con los hechos, a nuestro juicio, más relevantes consecuencia de las anteriores y, lo que es más importante, las consecuencias dimanantes de dichas sentencias y su relevancia para la conceptualización del efecto incentivador de la inversión.

4.1. STSJA 16312/2017, de 5 de abril de 2017

La primera sentencia que presentamos se pronuncia sobre el reintegro de los incentivos concedidos y abonados a la recurrente al amparo de la Orden de 9 de diciembre de 2008, siendo el motivo que el proyecto se había iniciado antes de la fecha de la comunicación fehaciente del efecto incentivador, sobre la base de la existencia de varias facturas con *referencias a albaranes de entrega y/o partes de trabajo con fechas anteriores a la de comunicación del efecto incentivador*.

¹³ A efectos metodológicos, consideramos de interés presentar las distintas sentencias según un criterio cronológico (de más antigua a más reciente), lo que nos permitirá aprehender la doctrina imperante así como las modulaciones jurisprudenciales respecto al hecho –al concepto– juzgado.

Aquí entendemos jurisprudencia siguiendo la acepción de la RAE: «criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes».

Para el análisis y consulta de las sentencias utilizamos el acceso al buscador de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Andalucia--Ceuta-y-Melilla/Jurisprudencia/Jurisprudencia-del-TSJ/>).

Al no resultar relevantes para el objetivo aquí pretendido, se ha suprimido cualquier referencia expresa a actores intervinientes, empresas, fechas y demás. Estas omisiones, evidentemente, no alteran el sentido de lo expuesto.

La recurrente reconoce la existencia de partes de trabajo y albaranes anteriores a la fecha de emisión, si bien estos no acreditarían la realización de un trabajo o prestación del servicio, de modo que través de los mismos no se habría puesto de manifiesto el inicio efectivo de la inversión sobre la que posteriormente se solicitó la subvención.

Ante lo anterior, el TSJA desestima el recurso interpuesto por la recurrente (la pyme beneficiaria) y afirma que si bien la *inclusión de los albaranes en las anteriores categorías pudiera suscitar mayor duda*, la relación de partes de trabajo en algunas de las facturas, anteriores a la fecha de comunicación del efecto incentivador, sí se subsume plenamente en la primera. Salvo prueba en contrario, que no concurre en este supuesto, *el parte de trabajo ilustra acerca de tareas efectivamente realizadas y pone de manifiesto el inicio de trabajos vinculados al proyecto subvencionable*.

4.2. STSJA 16627/2017, de 13 de junio de 2017

Esta sentencia versa sobre la procedencia de la pérdida del derecho al cobro de incentivos concedidos al amparo de la Orden de 18 de enero de 2012, siendo el motivo que existen *facturas de adquisición de bienes y un pedido en firme anterior a la fecha de la comunicación del efecto incentivador*.

La recurrente alega que las facturas y pedido son de fecha posterior a la comunicación del incentivo y los trabajos del proyecto no comenzaron hasta después de recibir la comunicación de que el proyecto cumplía las condiciones establecidas en la convocatoria para ser considerada incentivable.

El TSJA desestima el recurso interpuesto por la recurrente al considerar que *se adquirieron bienes y se realizó un pedido a través de una oferta con validez hasta fecha anterior a la comunicación del incentivo por escrito*, por lo que se incumple dicha condición esencial para ser beneficiario.

4.3. STSJA 6799/2017, de 21 de junio de 2017

Esta sentencia gira sobre una resolución por la que se declara el reintegro y la pérdida del derecho de cobro de los incentivos concedidos al amparo de la Orden de 18 de enero de 2012, motivada por la existencia de un *acuerdo de adjudicación de los terrenos*, anterior a la fecha de comunicación del efecto incentivador.

Alega la recurrente que no vulnera la prohibición de iniciar el proyecto el hecho de haber concurrido a una subasta convocada para la enajenación de patrimonio municipal del suelo, teniendo en cuenta que la transmisión de la propiedad y pago del precio no ha tenido lugar

con anterioridad a la notificación de la comunicación de que el proyecto era susceptible de ser incentivable.

El TSJA desestima el recurso interpuesto por la recurrente (la pyme beneficiaria) al fijar que sobre la *adquisición de la propiedad de los terrenos*, la doctrina jurisprudencial atribuye al *acto de adjudicación al rematante de una finca subastada el carácter de tradición simbólica ficta y, en consecuencia, se opera la consumación del contrato*, permitiendo la inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad. Por tanto, la propiedad se adquirió en virtud de subasta por lo que la adjudicataria gozaba de título bastante para inscribir, ya que la adquisición de la propiedad estaba perfeccionada y consumada. Teniendo en cuenta que el proyecto consiste en la adquisición de suelo industrial y posterior construcción de nave industrial, solo cabe interpretar que el proyecto se ha iniciado con la adjudicación del suelo mediante Decreto del Ayuntamiento, con el efecto traslativo de la propiedad que la jurisprudencia otorga al acto de adjudicación.

4.4. STSJA 16293/2017, de 12 de diciembre de 2017

Esta sentencia analiza la pérdida del derecho al cobro de los incentivos concedidos al amparo de la Orden de 9 de diciembre de 2008, debido a la existencia de diversas *facturas vinculadas a pedidos* realizados con fecha anterior a la comunicación del escrito a la beneficiaria del efecto incentivador.

La recurrente alega que la inversión se inició después de la comunicación del efecto incentivador como acredita toda la documentación obrante en el expediente, facturas y documentos de pago, todos posteriores a dicha fecha, y que los documentos que la Administración califica de pedido no son compromisos en firme, sino pedidos marcos consistente en un listado de precios que se suscriben sin ninguna referencia ni relación con obra de inversión, sino para atender necesidades habituales y propias de la empresa como lo demuestran los suscritos en ejercicios anteriores. Es decir no pueden equipararse bajo ningún concepto a un compromiso en firme de adquisición de equipos ni de servicios que hicieran irreversible la inversión, ya que ni siquiera se alude a la misma en el texto del pedido marco.

El TSJA estima el recurso interpuesto por la recurrente (la pyme beneficiaria) al considerar que

se deduce claramente que la inversión no tuvo lugar hasta después de la comunicación y que en los documentos del que la administración trata de deducir el inicio de la actividad no son más que meros *pedidos marcos* para la actividad general de la empresa que marca el listado de precios que regirán los futuros encargos. Es por ello que las facturas todas posteriores (extremo indubitado) obedecen a trabajos realizados con posterioridad a esa fecha aunque en la misma exista *referencia al número de pedido marco, que no equivale a compromiso en firme*. No

existe incumplimiento determinante de la pérdida del derecho, ya que *las referencias contenidas en las facturas a un número de pedido marco no equivale al inicio de los trabajos o construcción*, pues de toda la documentación obrante en el expediente y aportada en los autos y testifical practicada se desprende que todas las facturas y pagos son posteriores, por tanto no existe ninguna evidencia de inicio anterior ya que *las referencias contenidas en las facturas a los pedidos marcos lo son como referencia a las tarifas generales de precios acordadas y no pueden calificarse de “un compromiso en firme” de adquisición de equipos, ni servicios que hicieran irreversible la inversión, porque en ninguno de los pedidos marco ni siquiera se alude o identifica la inversión o trabajo objeto de incentivo.*

4.5. STSJA 2428/2018, de 10 de enero de 2018

Esta sentencia se centra en la Resolución por la que se declara la pérdida del derecho de cobro de los incentivos concedidos al amparo de la Orden de 18 de enero de 2012, motivada por la existencia de *notas de entrega* anteriores.

Alega la recurrente la preeminencia que se otorga a la nota de entrega sobre el resto de la documental aportada a modo de primer compromiso en firme.

El TSJA desestima el recurso interpuesto por la recurrente al afirmar que *la nota de entrega se puede definir como aquel documento mercantil de uso no obligatorio, similar al albarán (término procedente del árabe que equivale a «prueba» o «justificante»), destinado a acreditar la entrega de un pedido.* En la práctica es firmado por el receptor de la mercancía a fin de dejar constancia de su correcta recepción, indicando la transacción o la entrega de una mercancía, el precio individual y total de la operación y los datos del cliente y del vendedor. Sentadas las precedentes consideraciones generales, se acepta como explicación más probable por su sencillez que el envío del bien que recoge *la nota de entrega carecería de sentido de no haber mediado un precedente compromiso en firme de adquisición de ese bien.* Y por esta causa la factura de venta reprodujo datos relevantes de la nota de envío que alcanzaban, además del producto y su precio unitario, a la identificación numérica del cliente. Es más, el aludido certificado de la empresa da cuenta de la existencia de un presupuesto anterior a la fecha de la propia nota de entrega. *La nota de entrega ha de conceptuarse mero instrumento de ejecución del pedido, revelador de un primer compromiso en firme de adquisición.*

4.6. STSJA 7810/2018 de 29 de enero de 2018

Esta sentencia se pronuncia sobre el reintegro de los incentivos concedidos y abonados a la recurrente al amparo de la Orden de 19 de abril de 2008, siendo el motivo referida a la existencia de *facturas a cuenta* anteriores y de la *firma del contrato con proveedor* donde se refleja que los trabajos comenzarán antes también de la notificación del efecto incentivador.

La recurrente sostiene que el proyecto de creación de una empresa debe considerarse iniciado cuando empieza la construcción o incluso en la fecha de adquisición de la parcela destinada a tal fin, que en el supuesto de autos data de un día después de la notificación del efecto incentivador. En relación a la factura del pago a cuenta está supeditada su entrega a la adquisición del terreno, de modo que si no se hubiera materializado el proyecto por falta de adquisición de los terrenos podría haberse cancelado la orden de pedido. Por lo que respecta al contrato suscrito con el proveedor, la materialización de la inversión quedó supeditada igualmente a la disposición del terreno. En definitiva, las facturas descritas solo revelan la ejecución de actos preparatorios, que no supusieron el inicio del proyecto.

Ante lo anterior, el TSJA desestima el recurso interpuesto por la recurrente y afirma que los argumentos de la recurrente colisionan frontalmente con lo que es la verdadera naturaleza de las subvenciones, que ahora no puede desconocerse, cual es que la subvención se inscribe dentro de la actividad de fomento llevada a cabo por la Administración, en este caso para favorecer la modernización tecnológica y empresarial del sector industrial. Como tal es susceptible de venir condicionada a los requisitos que la Administración considere necesarios establecer para el cumplimiento de la finalidad a la que está llamada a cumplir la subvención, siempre que estos no sean arbitrarios. El amplio margen de discrecionalidad que para la valoración se otorga a la Administración solo puede ser revisada judicialmente en casos de arbitrariedad o manifiesto error. Y no cabe tachar de arbitraria la exigencia de que el proyecto no esté iniciado a la fecha de la solicitud de la subvención, ni es posible mantener que la Administración ha incurrido en evidente error a la hora de denegarla, a la vista de los hechos expuestos anteriormente. La actora incumplió uno de los requisitos básicos para la concesión, porque había *comenzado a contratar el suministro de bienes necesarios para la ejecución del proyecto, antes de haber solicitado la ayuda*. Procede, por tanto, en aplicación de la doctrina expuesta, la desestimación del recurso en este extremo.

4.7. STSJA 2346/2018, de 14 de marzo de 2018

La presente sentencia se centra en el reintegro de los incentivos concedidos y abonados a la recurrente al amparo de la Orden de 9 de diciembre de 2008, motivado por la existencia en las facturas de determinadas dataciones anteriores (*certificaciones de obras, entregas, albarán de entrega, pedido, etc.*).

La recurrente sostiene que el contrato de ejecución de construcción de obra civil para la ejecución de la planta, así como la recepción provisional de las obras y su recepción definitiva son posteriores; las certificaciones de obra se corresponden con actuaciones que no forman parte del proyecto sino con trabajos previos; las fechas reflejadas en el pedido, en las entregas y los albaranes son incorrectas, por *errores tipográficos*, tal y como reflejan los certificados aclaratorios, las notas explicativas y las cartas de rectificación de los proveedores, existen referencias internas que aparecen en las facturas que se corresponden con un código interno generado por la propia empresa, de asignación de capítulos de inversión generales, por proveedor, aplicables a cualquier proyecto de inversión futuro de la sociedad.

Ante lo anterior, el TSJA desestima el recurso interpuesto por la recurrente al afirmar que la exigencia de no iniciar los proyectos subvencionados antes de ser considerados incentivables pretende garantizar que las ayudas de Estado de finalidad regional produzcan verdaderos efectos de incentivación de inversiones que de otro modo no se realizarían en las regiones asistidas. La doctrina jurisprudencial refrenda lo dicho. La STS de 29 de noviembre de 2002, recurso 382/2000, consideró conforme con los fines de fomento una interpretación de la normativa sectorial en el sentido de

exigir que la inversión sea posterior a la solicitud de subvención, pues aquellos fines no se lograrían si dicha inversión precediera a la solicitud, toda vez que se trata de fomentar la inversión, de provocarla [...], no de compensar o abaratar una inversión ya realizada.

El concepto «inicio de los trabajos» se vincula al pedido de equipos. Ahora bien, la mera solicitud de equipos no colma las exigencias legales. El pedido debe incorporar también un primer compromiso en firme, es decir, un vínculo jurídico entre las partes generador de derechos y obligaciones recíprocas, sin que la firmeza quepa predicar en los estudios de viabilidad. En consecuencia, no podemos hablar de compromiso en firme cuando del propio documento se desprenda que queda sujeto a ulterior confirmación, ni cuando el sistema de preparación de pedidos requiera una serie de actuaciones no ejecutadas antes de la fecha de comunicación del efecto incentivador.

El incumplimiento de la condición de no iniciar los proyectos subvencionados antes de ser considerados incentivables impide que la totalidad del proyecto obtenga ayuda regional. Y en la eventualidad que se hubieran iniciado antes de la comunicación del efecto incentivador, procede entonces declarar la pérdida del derecho al cobro, o el reintegro de las cantidades percibidas. El *thema decidenci* no es la ejecución de la actividad incentivada, sino el aparente incumplimiento de una condición esencial previa a la ejecución de la que dependía el incentivo: no iniciar los trabajos antes de la comunicación prevista en la orden reguladora.

Respecto a la *reiteración de errores tipográficos* advertidos en las fechas de los pedidos de algunas facturas y su codificación interna, el TSJA considera que no se trata de un error aislado y que la beneficiaria, sin cuestionar la realidad de las certificaciones ni la existencia de pedidos en firme habidos en las facturas, *en absoluto demuestra que en fechas cercanas a la expedición de la reseñada facturación mercantil desplegara iniciativa alguna tendente a procurar la rápida corrección de datos erróneos y/o la aclaración de conceptos oscuros, ambiguos o imprecisos*. Llegados a este punto, el TSJA afirma que el *resultado de la actividad probatoria desplegada por la accionante no es lo suficientemente contundente o eficaz* para desvirtuar, de modo claro e inequívoco, la imagen fiel y exacta de los gastos incurridos que representaba la documentación justificativa que ella misma aportó a la Administración en orden a su ulterior comprobación administrativa.

4.8. STSJA 5578/2018, de 9 de mayo de 2018

Esta sentencia aborda la pérdida del derecho de cobro de los incentivos concedidos, a tenor de la Orden de 18 de enero de 2012 porque *un pagaré tiene fecha de emisión anterior a la notificación al beneficiario de la comunicación.*

Alega la mercantil recurrente que el pagaré se emitió en consideración a una propuesta de contrato de mantenimiento de licencias, siendo en fecha posterior cuando suscribe el contrato con dicha empresa para la implantación del equipo, por lo que se decidió (en lugar de devolver el pagaré) que el pagaré se destinara al pago de la factura, fecha coincidente con su vencimiento. De ello concluye que la contratación con la empresa proveedora se realizó con posterioridad a la fecha en la que se autorizaba la contratación, y que es la fecha de vencimiento la que ha de tenerse en cuenta como «pago», habiéndose aportado tanto la factura, como el extracto de la cuenta del banco, sin que el hecho de que la emisión del mismo haya sido anterior a la formalización del contrato y suponga un incumplimiento de las condiciones requeridas.

Ante lo anterior, el TSJA desestima el recurso interpuesto por la recurrente y afirma que no existiendo controversia en la fecha de emisión del pagaré ni en la de la comunicación del efecto incentivador, procede *determinar si la emisión del pagaré en cuestión supone inicio de la actividad por constituir primer compromiso en firme para el pedido de los equipos, en fecha anterior a la de la recepción de dicha comunicación, pues en tal caso concurriría causa de pérdida del derecho al cobro y reintegro de la subvención otorgada. No compartimos el criterio que identifica el inicio de la actividad con el contrato.* Ciertamente, el Código Civil, en su artículo 1170 señala que «la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados», pero a tenor de las bases de la convocatoria, *no es ni el contrato ni el pago el acontecimiento que debe considerarse «inicio de actividad», sino el primer compromiso en firme para el pedido de los equipos, debiendo entenderse que el pagaré, como promesa de pago o compromiso de pago por el que la empresa solicitante del incentivo se compromete a pagar a la empresa proveedora la cantidad de dinero especificada en una fecha determinada, constituye compromiso en firme, y por tanto ha de entenderse que la actividad subvencionable se inicia con carácter previo a la recepción de la comunicación del efecto incentivador, sin perjuicio de que la utilización del pagaré le haya permitido aplazar el pago del precio en fecha posterior.*

4.9. STSJA 10214/2018, de 23 de julio de 2018

La última sentencia que presentamos versa sobre el inicio de reintegro por infracción del efecto incentivador al evidenciarse la existencia de un *contrato de alquiler* anterior a la de la fecha del citado efecto.

La demandante alega que dicho contrato, por sí solo, no es evidencia del *inicio de la actividad* como tal.

El TSJA estima que la cuestión que ha de dilucidarse en el proceso es, por tanto, si la existencia de un contrato de alquiler suscrito trece días antes de la solicitud comporta que el inicio de las actividades se ha producido o no. Bajo esto, su primera premisa es que

no establece la citada Orden cuál sea el momento en que deban entenderse iniciados los proyectos. Hemos de estar pues a la realización de actos externos que revelen, de forma indubitada, que el proyecto en cuestión ha sido, en efecto, iniciado antes de la presentación de la solicitud.

En el caso se dan varios elementos de hecho que ayudan a concluir en el sentido pretendido por la parte demandante. Así, el alta en autónomos, el contrato de suministro de agua. En fin, también consta que el local en cuestión fue abierto al público con posterioridad a la solicitud. Todas estas circunstancias nos llevan a concluir que, en efecto, el inicio de la actividad no se había producido cuando se presentó la solicitud.

Por contra existe un contrato de fecha anterior a la solicitud. De no existir otros datos, cual los antes referidos, el TSJA considera que podría estimarse que el inicio de la actividad es el de la fecha del contrato. Sin embargo, y tal y como este indica, «entendemos que *no puede llegarse a esa conclusión con la interpretación de un solo documento*, el del contrato. Este ha de relacionarse por fuerza con todos los demás elementos probatorios». Pero además, el reglamento de gestión tributaria, aun no siendo una norma de concreta aplicación en materia de subvenciones a estos efectos, sí revela que la Administración, a ciertos efectos, considera el *inicio de actividades como el momento decisivo*. Dice el artículo 9.4 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos: a efectos de lo dispuesto en este reglamento, se entenderá producido el *comienzo de una actividad empresarial* o profesional desde el momento que se realicen cualesquiera entregas, prestaciones o adquisiciones de bienes o servicios, se efectúen cobros o pagos o se contrate personal laboral, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Criterios, los anteriores, razonables, pues hacen referencia, todos, a una efectiva realización de actividades negociales o profesionales que conducen, en una interpretación y valoración conjunta de toda la prueba, a concluir en el sentido de que no había inicio de actividad. Y finaliza el TSJA diciendo que

lo que se pretende al prohibir que la inversión esté iniciada antes de la solicitud es que unas obras o inversiones ya hechas, se “aprovechen” de ayudas que se convocan posteriormente. Sin embargo, en el caso presente resulta claro, vistas las fechas, que la inversión se realiza al amparo incentivador de la ayuda. No estaba hecha antes.

Así pues, se concluye afirmando que

pese a la dicción literal de la norma (que la solicitud de subvención se presente antes de que el beneficiario haya emprendido la inversión), en este caso hay que concluir que se ha realizado la inversión y que la subvención ha cumplido su finalidad incentivadora. Porque, en definitiva, no se produce incumplimiento del efecto incentivador de la ayuda. Dicho con otras palabras, *fue la ayuda, la subvención, lo que «animó» al empresario a la inversión.*

5. Resumen y conclusiones

5.1. Resumen

El conjunto de sentencias que aquí hemos presentado, y por el periodo que abarcan, puede ser considerado una muestra representativa de la actividad del TSJA en su condición de interpretador cualificado de la controversia jurídica originada por la indeterminación del concepto fundamental de aplicación práctica del efecto incentivador de la inversión: el cuándo debe entenderse iniciado el trabajo de la inversión a realizar y a incentivar. Lo aquí plasmado (que permite recoger con fidelidad la actividad jurisprudencial más reciente del Tribunal a los efectos por nosotros pretendidos) se centra en aquellos aspectos concretos de la operativa práctica mercantil que pueden conducir a toda pyme solicitante de subvenciones públicas a cumplir o incumplir el efecto incentivador de la inversión establecido en la normativa reguladora de aplicación.

En concreto, el TSJA se pronuncia sobre albaranes, partes de trabajo, pedidos, adjudicación de terrenos, notas de entrega, facturas a cuenta, contratos, certificaciones de obra, referencias a entregas realizadas, pagarés, contratos de alquiler, etc. sin olvidar la posible existencia de errores en cualquiera de los anteriores. Como se comprueba, el listado de temas juzgados es bastante exhaustivo y, de alguna manera, viene a recordarnos el amplio elenco de supuestos recogido ya en el mencionado artículo 6.3 de la Orden de 19 de febrero de 2015.

Tal y como ya ha quedado mencionado a lo largo del presente trabajo, uno de los reproches que se le puede hacer al legislador (europeo o, en nuestro caso, andaluz) es que a lo largo del amplio tiempo transcurrido (1998-2018), no haya sido capaz de determinar jurídicamente lo que debe entenderse bajo el concepto «inicio de trabajos» en la práctica empresarial y mercantil del día a día. Entendiendo que en 2006 la introducción en las Directrices comunitarias sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el periodo 2007-2013 del concepto de compromiso en firme (¡pero en una mera nota al pie!) fue un primer intento de determinación de lo indeterminado, circunscrito este con posterioridad en los reglamentos y directrices comunitarios a todo aquel compromiso que obligue legalmente o aquel compromiso que haga la inversión irreversible, a excepción de la susodicha Orden

andaluza de 2015 (y con la limitaciones apuntadas) no encontramos en todo el corpus normativo de estos últimos veinte años ninguna prueba que venga a contradecir nuestra tesis: la indeterminación jurídico administrativa del efecto incentivador de la inversión.

Evidentemente, se argüirá que, dada la inconcreción originaria de la norma de rango superior, poco podía hacerse a nivel andaluz. No obstante, del análisis de los Decretos de ayuda vigentes en el periodo temporal estudiado, puede afirmarse que, lejos de trasponer directamente lo reglamentado a nivel comunitario, encontramos omisiones difícilmente explicables (los Decretos 21/2007 y 394/2008 no hacen mención alguna ni al concepto de compromiso en firme ni al de compromiso que obligue legalmente, debiendo esperar al Decreto 114/2014 para dar entrada jurídica a dicho concepto), solo corregidas vía órdenes y distintas convocatorias de ayuda. En estas, sorprende tanto la falta de homogeneidad normativa en el tiempo (se pasa de la omisión a la exhaustividad y viceversa) como la innovación documental redundante no contemplada en norma de rango superior alguna (declaraciones responsables y actas notariales de no inicio), que vienen a reflejar la incertidumbre existente a la hora de definir administrativamente el cumplimiento del precepto establecido. Así, y dada la indeterminación jurídica, la controversia crece y hay que esperar a las distintas sentencias del TSJA para intentar aclarar la aludida inconcreción normativa. De estas, destacamos, por su importancia práctica, los siguientes asertos:

- Ponen de manifiesto el inicio de los trabajos vinculados al proyecto subvencionable y, por tanto, son dato revelador de un primer compromiso en firme o irreversible, la existencia, con fecha anterior, de partes de trabajo, pedidos, notas de entrega, facturas a cuenta, firma de contratos y el acto de adjudicación al rematante de una finca subastada (recordemos que en el periodo 2014-2020, según reglamento y directrices comunitarios, la compra de terrenos ha sido excluida expresamente de la consideración del inicio de los trabajos); asimismo, la fecha de emisión del pagaré (no solo la de su vencimiento) es ya promesa de pago o compromiso de pago, por lo que constituye compromiso en firme.
- En cambio, ni los denominados pedidos marco (a modo de referencia de las tarifas generales de precios acordadas) ni los albaranes son elementos probatorios del inicio o comienzo del proyecto a incentivar.
- No se considera como prueba del inicio de los trabajos (y, por tanto, no se pueden considerar compromiso en firme y/o irreversible) cuando del propio documento, sea el que sea, se desprenda que queda sujeto a ulterior confirmación, siendo esta de fecha posterior a la de la solicitud de la ayuda, ni cuando el sistema de preparación de pedidos requiera una serie de actuaciones no ejecutadas antes de la fecha del efecto incentivador.
- Por último, y lo que resulta más importante, no puede fundamentarse la determinación del cumplimiento del efecto incentivador en la interpretación de un solo documento, debiendo tenerse en cuenta todos los demás elementos probato-

rios existentes, así como la realización de actos externos que revelen, de forma indubitada, que el proyecto en cuestión ha sido, en efecto, iniciado antes de la presentación de la solicitud, ya que no debe olvidarse que, en último término, lo que se pretende al prohibir que la inversión esté iniciada antes de determinada fecha es que determinada inversión ya realizada se pueda llegar a «aprovechar» de ayudas que se convocan posteriormente.

5.2. Conclusiones

En las páginas precedentes hemos intentado, desde la óptica del derecho administrativo y la empresa y bajo la importancia creciente, en ambas realidades, de las subvenciones públicas, focalizar la atención en torno al denominado efecto incentivador de la inversión (definido como prohibición expresa para la pyme beneficiaria del inicio de los trabajos de la inversión a incentivar antes de determinada fecha), y su consideración, en el contexto administrativo de las distintas normas reguladoras de las ayudas públicas, como ejemplo de la dificultad por parte del legislador de conseguir la tan anhelada y pregonada simplificación administrativa, al configurarse como fuente de indeterminación e inseguridad jurídicas.

Aunque a lo largo del periodo 1998-2018 se han sucedido distintas normas (desde instancias comunitarias, pero también regionales) que han ido delimitando el ámbito de su cumplimiento, no obstante, la originaria indeterminación de lo que debe entenderse –en la práctica administrativa y empresarial mercantil– por inicio de los trabajos ha implicado una amplia controversia entre los actores implicados, solo dirimida, y en último término, en instancias judiciales. Al final, para cada supuesto concreto y para el ámbito de referencia que nos ocupa, ha debido ser el TSJA el interpretador último del citado concepto. De su actividad jurisprudencial se pueden sacar distintas conclusiones que el legislador andaluz debiera tener en cuenta para nuevas convocatorias de ayudas o, mejor, ante reformas normativas próximas en materia de subvenciones (vía leyes o decretos).

Desde aquí, permítasenos apuntar solo a la que consideramos la más importante y que no es otra que la necesidad de pasar del *lato sensu* al *strictu sensu*, esto es, ser más concreto y exhaustivo a la hora de circunscribir administrativa y jurídicamente el concepto de «inicio de trabajos», no siendo suficiente la simple apelación a la norma comunitaria y presentar como definición del efecto incentivador una mera traducción literal de lo que esta establece, sino que resulta necesario aquilatar y delimitar el concepto de compromiso en firme y/o irreversible fundamentándose en la labor jurisprudencial del TSJA aquí presentada. Siguiendo esta recomendación, se determinaría *ab initio* el concepto jurídico de efecto incentivador de la inversión, no siendo ya necesario exigir –en el trámite procedimental correspondiente– documentación adicional (sea esta bajo la forma de declaraciones responsables o mediante actas notariales de no inicio), que no solo no agiliza el trámite admi-

nistrativo, sino que aporta redundancia procedimental, es decir, complejidad burocrática añadida y, también, no se obvie, incremento de los gastos de tramitación de los expedientes administrativos para la pyme solicitante. En resumen, nuestra modesta recomendación aquí expuesta, aparte la descarga de la labor del TSJA que supondría, vía reducción de los litigios y la controversia jurídica actualmente existente, ayudaría también a reducir los trámites administrativos del procedimiento de subvenciones, simplificando y agilizando su proceso.

6. Anexo legislativo

6.1. Normativa comunitaria

- Reglamento (CE) 994/98 del Consejo, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales (DOCE n.º L 142, de 14 de mayo).
- Reglamento (CE) 1628/2006 de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas regionales a la inversión (DOUE n.º L 302, de 1 de noviembre).
- Reglamento (UE) 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DOUE n.º L 187, de 26 de junio).
- Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el periodo 2000-2006 (98/C 74/06), DOCE n.º C 74/9, de 10 de marzo.
- Directrices comunitarias sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el periodo 2007-2013 (2006/C 54/08), DOUE n.º C 54/13, de 4 de marzo.
- Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014-2020 (2013/C 209/01), DOUE n.º C 209/1, de 23 de julio.

6.2. Normativa estatal

- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE n.º 276, de 18 de noviembre).
- Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE n.º 176, de 25 de julio).

6.3. Normativa autonómica

- Decreto 24/2001, de 13 de febrero, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de finalidad regional y en favor de las pymes que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA n.º 20, de 17 de febrero).
- Decreto 21/2007, de 30 de enero, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de finalidad regional y en favor de las pequeñas y medianas empresas (pymes) que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía en los años 2007, 2008 y 2009 (BOJA n.º 27, de 6 de febrero).
- Decreto 394/2008, de 24 de junio, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de finalidad regional y en favor de las pequeñas y medianas empresas (pymes) que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA n.º 127, de 27 de junio).
- Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de concesión de subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA, n.º 108, de 4 de junio).
- Decreto 114/2014, de 22 de julio, por el que se establece el marco regulador de las ayudas a empresas que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de inversiones de finalidad regional (BOJA n.º 144, de 25 de julio).
- Orden de 24 de mayo de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de un Programa de incentivos para el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2005 y 2006 (BOJA n.º 114, de 14 de junio), prorrogada según Orden de 19 de septiembre de 2006 (BOJA n.º 190, de 29 de septiembre).
- Orden de 19 de abril de 2007, por la que se establecen las bases reguladoras de un programa de incentivos para el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2007 a 2009 (BOJA n.º 91, de 9 de mayo).
- Orden de 9 de diciembre de 2008, por la que se establecen las bases reguladoras de un Programa de incentivos para el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2008 a 2013 (BOJA n.º 18, de 27 de enero).
- Orden de 18 de enero de 2012, por la que se establecen las bases reguladoras de un Programa de incentivos para el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2012 y 2013 (BOJA n.º 18, de 27 de enero).
- Orden de 27 de junio de 2013, por la que se modifica la de 18 de enero de 2012, por la que se establecen las bases reguladoras de un Programa de incentivos para

el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2012 y 2013 (BOJA n.º 126, de 1 de julio).

- Orden de 1 de abril de 2014, por la que se modifica la de 18 de enero de 2012, de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, por la que se establecen las bases reguladoras de un Programa de incentivos para el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2012 y 2013 (BOJA n.º 70, de 10 de abril).
- Orden de 19 de febrero de 2015, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de incentivos en régimen de concurrencia no competitiva a las pequeñas y medianas empresas para el desarrollo industrial y la creación de empleo en Andalucía durante el periodo 2015-2018, y se efectúa la convocatoria para el año 2015 (BOJA n.º 37, de 24 de febrero).
- Orden de 5 de junio de 2017, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva a las empresas para el desarrollo industrial, la mejora de la competitividad, la transformación digital y la creación de empleo en Andalucía durante el periodo 2017-2020 (BOJA n.º 108, de 8 de junio), prorrogada según Resolución de 20 de noviembre de 2018 (BOJA n.º 251, de 31 de diciembre).

Referencias bibliográficas

Ara, I. (2004). Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. *Anuario de filosofía del Derecho*, 21, 107-124.

Endicott, T. A. O. (2007). *La vaguedad en el derecho*. Madrid: Dykinson (Orig. 2006).

Núñez, M. (2013). *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería. Controversias y soluciones*, Quito: Corporación Editora Nacional.



Comentario de los aspectos constitucionales de la llamada Sentencia del Procés

STS 459/2019, de 14 de octubre

Juan Manuel Herreros López

*Profesor titular de Derecho Constitucional.
Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA*

Extracto

Este comentario de la llamada Sentencia del Procés (STS 459/2019, de 14 de octubre) tiene como principal propósito analizar jurídicamente la parte que podemos considerar más «constitucionalista» de la sentencia, sin entrar por tanto en el estudio más «penalista» relativo a si los hechos juzgados constituían delito de rebelión o de sedición.

La parte «constitucionalista» de la sentencia es tan importante como profusa. Nos referimos a las casi doscientas páginas de la fundamentación jurídica en las que la Sala II del Tribunal Supremo responde, con una prolija y cuidada argumentación, a las numerosas alegaciones de las defensas sobre posibles vulneraciones de derechos fundamentales de los procesados. Esta parte de la fundamentación jurídica es especialmente importante porque a nadie se le escapa la más que previsible impugnación en amparo de la sentencia ante el Tribunal Constitucional y, en caso de que este no admita el amparo, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es también una parte especialmente extensa en términos comparativos con el resto de la fundamentación jurídica de la resolución, consecuencia de los muchos derechos invocados por las defensas. Por ello, y a fin de no desbordar las dimensiones de este trabajo, nuestro comentario se referirá a todos los derechos invocados por los procesados, si bien se detendrá de forma algo más pormenorizada solo en algunos, destacando entre ellos el llamado «derecho a decidir».

Palabras clave: Sentencia del Procés; derecho a decidir; referéndum de autodeterminación.

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

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho penal del 1 al 15 de octubre de 2019).

Cómo citar: Herreros López, J. M. (2020). Comentario de los aspectos constitucionales de la llamada Sentencia del Procés (STS 459/2019, de 14 de octubre). *Revista CEFLegal*, 228, 115-134.



Commentary on the constitutional aspects of the call Judgment of Procés

Juan Manuel Herreros López

Abstract

This comment of the judicial decision called Sentence Procés (STS 459/2019, of October 14) has as its main purpose to legally analyze the part that we can consider the most «constitutionalist» of the sentence, without therefore entering into the most «criminalist» relative study to whether the facts judged constituted a crime of rebellion or sedition.

The «constitutionalist» part of the sentence is as important as it is profuse. We refer to the almost two hundred pages of the legal basis in which Room II of the Supreme Court responds, with a neat and careful argumentation, to the numerous allegations of the defenses about possible violations of fundamental rights of the defendants. This part of the legal basis is especially important because no one escapes the more than foreseeable challenge under the judgment before the Constitutional Court and, in case it does not admit the amparo, before the European Court of Human Rights. It is also a particularly large part in comparative terms with the rest of the legal basis of the resolution, a consequence of the many rights invoked by the defenses. Therefore, and in order not to overflow the dimensions of this work, our comment will refer to all the rights invoked by the defendants, although it will stop in a more detailed way only in some, highlighting among them the so-called «right to decide».

Keywords: Judgment of the Procés; right to decide; referendum of self-determination.

Citation: Herreros López, J. M. (2020). Comentario de los aspectos constitucionales de la llamada Sentencia del Procés (STS 459/2019, de 14 de octubre). *Revista CEFLegal*, 228, 115-134.





Sumario

Introducción

1. La alegación de vulneración general de derechos producto de la sobreprotección de la unidad de España
2. La alegación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo con todas las garantías procesales
 - 2.1. Por la negativa a usar el catalán como lengua del proceso y subsiguiente remisión de la causa a los tribunales ubicados en Cataluña
 - 2.2. Por la violación del derecho al juez predeterminado por la ley y a la doble instancia
 - 2.3. Por no haber podido preparar una defensa adecuada al estar en situación de privación de libertad
3. Sobre el supuesto efecto exculpatorio derivado de la derogación del delito de convocatoria de referéndum ilegal
4. Sobre la inviolabilidad parlamentaria como pretendida causa de justificación
5. El ejercicio del derecho a la desobediencia civil como causa de exclusión de la antijuridicidad
6. El ejercicio legítimo de otros derechos constitucionales como causa de exclusión de la antijuridicidad
7. El pretendido derecho a decidir
 - 7.1. El derecho a decidir del pueblo catalán no está amparado en nuestro ordenamiento jurídico
 - 7.2. El derecho a decidir del pueblo catalán tampoco está amparado en el Derecho internacional
 - 7.3. El caso del referéndum de autodeterminación de Quebec
 - 7.4. Los casos de Montenegro, Escocia y Kosovo
 - 7.5. Los casos de la Región del Véneto y el Land de Baviera



Introducción

Aunque es obvio que la STS 459/2019, de 14 de octubre (la llamada Sentencia del Proceso [NCJ064286]), tiene una naturaleza eminentemente penal, resulta de gran interés la extensa y detallada primera parte de su fundamentación jurídica con la que la Sala II del Tribunal Supremo rebate las numerosas alegaciones de los procesados en torno a posibles vulneraciones de derechos fundamentales.

En estas alegaciones se aprecia más un propósito político que jurídico. La idea que parecen querer transmitir es que los procesados actuaron en todo momento de forma democrática y pacífica, atendiendo al mandato del pueblo soberano de Cataluña. Una actuación que contrasta con la que habrían mantenido las autoridades del Estado y que los procesados califican de represiva de las legítimas y democráticas aspiraciones de autodeterminación del pueblo catalán. Esta intencionalidad política que se desprende de las alegaciones de las defensas encaja, por otra parte, con el hecho cierto de que el juicio tuvo un extraordinario seguimiento mediático tanto dentro como fuera de España.

En todo caso, la profusa y bien fundamentada respuesta que la Sala II del Supremo da a las denuncias resulta del todo pertinente teniendo en cuenta la previsible impugnación en amparo de la sentencia ante el Tribunal Constitucional y, llegado el caso, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es evidente que la sala ha querido prevenir cualquier revocación de la sentencia por razones basadas en hipotéticas violaciones de derechos fundamentales. Por ello es muy importante que, aun no existiendo en el procedimiento ordinario un turno específico para alegar lesión de derechos fundamentales¹, la Sala, aplicando su propia jurisprudencia, ampliase el campo funcional de la vista al que se refiere el artículo 673 de la LECrim. y ofreciese a los procesados la posibilidad de alegar lo que estimaran oportuno en relación con sus derechos. Como expresamente afirma la sentencia, «la pronta y formal invocación en el proceso ordinario del derecho fundamental que se estima vulnerado hace posible su inmediata e idónea reparación por el órgano judicial a quien reprocha la infracción» (FJ 1).

¹ Ese turno sí existe, en cambio, para el procedimiento abreviado conforme a lo previsto en el artículo 786.2 de la LECrim.

1. La alegación de vulneración general de derechos producto de la sobreprotección de la unidad de España

Las defensas comienzan sus alegaciones denunciando una vulneración general de los derechos fundamentales de los procesados y de los derechos democráticos del pueblo catalán como consecuencia de una sobreprotección de la unidad territorial de España. Las defensas parten de la existencia de un contexto sociopolítico contrario a las legítimas y democráticas aspiraciones de autodeterminación del pueblo catalán que han condicionado la actuación de jueces y fiscales. Se afirma, en concreto, que desde el primer momento los órganos jurisdiccionales competentes y el Ministerio Fiscal se habrían concertado para restringir de forma radical los derechos de la ciudadanía catalana, y todo ello por la voluntad de proteger a toda costa la indisolubilidad territorial de España.

La sentencia responde a esta alegación indicando, en primer lugar, que la protección territorial de España no es una singularidad de nuestro orden constitucional, y recuerda que todas las constituciones de nuestro entorno político recogen en su articulado preceptos semejantes al artículo 2 de nuestra norma fundamental, donde se dispone que «la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles» (FJ 2.2). Asimismo, la sentencia considera que las defensas confunden sobreprotección de la unidad territorial de España con la investigación y enjuiciamiento por parte de los órganos jurisdiccionales competentes de unos hechos que ya en los primeros momentos de la investigación judicial presentaban indicios de ser delictivos (FJ 2.3). La sentencia salvaguarda así una legítima y debida actuación judicial y fiscal, con inequívoco encaje en un Estado de derecho, y cuyas resoluciones pueden ser objeto de los oportunos recursos, entre otras cosas para depurar posibles excesos.

Como bien indica la sentencia, «cuando para el análisis de las posibles vulneraciones de derechos fundamentales se arranca de un presupuesto contextualizador que todo lo explicaría [...] se nubla el análisis y se convierten las legítimas actuaciones del Estado en actos represivos llamados a subyugar un pueblo» (FJ 2.3).

2. La alegación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo con todas las garantías procesales

La mayoría de los derechos que las defensas invocan como lesionados se sitúan en la órbita o ámbito protegido de los artículos 24 de la CE y 6 de la CEDH, es decir, la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso equitativo con todas las garantías procesales. Son muchas las facultades y garantías que los procesados entienden vulneradas en este terreno. Sin carácter exhaustivo, relacionamos a continuación algunas de esas facultades y garantías:

- Lesión del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías procesales por no haberse utilizado el catalán como lengua del proceso.
- Lesión del derecho al juez predeterminado por la ley y a la doble instancia por haber unido todo el procedimiento en el Tribunal Supremo.
- Lesión del derecho al juez imparcial al atribuir tanto al juez instructor como a los jueces de la sala contaminación procesal y parcialidad a la hora de juzgar a los procesados.
- Lesión del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías procesales por haber tenido que preparar el juicio en situación de privación de libertad.
- Lesión del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías procesales por no garantizarse un acceso completo a las actuaciones.
- Lesión del derecho a la presunción de inocencia por las declaraciones a la BBC de la secretaria de estado Dña. Irene Lozano, que prejuzgaban la culpabilidad.
- Lesión del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías procesales por denegación de medios de prueba pertinentes, entre ellas la citación del rey o de Puigdemont como testigos.
- Lesión del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías procesales por la presencia de un partido machista y xenófobo como Vox ejerciendo la acusación popular.

Resulta imposible un análisis pormenorizado de todas estas alegaciones de los procesados si no queremos desbordar las dimensiones en las que está concebido este trabajo. En consecuencia, en los próximos epígrafes nos vamos a detener solo, y someramente, en aquellos derechos que nos han parecido más relevantes.

2.1. Por la negativa a usar el catalán como lengua del proceso y subsiguiente remisión de la causa a los tribunales ubicados en Cataluña

La primera queja de las defensas en el ámbito de una posible lesión de la tutela judicial efectiva se refiere a la negativa de la sala a que se pudiera utilizar el catalán como lengua del proceso, lo que a su vez impidió la remisión de la causa a los tribunales ubicados en Cataluña, cuya praxis judicial es la única que podría garantizar el uso de la lengua catalana como idioma del proceso.

La negativa de la sala tuvo su correcto fundamento en el artículo 231.1 de la LOPJ, de acuerdo con el cual el castellano, en su condición de lengua oficial del Estado, debe ser el idioma usado en las actuaciones judiciales. Adviértase, asimismo, que ni la Constitución ni

el Estatuto de Autonomía de Cataluña reconocen un derecho incondicional al uso de la lengua propia de una comunidad autónoma en actuaciones procesales desarrolladas fuera del territorio de esa comunidad (FJ 3.2.2), por lo que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, «el castellano es la lengua española oficial del Estado, y entendiéndose obviamente aquí por "Estado" el conjunto de los poderes públicos españoles, con inclusión de los autónomos y locales, resulta que el castellano es lengua oficial de todos los poderes públicos y en todo el territorio español» (STC 82/1986, FJ 2). Por otro lado, «el criterio territorial relevante a los efectos de la delimitación del poder público vinculado a las consecuencias de principio inherentes a la cooficialidad de una lengua autonómica es el de la sede de la autoridad, no el del alcance territorial de su respectiva competencia» (STC 31/2010, FJ 21 [NCJ052475]).

No obstante toda esta argumentación, hay que hacer constar que la sala puso a disposición de las defensas traductores oficiales de catalán y permitió a los procesados que hicieran uso de esta lengua al responder a las preguntas que les pudieran formular tanto las acusaciones como las defensas.

2.2. Por la violación del derecho al juez predeterminado por la ley y a la doble instancia

Las defensas de los procesados alegaron que el Tribunal Supremo carecía de competencia para conocer de los hechos juzgados. Esta hipotética irregularidad habría generado una doble consecuencia: de un lado, una grave fragmentación del objeto del procedimiento, existiendo numerosas causas distintas con un mismo objeto procesal; de otro lado, los procesados se han visto privados del derecho a la doble instancia reconocido en el artículo 2.1 del Protocolo núm. 7 de la CEDH.

Esta alegación puede ser refutada de entrada si recordamos que durante el transcurso del procedimiento los procesados Sres. Sánchez, Turull, Rull y Junqueras se habían convertido en diputados y el Sr. Romeva en senador, por lo que su aforamiento en el Tribunal Supremo en tanto que parlamentarios de las Cortes Generales quedaría claro y relativizaría la objeción alegada por las defensas de los procesados (FJ 4.1). En todo caso, y teniendo en cuenta la previa condición de miembros del Parlamento de Cataluña de varios de los procesados, la sala invoca con acierto el artículo 57.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), de acuerdo con el cual «en las causas contra los Diputados es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», pero «fuera del territorio de Cataluña la responsabilidad penal es exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». En este orden, es pertinente recordar que los hechos juzgados habían rebasado los límites territoriales de la comunidad autónoma y, por tanto, la competencia no podía de ser de otro órgano distinto al Tribunal Supremo (FJ 4.1.1).

Interesante resulta la argumentación que añade la sala, según la cual unir en el Tribunal Supremo la investigación y el enjuiciamiento de causas con aforados y tan complejas como la que nos ocupa resulta aconsejable para evitar pronunciamientos contradictorios y facilitar tanto la investigación como el juicio de los hechos (FJ. 4.1.3).

En cuanto a la doble instancia, es cierto que el artículo 2.1 del Protocolo núm. 7 de la CEDH establece que «toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior». Ahora bien, el apartado segundo de dicho artículo prevé que el citado «derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal». Una excepción que debe conectarse con la prerrogativa funcional que la Constitución confiere, en forma de garantía procesal, a los parlamentarios.

En todo caso, compartimos el argumento añadido por la sala, en virtud del cual el enjuiciamiento en primera y única instancia ante el Tribunal Supremo se produce ante un órgano tan cualificado como es el que cierra el poder judicial en España, y en este caso sin los límites cognitivos que le son propios: los del recurso extraordinario de casación, lo que también comporta una ventaja para el enjuiciado (FJ 4.1.5.1). En esta línea se ha venido pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, tal y como recuerda la sala. Así, ya la STC 51/1985 concluía que «determinadas personas gozan, *ex Constitutione*, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior [...] disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria» (FJ 3).

2.3. Por no haber podido preparar una defensa adecuada al estar en situación de privación de libertad

Los procesados alegaron que su privación de libertad durante el juicio les impidió preparar adecuadamente las defensas por no haberles sido posible buscar por sí mismos los medios de prueba para demostrar su inocencia. Esta imposibilidad habría provocado, además, el efecto reflejo de lesión de otro derecho, en este caso, el de los letrados a gozar del descanso laboral y la conciliación de la vida familiar y profesional.

La sala tilda irónicamente de alegación creativa y original este razonamiento formulado por los procesados, y arguye que la medida cautelar de la prisión preventiva se ajustó en todo momento a los presupuestos legales que la permiten y que son los establecidos en los artículos 503 y siguientes de la LECrim. Conviene recordar en este sentido que ningún Estado democrático distingue en su Derecho procesal entre proce-

sados que disfrutaban de libertad provisional y los que sufren prisión preventiva, considerando a los primeros en ventaja sobre los segundos a la hora de ejercer del derecho de defensa. Y, en efecto, en este juicio la situación de privación de libertad no ha impedido realmente un ejercicio pleno del derecho defensa. Y no hay mejor demostración de ello que el hecho de que el letrado que invoca la incompatibilidad entre prisión preventiva y derecho de defensa «no menciona un solo medio de prueba o una sola diligencia de investigación que no haya podido incorporar a la causa por razón del internamiento que afecta a sus clientes» (FJ 6.1).

3. Sobre el supuesto efecto exculpatario derivado de la derogación del delito de convocatoria de referéndum ilegal

Las defensas alegaron un efecto exculpatario derivado de la reforma del Código Penal introducida por el Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, que derogó entre otros el artículo 506 bis del CP, que castigaba «la autoridad o funcionario público que, careciendo manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, convocare o autorizare la convocatoria de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución». Las defensas apoyaron su alegación en el preámbulo de la citada ley derogatoria, donde se explica que los preceptos derogados se referían a conductas sin la gravedad suficiente para merecer una condena penal y aún menos de privación de libertad, todo ello con base en los principios de intervención mínima y proporcionalidad a los que nuestro Tribunal Constitucional alude reiteradamente y en particular en el ámbito del Derecho penal.

La derogación de 2005 fue una decisión legislativa justificada por el legislador en los principios de intervención mínima y proporcionalidad, al entender que a la postre estábamos ante un conflicto competencial entre autoridades estatales y autonómicas a la hora de convocar un referéndum o consulta popular. Desde esa perspectiva, el legislador estimó desproporcionado castigar penalmente lo que, en la interpretación correcta de aquel precepto, era una invasión competencial.

Ahora bien, los hechos juzgados son mucho más que un conflicto competencial. En el caso que nos ocupa, sin embargo, los hechos objeto de enjuiciamiento son mucho más que un mero conflicto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña a la hora de organizar o prohibir una consulta popular. Lo que se juzga aquí es la organización de un referéndum y una simultánea movilización ciudadana para destruir unilateralmente, al margen de la reforma constitucional, fundamentos esenciales de nuestro texto constitucional (FJ 17.2). Resulta decisivo, en este sentido, que los convocantes del referéndum lo hicieron desoyendo los requerimientos del Tribunal Constitucional que advertían de la ilegalidad de una convocatoria apoyada en la movilización ciudadana y con el propósito de demoler estructuras fundamentales de nuestro Estado constitucional. Por

ello, y desde el punto de vista penal, el supuesto de hecho punible no es realmente la falta de competencia para convocar el referéndum, sino la posible comisión de delitos como el de desobediencia, rebelión o sedición (FJ 17.2).

4. Sobre la inviolabilidad parlamentaria como pretendida causa de justificación

Los procesados que ejercían funciones parlamentarias cuando se produjeron los hechos enjuiciados alegaron exención de responsabilidad penal invocando la prerrogativa constitucional de inviolabilidad parlamentaria reconocida en el artículo 71.1 de la CE y 57.1 del EAC.

La inviolabilidad parlamentaria está reconocida efectivamente en los citados preceptos, así como también en los artículos 10 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) y 21 del Reglamento del Senado (RS). Se trata de una prerrogativa imprescriptible e irrenunciable (*v. gr.* STC 22/1997, FJ 5), que precisa de una interpretación restrictiva para no convertirse en un privilegio que erosione derechos fundamentales de terceros (*v. gr.* STC 123/2001, FJ 3 [NFJ012702]). En este sentido, conviene puntualizar que la inviolabilidad parlamentaria se circunscribe a las opiniones y votos emitidos durante el ejercicio de las funciones parlamentarias, tal y como se desprende de la interpretación sistemática de todas las normas antes citadas: artículos 71.1 de la CE, 57.1 del EAC, 10 del RCD y 21 del RS.

Por ello, y como bien declara la sala, no cabe situar dentro del amparo de la inviolabilidad parlamentaria hechos como los juzgados consistentes en «no dar cumplimiento a un mandato judicial en ejecución de lo resuelto en sentencia firme», lo que, en definitiva, supone «no aplicar la ley». El mandato de cumplimiento de lo dispuesto en una sentencia no puede considerarse como acto parlamentario de naturaleza política, sino como acto de ejecución de sentencia firme (FJ 17.3.3). En suma, y en línea con lo que ya tenía declarado el propio Tribunal Supremo, no es posible admitir que «la prerrogativa de inviolabilidad parlamentaria se invoque para excluir la jurisdicción del Tribunal enjuiciador, por tratarse de la adopción de un acuerdo que no puede estar abarcado por la inviolabilidad parlamentaria» (STS 1117/2006, de 10 de noviembre, FJ 6).

En cualquier caso, añade la sala un argumento importante para demostrar que la inviolabilidad parlamentaria no es ilimitada. Ese argumento no es otro que la posibilidad legal de recurrir en amparo las decisiones de la mesa de cualquier asamblea legislativa (art. 42 LOTC). El control que por esta vía puede ejercer el Tribunal Constitucional presupone que los actos parlamentarios son revisables por los órganos jurisdiccionales (FJ 17.3.3 y STS 1117/2006, de 10 de noviembre, FJ 6).

5. El ejercicio del derecho a la desobediencia civil como causa de exclusión de la antijuridicidad

Otra de las causas de exclusión de la antijuridicidad que se alegaron en el juicio fue el legítimo ejercicio de la desobediencia civil, entendida como el derecho a no acatar las normas jurídicas o las resoluciones judiciales que se estiman injustas o ilegítimas.

La sentencia empieza reconociendo el valor de la desobediencia civil como mecanismo dinamizador para no caer en una democracia adocenada e instalada en conformismo acomodaticio. La desobediencia civil puede servir en este sentido de motor de reformas legislativas y constitucionales necesarias en regímenes donde la Constitución no está concebida como una norma perfecta y cerrada a cualquier posibilidad de cambio. En un ordenamiento democrático no solo se debe tolerar la discrepancia, sino que se debe proteger, añade la Sala. No en vano, nuestra Constitución declara en su primer precepto que el pluralismo político (y, por tanto, ideológico) es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE).

Ahora bien, la desobediencia civil, aun cuando se ejerza honesta y pacíficamente, no puede desplazar en ningún caso la sanción jurídica. No puede considerarse causa de justificación de comportamientos tipificados como delitos. La falta de sanción jurídica apoyada en la desobediencia civil supondría en realidad que dichos comportamientos no son contrarios a la ley, «convirtiendo el acto pretendidamente desobediente en un acto de obediencia al Derecho». Los ordenamientos jurídicos democráticos han de ser receptivos a la protesta y a las aspiraciones de cambios jurídicos y políticos. «Pero no puede claudicar frente a quien quiere imponer sus propias convicciones a través de conductas que el Código Penal sanciona como delito, en oposición y desafío a las mayoritarias, que son las que hay que presumir que cristalizan en la Constitución y en las leyes» (FJ 17.4.2).

Por otro lado, la desobediencia civil resulta menos comprensible cuando la ejercen líderes políticos, que, como en este caso, constituyen la autoridad del Estado en una comunidad autónoma, y que actúan contra una Constitución de la que precisamente se deriva su legitimidad democrática. La colisión de opiniones, proyectos e intereses entre poderes políticos no debe resolverse a través de la desobediencia civil y mucho menos haciendo uso para ello de la producción legislativa. Y esto es justamente lo que hicieron los procesados, que más que realizar actos de desobediencia civil para cambiar el ordenamiento, contribuyeron decisivamente a aprobar leyes que suponían directamente la demolición del pacto constitucional (FJ 17.4.3.1).

6. El ejercicio legítimo de otros derechos constitucionales como causa de exclusión de la antijuridicidad

Las defensas también alegaron distintos derechos reconocidos en la Constitución, cuyo legítimo ejercicio por los procesados debiera excluir la antijuridicidad de los hechos juzga-

dos. Entre esos derechos se hallan la libertad de expresión, el derecho de reunión, la libertad ideológica o el derecho de representación política. La sentencia rechazó este conjunto de alegaciones con diferentes argumentos.

En los casos de la libertad ideológica y la libertad de expresión, la sala declaró que en ningún momento se estaba sancionando mantener ideas u opiniones contrarias a la Constitución, sino aprobar una legalidad paralela, prácticamente de naturaleza constituyente, y movilizar a los ciudadanos para oponerse a la ejecución de resoluciones judiciales legítimas. La prueba de que no se prohíbe ni sanciona mantener ideas u opiniones incluso contrarias a la Constitución fue, como bien recalca la sentencia, el hecho de que los procesados, aun permaneciendo en prisión preventiva, han podido participar en la campaña electoral y difundir sus ideas y programas políticos (FJ 17.5.1 y 17.5.3).

Respecto del derecho de reunión, la sentencia razona afirmando que no se han criminalizado las convocatorias de protesta, sino el ataque activo y concertado a las bases mismas de la Constitución, con movilización de la ciudadanía para obstaculizar el ejercicio de la función jurisdiccional y lograr que una votación prohibida llegara a celebrarse, todo lo cual no puede tener amparo dentro del derecho de reunión tal y como ha venido siendo delimitado (FJ 17.5.2).

En lo relativo al derecho de representación política, la sala declara que el ejercicio de un cargo político no legitima comportamientos sancionados penalmente. Asimismo, la sentencia asocia esta alegación de los procesados con la de vulneración de la inviolabilidad parlamentaria, y se remite en consecuencia a la argumentación utilizada para rechazar que se conculcara dicha prerrogativa de los parlamentarios (FJ 17.5.4.1).

7. El pretendido derecho a decidir

Entre los derechos vulnerados que invocan las defensas destaca un pretendido «derecho a decidir», derivado, a su vez, del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos reconocido en los artículos 1.2 de la Carta de la Naciones Unidas (CNU) y 1.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Además de los citados artículos de la CNU y del PIDCP, las defensas de los procesados aludieron a diversos antecedentes analógicos que ofrece el Derecho comparado sobre la convocatoria de un referéndum de autodeterminación, siendo invocado especialmente el caso de la provincia francófona de Quebec en Canadá.

El derecho a decidir se ejerce, asimismo, con la cobertura de una legislación autonómica aprobada por el Parlamento de Cataluña, expresando y dando cumplimiento a la voluntad soberana del pueblo catalán. Todo ello, como bien sabemos, desembocó en una declaración unilateral de independencia (DUI).

A partir de esta supuesta cobertura jurídica, las defensas alegaron que los procesados no hicieron otra cosa que ejercer legítima y pacíficamente estos derechos, lo que debe considerarse como causa de exclusión de la antijuridicidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.7 del CP: «Están exentos de responsabilidad criminal: 7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». La invocación del derecho a decidir por los procesados se complementó con afirmaciones como «votar no es delito» o existe el «derecho democrático a que cualquier comunidad pueda decidir sobre su futuro».

7.1. El derecho a decidir del pueblo catalán no está amparado en nuestro ordenamiento jurídico

Lo primero que afirma la sentencia es que el «derecho a decidir» no está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico (FJ 17.1.2 C). Ya las SSTC 114/2017 (NCJ062711) y 124/2017 (NCJ062753) lo habían dejado claro al declarar que «para ninguno de los pueblos de España (terminología empleada por el preámbulo de la Constitución) existe un derecho de autodeterminación, entendido como derecho a promover y consumir su secesión unilateral del Estado en el que se constituye España (art. 1.1 CE). Tal derecho, con toda evidencia, no está reconocido en la Constitución, ni cabe aducir que forme parte de nuestro ordenamiento por vía de tratados internacionales de los que España es parte (art. 96 CE)» (STC 114/2017, FJ 2 A.b) y STC 124/2017, FJ 5 c).

A partir de ahí, la sala del Supremo sitúa el razonamiento en el ámbito de la soberanía y de la reforma constitucional. El Estado democrático proclamado en el artículo 1.1 de la CE descansa sobre el concepto de soberanía, que, de acuerdo con el artículo 1.2 de la CE, reside en el pueblo español (en el conjunto de todo el pueblo español) y de él emanan todos los poderes. Reconocer al pueblo catalán como sujeto soberano distinto al español supone mutilar, trocear o fragmentar al único reconocido en la Constitución y que no es otro que, como poder constituyente originario, aprobó el texto constitucional. Solo ese poder constituyente, convertido ahora en «poder constituyente constituido», podría cambiar el sujeto de la soberanía (*v. gr.* reconociendo al pueblo catalán como sujeto de soberanía en Cataluña), pero siempre a través de una reforma de la Constitución mediante los procedimientos previstos al efecto en la propia norma fundamental.

La aprobación de leyes por el Parlamento catalán, como la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, de referéndum de autodeterminación, constituye un desafío doblemente inadmisibles, pues además de violar la Constitución en uno de sus principios estructurales, transmite a los ciudadanos la falsa creencia de que el ordenamiento jurídico da cobertura a una pretensión inalcanzable. Que la citada ley proclame que el pueblo de Cataluña es un sujeto político soberano o que el Parlamento de Cataluña actúa como representante de la soberanía del pueblo catalán no basta para reconocer la existencia de un nuevo Estado (FJ 17.1.5.1). No

solo eso, fragmentar el sujeto de la soberanía española mediante la creación de un nuevo sujeto soberano (el pueblo catalán) supone negar los derechos fundamentales de aquellos otros ciudadanos catalanes contrarios al proceso secesionista (FJ 17.1.5.2).

No hay duda de que la democracia implica derecho a votar como alegan los procesados, pero la democracia es mucho más que eso, afirma la sentencia, y, sobre todo, «no puede hacerse depender de la incondicional aceptación de ese derecho». Además de votar, la democracia es el respeto a los derechos y libertades que la Constitución reconoce a otros ciudadanos, es también división y equilibrio de poderes, observancia de las resoluciones de los órganos judiciales y, desde luego, es respeto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico como marco de convivencia pacífica que nos hemos dado (FJ 17.1.5.1). Una convivencia pacífica que quedaría quebrantada si un gobierno autonómico pudiera transformar la estructura del Estado al margen de las vías constitucionales (especialmente la reforma constitucional) y legales previstos en el ordenamiento (FJ 17.1.5.2).

El derecho a decidir solo es posible si se constitucionaliza a través de una reforma de la Constitución con los niveles de consenso que esta requiere. Toda Constitución debe incorporar reglas que prevean su revisión y hagan factible pretensiones políticas no contempladas en su momento por el poder constituyente originario. Y eso es así porque el inicial acuerdo constitucional puede redefinirse en el futuro, pero siempre con el mismo consenso y nunca de forma unilateral al margen del Estado de derecho (FJ 17.1.5.2). Es verdad que nuestra Constitución no responde a un modelo de democracia militante, por lo que no impone una plena identificación con el sistema político en ella establecido, pero eso no significa que se pueda demoler mediante actos unilaterales. Esta posibilidad solo es posible mediante la vía negociada de la reforma constitucional (FJ 17.1.5.2).

Esta es, por otra parte, la interpretación que ha mantenido el Tribunal Constitucional, que en 2017 recordó que «todos los preceptos de la Constitución son susceptibles de reconsideración y revisión en Derecho, pues nuestra Constitución, como ley superior, no pretende para sí la condición de *lex perpetua*, ya que admite y regula su revisión total (art. 168 CE). Así pues, el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el orden constitucional, incluida la reconsideración de la identidad y unidad del titular de la soberanía, es desde luego factible en nuestro ordenamiento, toda vez que, en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, no hay límites materiales a la revisión constitucional» (STC 124/2017, FJ 5 C).

Por último, la sentencia también aclara que el derecho a decidir tampoco tiene cobertura en el Derecho de la Unión Europea y, en concreto, en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, donde se prevé que todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión Europea. No cabe aplicar aquí la analogía, pues la Unión Europea no es a día de hoy equiparable a un Estado soberano e independiente. Es cierto que la UE hace tiempo que trasciende los contornos propios de una organización in-

ternacional para convertirse en una comunidad política y económica de Derecho, pero aun así, a día de hoy sigue sin ser equiparable a un Estado soberano e independiente (FJ 17.1.2).

7.2. El derecho a decidir del pueblo catalán tampoco está amparado en el Derecho internacional

Como hemos señalado anteriormente, los procesados enlazan el «derecho a decidir» con el «derecho a la autodeterminación» reconocido en los artículos 1.2 de la CNU y 1.1 del PIDCP, de suerte que el primero tiene los mismos presupuestos de titularidad y contenido que el segundo. Reproducimos a continuación los citados preceptos:

CNU: *Artículo 1.2*

Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la *libre determinación de los pueblos*, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

PIDCP: *Artículo 1.1*

Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Ahora bien, ¿realmente tiene encaje el derecho a la autodeterminación reconocido por los citados artículos de la CNU y del PIDCP en el caso catalán? La respuesta es claramente negativa a juicio de la sala, que afirma textualmente que «el derecho a decidir, como derecho atribuible a una parte de la ciudadanía que reside en una comunidad autónoma, no tiene cobertura normativa, ni por sí, ni mediante su artificiosa asimilación al derecho de autodeterminación de los pueblos. No existe anclaje jurídico para el derecho a decidir, entendido este como un derecho con respaldo internacional (FJ 17.1.2.).

Tanto la CNU como el PIDCP reconocen ciertamente un derecho de autodeterminación, pero es un derecho vinculado principalmente a la preexistencia de una situación colonial, que obviamente no se da en el caso de Cataluña, o, a lo sumo, en una interpretación más amplia, a la de pueblos constituidos en Estados, a los que se les reconoce el derecho de determinar su estatuto libremente, sin injerencias externas y mediante la participación democrática en la gestión de los asuntos públicos². Esta interpretación queda reforzada en

² Interpretación como la sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia en asuntos como los de la presencia continua de Sudáfrica Namibia, Sahara occidental y Timor oriental. Sobre este particular puede verse la ponencia «[El derecho a la libre determinación o autodeterminación de los pueblos](#)», de José María Ruiz Sánchez. Recuperado de <https://www.uspceu.com/instituto_democracia>.

resoluciones de las Naciones Unidas como la Resolución 1514 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1960, que habla claramente de «la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras», o la Resolución 1654, de 27 de noviembre de 1961, sobre la aplicación de la declaración de independencia a los países y pueblos coloniales (FJ 17.1.2).

Hay una resolución de la Asamblea de Naciones Unidas que la sentencia trae a colación de modo especialmente oportuno. Nos referimos a la denominada «cláusula sobre el gobierno representativo» contenida en la Resolución 2625 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970³. De acuerdo con esta resolución, «ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color»⁴.

Por último, un pretendido derecho a decidir de pueblo catalán tampoco tendría encaje en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de 25 de junio de 1993, donde textualmente se dice que «todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural» (1.2). Pero también este derecho de autodeterminación está vinculado a situaciones coloniales, pues no en vano el texto continúa declarando que, «habida cuenta de la situación particular de los pueblos sometidos a dominación colonial o a otras formas de dominación u ocupación extranjeras, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce el derecho de los pueblos a adoptar cualquier medida legítima, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, encaminada a realizar su derecho inalienable a la libre determinación» (1.2). En cualquier caso, también esta Declaración y Programa de Acción de Viena se remite a la citada «cláusula sobre el gobierno representativo» contenida en la Resolución 2625 y que hemos reproducido anteriormente.

³ Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

⁴ Esta cláusula es reiterada en la Declaración adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de noviembre de 1995, con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas; así como también se repite en la Recomendación General n.º 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa al derecho a la libre determinación, adoptada en el 48.º período de sesiones en 1996.

7.3. El caso del referéndum de autodeterminación de Quebec

Para reforzar la existencia de un «derecho a decidir», los procesados hicieron numerosas referencias al caso de Quebec como ejemplo analógico de solución histórica y negociada a un conflicto que, en opinión de los procesados, es equiparable al suscitado en España con Cataluña.

Pero como bien argumenta la sentencia, el caso de Quebec, más allá de las diferencias históricas, políticas y jurídicas que presenta en relación con el caso de Cataluña, no solo no serviría de ejemplo analógico para permitir un referéndum de autodeterminación, sino que reforzaría precisamente la tesis de que la autodeterminación resulta inviable desde la unilateralidad y al margen de las vías constitucionales (sin una reforma constitucional). Como sabemos, el caso quebequés fue resuelto por el Tribunal Supremo de Canadá (Declaración de 20 de agosto de 1998), que permitió la celebración de un referéndum no de autodeterminación, sino sobre si cabía iniciar negociaciones relativas a una futura autodeterminación de la provincia francófona. Esta resolución del más alto tribunal canadiense comporta en sí misma la primera y trascendente diferencia con el caso catalán, donde se llevó a cabo un referéndum de autodeterminación prohibido por nuestro Tribunal Constitucional.

La clave de por qué el Tribunal Supremo de Canadá autorizó la celebración del referéndum no es otra que la apuesta por la reforma constitucional (diálogo y consenso entre las partes) frente a la unilateralidad que hicieron tanto las autoridades quebequesas como las de la federación de Canadá. El referéndum fue resultado de unas largas negociaciones en las que el Gobierno federal de Canadá finalmente no se opuso a la competencia de Quebec para organizar la consulta bajo las condiciones establecidas en la llamada Ley de Claridad. En esta ley se consensuó un referéndum no para votar a favor o en contra de la autodeterminación, sino para votar a favor o en contra de autorizar al gobierno de la provincia francófona para negociar un acuerdo con el resto de Canadá por el que Quebec obtendría su plena soberanía, manteniendo al mismo tiempo un acuerdo de asociación con el resto del Estado⁵. Una negociación que, además, solo sería posible en el caso de obtener un respaldo mayoritario claro a favor de iniciarla, correspondiendo al Parlamento canadiense determinar ese «respaldo mayoritario claro». Finalmente, solo cumplidos estos requisitos⁶, el hipotético acuerdo de secesión implicaría necesaria y formalmente una reforma constitucional, como único cauce jurídico legítimo y válido para llevar a cabo la independencia de Quebec.

⁵ El Parlamento de Canadá tenía, conforme a la resolución del Tribunal Supremo, la potestad de determinar con anterioridad al referéndum si la pregunta formulada en este era lo suficientemente clara.

⁶ El propio Parlamento canadiense se arrogó incluso la potestad de anular el resultado obtenido en referéndum en el caso de constatar que se hubiera violado alguno de los requisitos establecidos en la Ley de Claridad.

Este último paso es crucial en el razonamiento jurídico, pues solo con la reforma constitucional es posible cambiar el sujeto de la soberanía. El Tribunal Supremo canadiense recuerda en este sentido que cualquiera de los participantes en la federación tiene iniciativa para presentar una reforma de la Constitución, pero también que la reforma no podrá llevarse a cabo sin antes ser discutida y acordada con el resto de partícipes (pfo. 150). En consecuencia, la Constitución de Canadá seguiría vigente hasta que los términos de la independencia fuesen acordados por todas las partes afectadas; términos que en todo caso deben respetar el principio democrático, los intereses del resto de provincias y los derechos de las minorías, especialmente los de los ciudadanos aborígenes de Canadá (pfo. 151). Y es que la democracia significa más que una votación mayoritaria, incluso cualificada, a favor de la independencia. La democracia también son otros principios y valores constitucionales, sobre todo tras 131 años de unión (tiempo contabilizado en el momento del pronunciamiento del Tribunal Supremo de Canadá) en los que los habitantes de las provincias y los territorios de Canadá han anudado estrechos lazos de interdependencia económica, social, política y cultural, todos ellos generados a partir de los valores comunes de una Constitución federal, que garantiza el orden y la estabilidad, y que sin duda serían quebrantados por una secesión unilateral.

El Tribunal Supremo de Canadá finaliza esta argumentación recordando que no estamos ante un pueblo colonizado u oprimido, sino ante el caso de un pueblo que pide ejercer el derecho de autodeterminación dentro de un Estado del que forma parte, y que ya le confiere un significativo autogobierno. Un Estado que es constitucional, democrático, respetuoso de los derechos, y cuyo Gobierno representa al conjunto de ciudadanos y territorios de Canadá, cuya integridad territorial también es un bien constitucional que se debe respetar (pfo. 154).

7.4. Los casos de Montenegro, Escocia y Kosovo

Aunque los procesados se refirieron fundamentalmente al caso de Quebec para apoyar su pretendido «derecho a decidir», también aludieron a otras experiencias internacionales y, en concreto, a la independencia de Montenegro respecto de la federación de Serbia y Montenegro, proclamada el 3 de junio de 2006, al referéndum de independencia celebrado en Escocia el 18 de septiembre de 2014 y a la declaración unilateral de independencia de Kosovo, realizada el 17 de febrero de 2008.

La sentencia declara que estos casos presentan contextos históricos, sociales, políticos y jurídicos muy diferentes a los del caso catalán y, por tanto, no pueden servir como supuestos analógicos. Por lo que se refiere a Montenegro, su independencia se llevó a cabo de acuerdo con el procedimiento de secesión que la propia la Constitución de 2003 preveía (Constitución de la Federación de Serbia y Montenegro). Estamos pues ante un proceso de secesión constitucionalizado y, en consecuencia, en absoluto equiparable al caso de Cataluña. En cuanto al referéndum de independencia de Escocia, su celebración fue re-

sultado de un proceso largo de negociación entre las autoridades escocesas y británicas, que arrojó como principal conclusión la no existencia de obstáculo constitucional para la celebración del referéndum. Además de que ese proceso de negociación no se ha producido entre las autoridades catalanas y estatales en España, nuestro Tribunal Supremo recalca en la sentencia las diferencias históricas y constitucionales entre Escocia y Cataluña, entre las que destaca la ausencia de una Constitución escrita en el Reino Unido. Por último, y respecto del caso de Kosovo, aun siendo cierto que la Corte Internacional de Justicia consideró ajustada al Derecho internacional la declaración unilateral de independencia de Kosovo, estamos ante un caso *sui generis* por la conflictividad étnica y política que, como declaró el Consejo Europeo, no establece ningún tipo de precedente y que tampoco puede ser equiparable al caso catalán.

7.5. Los casos de la Región del Véneto y el Land de Baviera

Además de dismantelar jurídicamente los paralelismos trazados por las defensas entre los casos de Derecho comparado comentados y el de Cataluña, el Tribunal Supremo aprovecha para aludir a otros dos casos también de Derecho comparado que sí serían equiparables al caso catalán y que ponen de manifiesto que ni la celebración unilateral de un referéndum de autodeterminación ni la declaración unilateral de independencia son posibles en ordenamientos constitucionales como los de nuestro entorno jurídico y político más cercano.

Así, la sala trae a colación la Sentencia 118/2015 del Tribunal Constitucional italiano, que declaró inconstitucional una ley de la Asamblea Regional del Véneto para la promoción de un referéndum consultivo sobre la autodeterminación como república independiente de esta región de Italia. De los fundamentos de esta sentencia cabe destacar que el Tribunal Constitucional italiano considera erróneo «equiparar el referéndum con cualquier ejercicio espontáneo de la libertad de expresión del pensamiento de los ciudadanos», y llama la atención sobre el hecho de que todo referéndum, incluido el meramente consultivo, es «instrumento de conexión entre las personas y las instituciones representativas», cumpliendo la función de «iniciar, influir u oponerse a los procesos públicos de toma de decisiones, principalmente de naturaleza regulatoria». Asimismo, el Tribunal Constitucional italiano niega a los ciudadanos de la Región del Véneto la condición de sujeto soberano distinto al del resto de ciudadanos italianos: «el pluralismo y la autonomía no permiten que las regiones sean calificadas en términos de soberanía».

Por último, la sala también hace referencia a la resolución del Tribunal Constitucional alemán, de 16 de diciembre de 2016, inadmitiendo un recurso interpuesto por un ciudadano contra la negativa del gobierno del Land de Baviera para convocar un referéndum sobre la independencia de este land. Aquí, de entrada, queda claro el comportamiento acorde con la Constitución de las autoridades del land, precisamente al negarse a convocar un referéndum unilateral de autodeterminación. El Tribunal Constitucional declara en este caso que



la República Federal de Alemania es un estado-nación asentado en la soberanía del pueblo alemán, erigido en poder constituyente en el momento de elaborar y aprobar la Constitución. Por su parte, los Estados que conforman la federación «no son dueños de la Constitución» y, por tanto, no hay margen constitucional para que puedan separarse de la federación. Esa misma expresión «dueños de la Constitución» ya había sido utilizada por la Corte Constitucional de Baviera en 1991, cuando el Partido de Baviera reclamó el reconocimiento de la autonomía de Baviera, considerando que, tras la reunificación de Alemania, la Constitución de 1949 ya había terminado de cumplir su función como ley fundamental «provisional».



Régimen de alegación y prueba del derecho extranjero y *lex loci delicti commissi*

Alfonso Ortega Giménez

Profesor contratado doctor (acreditado a profesor titular de universidad) de Derecho Internacional Privado. Universidad Miguel Hernández de Elche

Extracto

El derecho extranjero debe alegarse y probarse en lo que a su existencia, vigencia y contenido se refiere, permitiendo al tribunal valerse de los medios de averiguación que estime necesarios para su aplicación. La parte que invoque el derecho extranjero debe demostrar el contenido y su vigencia. Así se aprecia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 13 de diciembre de 2018, donde la parte demandada presenta dos informes sobre el derecho extranjero; el tribunal rechaza ambos informes señalando que en ellos no se aprecia ninguna especialidad del derecho extranjero sobre la titularidad del bien, por lo que en virtud de la *lex loci delicti commissi* será de aplicación la ley española, al haberse producido el daño en territorio nacional.

Palabras clave: derecho extranjero; *lex loci delicti commissi*; obligaciones extracontractuales.

Fecha de entrada: 17-12-2019 / Fecha de aceptación: 18-12-2019

Enunciado

Determinar cuándo, por qué y cómo deben aplicarse las leyes extranjeras ha sido, es y será un tema de notable interés para el derecho internacional privado. El derecho extranjero tiene que ser introducido a través de los mecanismos previstos para la prueba dentro del proceso. La cuestión de la aplicación del derecho extranjero ha entrado en una nueva dimensión con ocasión de la regulación ofrecida sobre el tema, en su día, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC); los artículos 281.2 y 282 dan cuerpo a un sistema de prueba del derecho extranjero de textura abierta. El artículo 281.2 obliga a alegar y probar el derecho extranjero en su contenido y vigencia, permitiendo al tribunal valerse de los medios de averiguación que estime necesarios para su aplicación; y, hoy, con los artículos 33 y 34 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional (LCJI).

La Audiencia Provincial de Baleares, en el caso que nos ocupa, es un vademécum de criterios ius internacional privatistas para la determinación de la competencia judicial internacional con el fin de conocer de una reclamación de responsabilidad civil extracontractual (= *forum damni*), recurriendo a la *lex fori regit processum* y determinando la ley procesal aplicable al supuesto; aplicación del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero; y determinación de la ley aplicable al supuesto concreto (= *lex loci delicti commissi*).

La parte actora (Telefónica de España, SAU) se alza contra la resolución de instancia que desestima su pretensión de condena a las demandadas (Victorious Shipping Company, NV y asegurado en Kuiper Verzekeringen, BV) al abono de 376.367,86 euros. La pretensión se fundamenta en que en fecha de 16 de junio de 2013 el buque Dwingher, propiedad de Victorious Shipping Company, NV y asegurado en Kuiper Verzekeringen, BV, hallándose fondeado en cala Jondal, se enganchó con un cable submarino de fibra óptica propiedad de la actora que enlazaba las islas de Ibiza y Formentera, privando a estas del servicio de datos (ADSL y 3G) prestado por la actora. El coste de la reparación de los daños y el lucro cesante derivado del siniestro asciende a la cantidad que reclama. La resolución de primera instancia desestima la demanda por no estimar acreditado que los daños en el cable submarino fueran causados por el buque Dwingher, y que este fuera propiedad de la code demandada Victorious Shipping Company, NV. Frente a esta resolución la parte demandante interpone el recurso ante la instancia superior.

La naturaleza extracontractual de la responsabilidad que se pretende hace aplicable el Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (= Reglamento «Roma II»), conforme a sus artículos 1 a 3; lo que, a su vez, determina, de acuerdo con su artículo 4, la aplicación de la ley española al haberse producido el daño en territorio nacional.

Partiendo de la normativa aplicable y del nuevo examen de la prueba practicada, debe considerarse que fue el buque Dwinger el que dañó el cable submarino. Así se recoge en las pruebas realizadas, como que la nave se hallara localizada y fondeada en el lugar que coincide con la localización del cable submarino y que coincide con el diario de navegación del buque incorporado a las actuaciones (38º, 51,733 N); por los informes de los peritos se descarta que el daño fuese producido por otras embarcaciones debido a sus características. El propio capitán de la nave, reconoció ante Capitanía Marítima que, hallándose fondeada, no pudo abandonar el lugar por no poder subir el ancla al haberse enganchado, viéndose obligado a pernoctar para el día siguiente recabar la ayuda de un buzo, quien señaló que el ancla se hallaba enganchada a un cable submarino, lo que se aprecia en las fotografías que tomó. La parte demandada incorpora dos informes sin añadir ninguna especialidad del derecho extranjero sobre la titularidad del bien en los términos de los artículos 33 y 34 de la LCJL, limitándose a señalar que la información que ofrece el registro es de acceso público. En cuanto al segundo de los informes relativo a la legitimación de la demandada, conforme a los artículos 4 y 15 del Reglamento «Roma II», tratándose de obligación no contractual, la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos se rige por la ley del lugar en que se produjo el daño, por lo que un informe sobre la legitimación pasiva, conforme al derecho de Curazao y los Países Bajos resulta impertinente conforme a los artículos 281 y 282 de la LEC, por lo que no queda suficientemente justificado el derecho extranjero. Partiendo de las anteriores consideraciones, debe apreciarse la legitimación pasiva de la entidad demandada.

Por otro lado, la codemandada Kuiper Verzekeringen, BV niega su legitimación pasiva, sosteniendo que es mero intermediario, no entidad aseguradora, presentando dos informes de expertos: uno, sobre las actividades a que se dedica la demandada; y otro, sobre si debe responder del siniestro. Al escrito de contestación a la demandada no se incorporó documentación alguna y, ni siquiera, se identificó qué entidad pudiera ser la aseguradora, pese a sostener la codemandada que es una mera intermediaria. Por lo que se considera la legitimación pasiva por la actividad que señala en su página, en la que figura bajo su denominación social «seguros de yates». También resulta de los correos que remitió una vez tuvo conocimiento del siniestro y en los que se identifica como aseguradora del velero, ofreciendo información sobre la responsabilidad contratada y solicitándola sobre los daños que pudiera haber causado el buque.

Considerando los elementos expuestos, no se comparte la apreciación del magistrado de instancia, por lo que la sala estima el recurso de apelación interpuesto por Telefónica de



España, SAU contra la sentencia dictada en fecha en fecha de 12 de junio de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ibiza.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Por qué debe probarse el derecho extranjero?
2. ¿Cómo debe probarse el derecho extranjero?
3. ¿Qué debemos probar en materia de derecho extranjero?
4. ¿Cuáles son los medios de prueba del derecho extranjero?
5. ¿Qué consecuencias trae la no alegación o prueba del derecho extranjero?
6. ¿Cómo determinar la *lex loci delicti commissi*?

Solución

1. ¿Por qué debe probarse el derecho extranjero?

El artículo 281 de la LEC exige la prueba del derecho extranjero porque el tribunal no tiene la obligación de conocer la ley extranjera, solo está obligado a conocer las normas jurídicas españolas escritas. Es por esta razón que cada vez que tenga que aplicarse un derecho extranjero, este deberá ser probado en el concreto proceso en que se invoque.

Para clarificar la situación actual sobre la prueba del derecho extranjero en los tribunales españoles es necesario iniciar una lectura pormenorizada del artículo 281 de la LEC:

1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.
2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.
3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes.
4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

Este artículo nos posiciona la prueba del derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y de donde se extrae que «el derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación». En este precepto se diferencia entre la «prueba del contenido y vigencia» del derecho extranjero, cuya obligación recae sobre la parte que lo alega, y la «aplicación» del mismo, que corresponde al tribunal una vez que ya se ha realizado (o intentado) la prueba por las partes. En este sentido resulta significativa la SAP de Asturias 56/2012, de 10 febrero. Dado que debe alegar y probar el derecho extranjero la parte que invoque su aplicación, resultará irrelevante si esta ostenta la posición de demandante o de demandado.

Así ocurre en la SAP de Baleares 492/2018, de 13 de diciembre, cuando la parte demandada acompaña dos informes en la contestación a la demanda. En el primero de ellos, Van Traa Aadvocaten, NV se pronuncia sobre la titularidad de la embarcación acompañando el certificado neerlandés de registro. En el segundo informe, los expertos se pronuncian sobre la legitimación pasiva de la demandada.

Con la LCJL se ha buscado incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema español de alegación y prueba del derecho extranjero. Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios. El artículo 33 de la LCJL señala expresamente lo siguiente:

1. La prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.
2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero, podrá aplicarse el derecho español.
4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles.

Decantándose por la aplicación de la *lex fori*, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de derecho internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional, de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva.

Debe entenderse que la falta de prueba del derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el derecho extranjero, y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido. Además, han de respetarse los sistemas específicos que en leyes especiales prevean otras soluciones iguales o diversas, por referencia, por ejemplo, a la normativa de protección de consumidores y usuarios, así como a la registral civil. Además, el artículo 33 de la LCJI clarifica la interpretación del valor probatorio de la prueba practicada con arreglo a los criterios de la sana crítica y determina el valor de los informes periciales sobre la materia. No será necesaria la prueba del derecho extranjero por las partes cuando el tribunal, por alguna razón, tiene ya un exacto conocimiento de tal derecho, pues en ese supuesto deberá aplicarlo de oficio; así lo señala la STS 436/2005, de 10 de junio (NCJ042844). Por otro lado, no será necesario probar el derecho extranjero cuando la parte lo invoca como mero apoyo de sus pretensiones y no para que sea aplicado por el tribunal español al fondo del asunto.

En la SAP de Baleares 492/2018, de 13 de diciembre, respecto a las pruebas de derecho extranjero aportadas por la parte demandada, señala que los informes sobre el derecho extranjero resultaban innecesarios, ya que el informe que sobre ello se incorpora se fundamenta en los asientos registrales que se acompañan, sin añadir ninguna especialidad del derecho extranjero sobre la titularidad del bien en los términos de los artículos 33 y 34 de la LCJI, limitándose a señalar que la información que ofrece el registro es de acceso público. En cuanto al segundo de los informes relativo a la legitimación de la demandada, conforme a los artículos 4 y 15 del Reglamento «Roma II», tratándose de obligación no contractual, la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos se rige por la ley del lugar en que se produjo el daño, por lo que un informe sobre la legitimación pasiva conforme al derecho de Curazao y de los Países Bajos resultaba imperinente conforme a los artículos 281 y 282 de la LEC.

2. ¿Cómo debe probarse el derecho extranjero?

Debemos recordar que el derecho extranjero es un «hecho procesal» con unas características especiales, pero que no deja de ser un hecho y, como tal, debe ser alegado y probado por las partes.

El artículo 33.1 de la LCJI determina que la prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero se someterá a las normas de la LEC y de otras disposiciones sobre la materia. En principio, en materia de aportación de pruebas, la LEC opta por el principio de aportación de parte; existen, a nuestro juicio, excepciones que pueden desembocar en la decisión de acordar de oficio la práctica de pruebas determinadas o la aportación documental cuando lo establezca la ley. El propio artículo 281.2 de la LEC dice: «Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos,

dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley». El artículo 281.2 de la LEC constituye una norma meramente potestativa de modo que, si bien permite al juzgador a averiguar por todos los medios que estime necesarios el derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello.

La regulación de la LEC en relación con la alegación y prueba del derecho extranjero es una regulación «de líneas generales». Es decir, puede afirmarse que el artículo 281.2 de la LEC contiene un sistema de «textura abierta» en relación con la prueba del derecho extranjero. Ello significa que el legislador español ha renunciado a elaborar en la LEC una regulación exhaustiva y minuciosa de la prueba del derecho extranjero.

Existen distintos mecanismos previstos en convenios internacionales que permiten al tribunal acreditar el derecho extranjero, como pueden ser la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979, Instrumento de Adhesión de España del 10 de diciembre de 1987; el Convenio Europeo acerca de la Información sobre el Derecho Extranjero de 7 de junio de 1968, Instrumento de adhesión de 2 de octubre de 1973 de España; el Protocolo adicional al Convenio Europeo acerca de la Información sobre Derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, así como diferentes convenios bilaterales con distintos países como Méjico, Marruecos, República Checa, China, Bulgaria, Brasil, etc.

3. ¿Qué debemos probar en materia de Derecho extranjero?

Otro aspecto que determinar es qué elementos del derecho extranjero en cuestión deben ser probados, es decir, cuál debe ser el alcance objetivo de la prueba. En este sentido debe probarse el contenido del derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo.

Dos tesis se han sostenido respecto al alcance de la prueba del derecho extranjero. La primera de ellas es la denominada «tesis de la prueba mínima», en función de la cual se debe entender literalmente el precepto, por lo que solo debe probarse el contenido del derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo. En segundo lugar, encontramos la «tesis de la prueba exhaustiva», que ha sido mantenida mayoritariamente por la práctica jurisprudencial española, entendiéndose que no solo debe probarse el «contenido y vigencia» del derecho extranjero, sino que estos conceptos deben interpretarse de una forma extensiva, debiendo probar la parte interesada otros extremos del mismo.

Por lo que respecta a la doctrina y diversas sentencias como los de la SAP de Baleares de 27 de abril de 2006 (recurso 45/2006); SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008 (recurso 30/2000); STSJ de Madrid de 11 de enero de 1999 (recurso 5115/1996 [NSJ005473]); SSTS de 3 febrero de 1975 y de 31 de diciembre de 1994 (recurso 2991/1991), que hacen expresa referencia de que la prueba corresponde a quien invoca el derecho extranjero. Se

sostiene que de los requerimientos jurisprudenciales en cuanto a esta materia se puede extraer que deben probarse los siguientes elementos:

- a) El contenido literal del derecho material extranjero: se debe acreditar el contenido literal de las normas materiales de tal derecho, no basta con una «mera cita aislada de disposiciones extranjeras».
- b) El contenido literal de las normas de conflicto extranjeras: se debe probar que las normas de conflicto del derecho invocado no provocan un «reenvío» en favor del derecho español, pues en caso contrario el juez español no estaría fallando de la misma forma que lo haría un tribunal del país en cuestión. Cabe decir que la prueba de este extremo no ha sido requerida por muchos tribunales.
- c) La vigencia y existencia del derecho extranjero.
- d) La interpretación concreta de las normas del derecho extranjero.
- e) La aplicabilidad del derecho extranjero al caso concreto.

La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española, sin embargo, para su aplicación «el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas»; interpretando este precepto, por lo que:

1. Quien invoca el derecho extranjero deberá «acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso». Pues se razona que «la aplicación del derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca».
2. Se estructura a nivel legal y jurisprudencial: una amplia facultad investigadora que tiene el juez de instancia a la hora de determinar el derecho extranjero aplicable, no quedando vinculado por las aportaciones de las partes en la que razona que: «Aunque en sentido genérico se habla, en efecto, de la prueba del derecho extranjero, criterio que responde en España a una tradición que arranca de la L. 18, Tít. 14 de la Partida 3.^a, la evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del Derecho extranjero con la prueba de los hechos, pues se ha entendido que no son supuestos idénticos la justificación o acreditación de la norma extranjera y la prueba de los hechos. Se ha hecho notar, en este sentido, que el *iura novit curia*, aun atenuado respecto del derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes

y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción del Título Preliminar del Código Civil, el artículo 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se "acredita"; b) que en su función de aplicador el juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término "acreditar" no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente "libre", o en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable»;

3. Es posible el uso de las diligencias finales para lograr un conocimiento adecuado del derecho extranjero aplicable, máxime cuando se alegan normas extranjeras y se acreditan en forma defectuosa o contradictoria.
4. Cuando el derecho extranjero no ha quedado probado en forma alguna o con la suficiente claridad o seguridad, lo procedente no es desestimar la demanda, sino aplicar la legislación española.

Por tanto, para ser eficaces en la prueba del derecho extranjero será recomendable probar no solo la exacta entidad del derecho vigente, sino su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente.

No cabe confundir la prueba de «legislación» vigente en un determinado territorio con la prueba «del derecho» aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por lo demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el *common law*. El tribunal del foro debe fallar como lo haría un tribunal extranjero.

De esta última interpretación, sacamos varias ideas:

- a) En principio, todas las normas extranjeras son de aplicación. La remisión que hace la norma de conflicto española al derecho extranjero es íntegra. No solo se incluyen las normas de derecho interno, sino las normas especiales de derecho extranjero y las de extensión. Pero el juez español no aplicará la norma de conflicto española salvo que se admita el reenvío por retorno y el reenvío de segundo grado.

- b) Debe aplicarse toda fuente extranjera de la que emanan las leyes, incluso instituciones jurídicas de origen extranjero.
- c) El Derecho extranjero debe aplicarse con la interpretación dada por sus tribunales.
- d) Se aplicarán las normas de derecho público o privado siempre que tengan efecto sobre los particulares.

4. ¿Cuáles son los medios de prueba del derecho extranjero?

En relación con los medios de prueba del derecho extranjero el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia 4079/2006, de 4 de julio (NCJ047526), pone de relieve la posibilidad de utilizar «todos los medios de prueba a su alcance», que venimos a enumerar:

- a) **Documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones.** El documento extendido por fedatario público es el medio de prueba más extendido en nuestros tribunales, y que, aunque venga a determinar la vigencia y contenido, queda limitado por la falta de interpretación y de aplicación de la norma al caso concreto. La propia alusión en la interpretación de la normativa a aplicar, hecho muy necesario en cualquier litigio, va a restar fuerza probatoria y deberemos complementarla. Estas certificaciones son fáciles y rápidas de conseguir, pero tienen el inconveniente de que no pueden probar el contenido de tal derecho, su alcance o su aplicabilidad. Tan solo pueden probar su texto literal y, en su caso, la vigencia del mismo.
- b) **Prueba pericial.** Consiste en un informe elaborado por «expertos en el derecho extranjero» que se quiere probar, así lo establece el artículo 335 de la LEC. Los «expertos» pueden ser tanto del país cuyo derecho se trata de probar como de otra nacionalidad incluso española. Este es el medio de prueba más completo y que puede y debe probar no solo la vigencia y contenido del derecho extranjero, sino también su interpretación y aplicación al caso concreto, como complemento a la documental pública. Sin embargo, no es un medio de prueba admisible el llamado «informe de parte», un informe redactado por expertos legales a instancia de una parte, en el que el experto «toma partido» en favor de las pretensiones concretas de la parte; así lo señala la SAP de Tarragona de 13 abril de 2011 (recurso 34/2011).
- c) **Sobre los documentos privados.** Debe ser inadmitida la aportación de simples copias de normas seleccionadas, ya sean fotocopiadas o simplemente transcritas y copiadas de Internet; obviamente, no prueban la vigencia o contenido del derecho aplicable. La aportación de colecciones privadas y textos autorizados

de doctrina extranjera puede constituirse como complemento del resto de pruebas sin que pueda constatarse la certeza. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido reacia durante años a admitir estos documentos para probar el derecho extranjero, no hay por qué eliminarlos radicalmente como «medios de acreditación del derecho extranjero». Habrá que decidir en cada caso concreto si un determinado documento privado, como por ejemplo un autorizado texto doctrinal extranjero, puede servir para acreditar el derecho extranjero «con certeza».

Debemos indicar también que el artículo 33.4 de la LCJI indica que ningún dictamen vinculará a los órganos judiciales internacionales, como ya había indicado la jurisprudencia tiempo atrás. La solución que debe aportar en un eventual avance jurisprudencial debe limitar la aportación probatoria al mero conocimiento del juez respecto a la vigencia, contenido e interpretación del derecho extranjero. El artículo 33.2 de la LCJI determina que los tribunales determinarán el valor probatorio de la prueba practicada de acuerdo con las leyes de la «sana crítica». Este precepto supone un avance respecto a la línea dura que representa la jurisprudencia, por lo que el juez será libre de verificar la acreditación del derecho extranjero, sin que exija todos los medios que pide el Tribunal Supremo, aunque puede darse el caso de que el juez pida aún más pruebas al no quedar convencido.

En la SAP de Baleares 492/2018, de 13 de diciembre, la parte demandada Victorious Shipping Company, NV, en su escrito de contestación a la demanda, niega ser la titular de la embarcación sin identificar a quien pudiera serlo, no acompañando documentación alguna y anunciando la incorporación de dictámenes de expertos en derecho neerlandés sobre la titularidad del bien y la identidad de las personas jurídicas.

5. ¿Qué consecuencias trae la no alegación o prueba del derecho extranjero?

Es supuesto bastante común que alguna de las partes no pueda alegar o, incluso, probar el derecho extranjero. La LEC no ofrece soluciones a tales supuestos, por lo que ha sido tanto la doctrina como la jurisprudencia las que han establecido distintas tesis para solucionar la cuestión, que van desde la tesis de la aplicación de oficio del derecho extranjero a la tesis de la desestimación de la demanda.

Tras la aprobación de la LCJI, su artículo 33.3 establece que, con carácter excepcional, se aplicara el derecho material español cuando no se haya podido acreditar el derecho extranjero. Por lo tanto, ha obtenido reconocimiento legal esta última tesis. Defiende que se aplique el derecho material español por falta de alegación y prueba del Derecho extranjero, ello evita la denegación de justicia y la vulneración del artículo 24 de la CE. De esta forma, consagra al derecho extranjero como un «hecho procesal», por lo que si no se alega ni se

prueba, desaparece del proceso, pero, como aclaramos anteriormente, no es un mero hecho procesal; aparte de serlo, cuenta con particularidades que hacen considerarlo más que un hecho; así lo señala la SAP de Cádiz de 13 de marzo de 2017 (recurso 53/2016). Esta tesis ha sido ampliamente seguida desde los comienzos del problema de la aplicación del derecho extranjero en el siglo XIX, así se recoge en las sentencias del Tribunal Supremo. Ha llegado también al Tribunal Constitucional, que considera que es la solución que más respeta los preceptos constitucionales y es la más seguida por los tribunales inferiores. Pero debemos decir en contra de esta tesis, y en contraposición con la tesis de la desestimación de la demanda, que la presente teoría: 1) vulnera el carácter imperativo de las normas de conflicto españolas; 2) comporta inseguridad jurídica porque no se sabe, en un principio, qué derecho se va a aplicar; y 3) favorece las conductas estratégicas a la hora de elegir el derecho aplicable.

Por último, también se ha argumentado contra esta solución, que favorece estrategias de los particulares para aplicar el derecho español cuando no es realmente aplicable al supuesto.

6. ¿Cómo determinar la *lex loci delicti commissi*?

En el caso que nos ocupa, la Audiencia Provincial de Baleares opta por la aplicación de la ley del lugar donde se produce el daño (= *lex loci delicti commissi*). Se trata del criterio *lex damni* o *erfolgsort* (= ley del lugar donde se produce el daño derivado del hecho ilícito). El criterio *lex loci delicti commissi* permite una identificación segura y veloz de la ley aplicable, y conduce, en condiciones normales, a la ley del Estado cuya aplicación al caso es la más previsible para las partes implicadas. Ello significa que la *lex loci delicti commissi* suele ser la ley cuya aplicación suscita los costes conflictuales más reducidos para los sujetos implicados en los casos internacionales de obligaciones extracontractuales. Dicha ley sintoniza perfectamente con las expectativas de los sujetos implicados. En efecto, la *lex loci delicti commissi* suele corresponder al país «más estrechamente vinculado» al supuesto. Los costes de información de dicha ley y los costes de adaptación de los particulares al contenido de dicha ley son reducidos para las partes.

Para concretar qué espacios físicos conforman el territorio de un Estado, es preciso consultar los criterios clásicos del derecho internacional público. Es territorio de un Estado la tierra firme del mismo, el mar territorial y el espacio aéreo del Estado en cuestión. Las embajadas y otras delegaciones diplomáticas de países extranjeros gozan, como es sabido, de ciertas «inmunidades legales», pero pertenecen al territorio del Estado donde se hallan situadas.

Así se puede observar en la SAP de Baleares 492/2018, de 13 de diciembre, en la que la pretensión se fundamenta en que el buque Dwinger se hallaba fondeado en cala Jondal, y que enganchó un cable submarino de fibra óptica propiedad de la actora que enlazaba

las islas de Ibiza y Formentera, privando a estas del servicio de datos (ADSL y 3G) prestado por la demandante. Además, esa localización coincide con la que se refleja en el diario de navegación del buque incorporado a las actuaciones (38º, 51,733 N). Por lo que queda claro que el daño se produce en territorio español.

Además, el Reglamento «Roma II» establece normas de conflicto especiales para determinadas acciones por responsabilidad extracontractuales. Así lo establece la SAP de Baleares 492/2018, de 13 de diciembre, señalando en los fundamentos jurídicos que en el procedimiento concurre elemento extranjero por el pabellón del Dwinger y la nacionalidad neerlandesa de las entidades codemandadas, por lo que debe precisarse la normativa aplicable. Comenta que la legislación procesal española es la aplicable al procedimiento en curso conforme al artículo 3 de la LEC y que la naturaleza extracontractual de la responsabilidad que se pretende hace aplicable el Reglamento «Roma II», conforme a sus artículos 1 a 3; lo que, a su vez, determina, de acuerdo con su artículo 4, la aplicación de la ley española al haberse producido el daño en territorio nacional. La ley española, como ley aplicable, se extiende a todo lo señalado en el artículo 15. Partiendo de la normativa aplicable y del nuevo examen de la prueba practicada, el tribunal considera que fue el buque Dwinger el que dañó el cable submarino, por lo que se estima la demanda y se deja sin efecto la anterior resolución, condenando a la parte demandada a pagar la cantidad solicitada por la demandante y al pago de las costas procesales; y todo ello en aplicación de la ley española (= *lex loci delicti commissi*).

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000).
- Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional. (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015).
- Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. (DOUE núm. 199, de 31 de julio de 2007).
- Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979. (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988).
- Protocolo adicional al Convenio Europeo acerca de la Información sobre Derecho Extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978. (BOE núm. 150, de 24 de junio de 1982).
- SSTS de 3 de febrero de 1975, 10 de junio de 2005 (NCJ042844) y 4 de julio de 2006 (NCJ047526).



- STSJ de Madrid de 11 de enero de 1999 (recurso 5115/1996 [NSJ005473]).
- SSAP de Baleares de 27 de abril de 2006 (recurso 45/2006); de Madrid de 22 de diciembre de 2008 (recurso 30/2000); de Tarragona de 13 abril de 2011 (recurso 34/2011); de Asturias 56/2012, de 10 febrero, y de Cádiz de 13 de marzo de 2017 (recurso 53/2016).



Nulidad de cláusula suelo en contrato suscrito por inmobiliaria

Adelaida Medrano Aranguren

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

Extracto

El caso que se propone trata de llamar nuestra atención acerca de la posibilidad de que, en ocasiones, la abusividad de la cláusula suelo se halle desligada del carácter de consumidor o usuario de la parte que denuncia esta abusividad; en un contrato suscrito por una inmobiliaria la protección en relación con las cláusulas abusivas puede tener su origen en la protección otorgada por la normativa sobre condiciones generales de la contratación, al no resultar aplicable la propia de los consumidores o usuarios. Cláusula suelo nula por abusiva al ser contraria a la buena fe, causando un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes, pues la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación exige que la redacción de las cláusulas se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. En este caso, la cláusula no supera el control de transparencia, pues el modo en que aparecen reflejadas las condiciones del préstamo puede dar pie a confusión ya que, de forma velada, se aclara que el cliente no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia.

Palabras clave: préstamo hipotecario; cláusula suelo; nulidad; condiciones generales de la contratación; control de transparencia.

Fecha de entrada: 16-12-2019 / Fecha de aceptación: 27-12-2019



Enunciado

Una entidad bancaria y una inmobiliaria han celebrado un determinado contrato de préstamo, subrogándose en una garantía hipotecaria, en cuyo clausulado ha quedado integrado una cláusula de las denominadas «cláusulas suelo», que se contempla como decimotercera.2.3, y en la cual, bajo el título destacado en negrita «límite a la variación del tipo de interés aplicable», establece (ahora no en negrita): «No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente, por ambas partes, que el tipo de interés nominal mínimo aplicable en este contrato será del 4,00 %».

La empresa inmobiliaria considera que esta cláusula es claramente abusiva y se plantea iniciar una acción encaminada a lograr la declaración de nulidad de la cláusula suelo citada y para reclamar las cantidades que han sido percibidas en exceso por la prestamista. Tras acudir a un despacho de abogados, planteando esta cuestión, los propios letrados que estudian el caso encuentran que el hecho de que su cliente la prestataria no pueda ser considerada como una consumidora o usuaria, al tratarse de una empresa inmobiliaria, puede dejar sin posibilidad alguna el ejercicio de la acción.

Informemos sobre la cuestión y sobre la viabilidad del ejercicio de esta acción encaminada a lograr esta declaración de nulidad, analizando las opciones legales que permitan dar virtualidad a lo solicitado por la prestataria empresa inmobiliaria.

Cuestiones planteadas:

- Posibilidad de declarar la nulidad de una cláusula suelo, si la prestataria no tiene naturaleza de consumidor y usuario.
- Normativa aplicable para fundamentar la acción.
- Jurisprudencia actual en esta materia.

Solución

La cuestión jurídica que nuestro supuesto aborda y que se erige en el núcleo esencial del mismo nos debe llevar al examen y análisis de la aplicabilidad a nuestro caso de los artículos 2 y 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aclarando como argumento esencial que la prestataria no ostenta la condición de consumidora, y siendo preciso realizar la correcta interpretación de la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo sobre control de transparencia de las cláusulas suelo.

Antes de cualquier otra consideración creemos oportuno dejar constancia de un dato fehaciente relevante para aclarar la aplicabilidad o no en el caso concreto de autos de la normativa europea y de ámbito nacional emanada en desarrollo de las directivas comunitarias para la defensa y protección de los consumidores y usuarios.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores a los efectos de la presente directiva se entenderá por «consumidor» toda persona física que, en los contratos regulados por la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. De otro lado, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, establece en su artículo 3 que a los efectos de dicha norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Tendrán también la consideración de consumidores a los efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

En el supuesto concreto de nuestro caso, como se desprende de la propia escritura de compraventa con subrogación en el préstamo con garantía hipotecaria otorgada por la entidad bancaria a favor de la sociedad inmobiliaria, nos situamos ante una operación concertada entre un profesional (entidad de crédito) y una persona jurídica (sociedad de responsabilidad limitada) que actúa en el tráfico jurídico con un propósito relacionado con su actividad comercial o empresarial.

Esta circunstancia determina que no sea aplicable en el caso concreto ninguna de las normas emanadas por la Comunidad Europea sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (Directiva 91/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, o en la Directiva 2008/48 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo en la que expresamente se excluye de su ámbito de aplicación, artículo 2.2, a «los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o garantía comparable sobre bienes inmuebles»).

Por efecto reflejo, tampoco lo sería el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, ni la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (dictada al objeto de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2009/48 CEE).

Ahora bien, el hecho de que no sean aplicables al caso concreto planteado las normas que establecen una especial protección al consumidor que contrata con un profesional, no excluye que pueda lograrse esa tutela por el cauce de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación dictada con objeto de trasponer la Directiva 93/13/CEE, intentando dar respuesta a las exigencias de la buena fe y equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

La jurisprudencia ya se ha pronunciado en ocasiones precedentes destacando el carácter *sui generis* de las condiciones generales de los contratos de adhesión, como resultado y exigencia de la contratación en masa, cuya principal peculiaridad se centra en estar excluidas de la discusión precontractual de las partes, a diferencia de las condiciones particulares que se pueden adaptar a las circunstancias de cada cliente y redactarse de común acuerdo, viniendo aquellas preestablecidas por una parte del contrato, bajo el control o inspección del Estado, imponiéndose al cliente sin posibilidad de ser modificadas por este; y si bien hace que las mismas participen de las características del Derecho objetivo o normado, no desvirtúa su naturaleza esencialmente contractual, cuya eficacia, vinculante solo para las partes, nace de la adhesión y, en definitiva, del consentimiento del aceptante, al no tener tampoco el carácter de una declaración unilateral obligatoria; y de ahí que el contenido de las condiciones no impida la aplicación a ellas de las normas generales de los contratos, y en particular de los artículos 1.254 y 1.261-1.º del CC, como ha declarado una reiterada jurisprudencia, que viene aplicando a estas cláusulas de adhesión los preceptos relativos a la interpretación de los contratos, y en particular la regla de que la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad (art. 1.288 CC), que en este caso sería el predisponente (SSTS de 31 de marzo de 1973, 3 de febrero de 1989 y 4 de julio de 1997).

Por otro lado, esta materia ha sido objeto de regulación específica mediante Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Dicha ley surge como resultado de la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, vinculada al esfuerzo de proteger la igualdad de los contratantes como presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales, representando un imperativo de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica, según reza el propio preámbulo de la misma.

En este contexto, las exigencias de la buena fe y el justo equilibrio que debe presidir el desenvolvimiento de la relación contractual (en el que sus condiciones generales están pre-dispuestas e incorporadas al contrato por una de las partes), está reñida con la introducción, por el proponente del contrato, de cláusulas lesivas o abusivas prevaleciendo de su posi-

ción dominante, especialmente cuando suponen un claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes o pueden determinar un perjuicio desproporcionado para la otra.

El efecto que la ley anuda a este tipo de condiciones es la nulidad cuando el contrato haya sido celebrado con un consumidor, pero también juega un papel esencial la figura de la «no incorporación» al contrato si el adherente no ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de la celebración o no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos previstos en el artículo 5 de la misma.

Señala el preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril que «la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales. Se aclara igualmente que una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes. Se pretende distinguir entre condiciones generales y cláusulas abusivas, siendo estas últimas aquellas en las que en contra de las exigencias de la buena fe se causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales. Aunque el concepto de cláusula contractual abusiva adquiere un significado propio en el ámbito de la contratación con los consumidores, ello no significa que en las condiciones generales entre profesionales no puedan existir abuso de una posición dominante, pero en ese caso la apreciación de ese posible desequilibrio injustificado se sujetará a las normas generales de la contratación, sin que nada impida que judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general abusiva por ser contraria a la buena fe que claramente cause un desequilibrio especialmente significativo en los derechos y obligaciones de las partes.

Tomando como referencia la legislación relativa a las condiciones generales como marco para llevar a cabo el control de los requisitos exigidos en la Ley 7/1998, de 13 de abril, para que una condición general pueda pasar a formar parte del contrato, es condición o exigencia esencial que la redacción de la cláusula se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Dicha cláusula descrita del contrato objeto de nuestro caso, en abstracto, cumple las exigencias de claridad, concreción y sencillez en su redacción, si bien el control de transparencia debe venir asociada a un examen específico de las circunstancias anteriores y coetáneas a la firma de la escritura.

En circunstancias normales la entidad de crédito debe informar al cliente, que pretende subrogarse en el préstamo hipotecario, de las condiciones esenciales de la subrogación, lo cual podrá lograrse poniendo a disposición de la misma, con suficiente antelación, el borrador o proyecto tipo. Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 de la citada ley sobre condiciones generales de la contratación, debemos presumir que el notario (que intervino en el otorgamiento de la escritura de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario) veló por el cumplimiento, en el documento que autorizaba, de los requisitos de incorporación a los que hacen referencia los artículos 5 y 7 de esta ley.

En su caso, una vez confeccionado en proyecto específico de escritura de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario, debería el subrogado disponer de un plazo razonable de tiempo previo a su otorgamiento para poder comprobar las posibles concordancias o no entre la información facilitada por la entidad de crédito y las condiciones reflejadas en el proyecto.

Finalmente, el hecho de que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios no sea obligatoriamente aplicable al supuesto que se propone (al no concurrir simultáneamente en el tiempo de otorgamiento de la escritura de subrogación en el préstamo hipotecario las circunstancias, previstas en el artículo 1.1 de la citada orden ministerial), no excluye que los usos y buenas prácticas bancarias se cumplan de forma diligente y leal, primando el deber profesional de facilitar a cualquier cliente, tenga o no tenga la condición de consumidor, una información clara, completa y transparente de las condiciones del préstamo con garantía hipotecaria vinculado al contrato de compraventa del inmueble que desea consumarse.

Habitualmente dicha información es conveniente facilitarla en formato normalizado, incluyendo las circunstancias y advertencia apropiadas sobre las condiciones esenciales de la operación, aclarando personalmente cualquier duda o aclaración, salvo que el perfil socioeconómico de su cliente permita considerar al mismo como un profesional con experiencia en el ámbito de la actividad de la compraventa de inmuebles con subrogación en préstamos hipotecarios.

Consideramos que este tipo de cláusulas (bajo el paraguas de una serie de argumentos, también razonables, que representan el principio de libertad de pactos en la contratación y por ello en la determinación del tipo de interés o la necesidad de favorecer la estabilidad financiera del conjunto de las entidades de crédito, así como la accesibilidad de los profesionales y consumidores al mercado financiero y por ende al mercado inmobiliario), encierran un efecto no deseado que se traduce en un desequilibrio en la posición que ocupa cada una de las partes en función de la capacidad y fuerza de que disponen para negociar las condiciones reales, olvidando que esa igualdad real constituye un imperativo de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica.

En este sentido, debemos nuevamente subrayar que, con independencia de la prestación del consentimiento por el prestatario y su reflejo en la escritura pública, el orden y modo en el que aparecen reflejadas las condiciones de la novación modificativa del préstamo hipotecario puede dar pie a confusión, pues la lectura del punto 2 (Modificación del tipo de interés) hace referencia desde un principio a la variación del tipo de interés inicial, aludiendo a la adición al «tipo de interés de referencia» de un margen de 0,75 puntos porcentuales fijando como tipo de interés de referencia al tipo interbancario a un año (euríbor) publicado mensualmente en el BOE, para más tarde reflejar en el punto 2.3 que «se acuerda y pacta expresamente por ambas partes que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 4 %». Aunque el título de este apartado aparece desta-

cando en negrita «Límite a variación del tipo de interés aplicable», no lo está, sin embargo, el referente al pacto expreso sobre el tipo de interés nominal mínimo aplicable a este contrato, que sería del 4 %.

El deber de transparencia que debe observar la entidad de crédito se traduce en garantizar que el cliente tiene la posibilidad real de conocer el alcance de esa limitación y, en tal caso, la forma lógica de redactar dicha cláusula debería comenzar su enunciado advirtiendo al cliente que, en todo caso, se pacta de manera expresa un tipo de interés mínimo anual del 4 % y, aclarada esa circunstancia esencial en la concreción del tipo de interés, desarrollar todas las condiciones en las que puede variar el interés. Traducido en palabras, de forma sibilina se aclara solo al final y de forma velada que el cliente no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (euríbor). Se logra captar la atención del cliente en la posibilidad de optar por un tipo variable inferior pero que, como consecuencia de la limitación fijada (cláusula suelo), lo sería a un tipo superior durante la vida del contrato que cualquier otra oferta a tipo variable real o puro, con un diferencial superior pero que permita también ser aprovechado por el cliente cuando se produzca una bajada en el tipo de referencia.

Por la entidad bancaria se ha querido destacar (usando la negrita en el contrato) una parte del clausulado, pero queriendo deliberadamente ocultar (dejando de usar la negrita) el contenido de la cláusula suelo redactando la misma en un lugar marginal, lo que permite plantearse para nuestro caso la posibilidad de emprender la acción judicial por parte de la inmobiliaria.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), arts. 2 y 3.
- Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), art. 2.
- SAP de Toledo de 18 de noviembre de 2016.



El título y el modo en la venta judicial de inmuebles y propiedad horizontal

José Ignacio Atienza López

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

Extracto

El presente caso aborda la problemática surgida con ocasión del pago de los gastos comunes en materia de inmuebles sujetos a propiedad horizontal, cuando el nuevo propietario lo ha adquirido en una subasta judicial. Es necesario delimitar de qué periodo ha de hacerse cargo el adquirente, en función de cuándo se considere que ha adquirido realmente el dominio de acuerdo con el título y el modo. La aplicabilidad de esta doctrina determina en la jurisprudencia diferentes supuestos de *traditio ficta* en función de las fases procesales propias de la venta judicial: decreto de aprobación de remate, decreto de adjudicación y testimonio del decreto de adjudicación.

Palabras clave: propiedad horizontal; venta judicial de inmuebles; cuotas de comunidad; título y modo.

Fecha de entrada: 14-12-2019 / Fecha de aceptación: 27-12-2019

Enunciado

Una comunidad de propietarios de la finca sita en núm. 000 de la calle Dirección 000, de Madrid, ha emprendido una acción judicial contra un banco adquirente de una vivienda de esa comunidad en subasta judicial, pretendiendo la condena de la demandada y el pago de 5.901,98 euros en concepto de contribución a los gastos comunes correspondientes a la vivienda número núm. 001, planta núm. 002, bloque núm. 003. Se alega que la demandada adquirió el dominio de la vivienda mediante decreto de adjudicación recaído el 13 de septiembre de 2017, en procedimiento de ejecución hipotecaria seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 200 de Madrid.

La deuda reclamada corresponde a las cuotas de comunidad devengadas a partir de enero de 2014 hasta septiembre de 2017, descontando el importe de las cuotas vencidas hasta diciembre de 2013, en virtud de la afección real establecida en el artículo 9 de la LPH. La entidad bancaria demandada se opone a la pretensión, alegando que a la fecha de presentar escrito de contestación aún no había adquirido el dominio de la vivienda, y que si bien recayó en procedimiento hipotecario el decreto de adjudicación de la vivienda, de 13 de septiembre de 2017, no ha sido expedido todavía testimonio de dicha resolución, y de conformidad con lo previsto en el artículo 673 de la LEC la adjudicataria no se reputa propietaria del inmueble, al no haberse consumado la transmisión del dominio.

¿Cuándo se entenderá verificada la transmisión del dominio de la finca a efectos de la obligación de pago de las cuotas de la comunidad del artículo 9 de la LPH?

Cuestiones planteadas:

- Fases procesales en la transmisión del dominio del inmueble en ventas judiciales.
- Momento de la transmisión: título y modo.
- Evolución de la jurisprudencia en esta materia.

Solución

La controversia que el caso plantea se centra en haberse o no producido la efectiva transmisión del dominio de la vivienda a favor del banco, en los términos resultantes de los artículos 609 y 1.095 del CC, en relación con la doctrina del título y el modo, explicando respecto del modo que, dentro de la tradición instrumental, del artículo 1.462 del CC se incluyen los supuestos de transmisión reflejada en un documento público válido, sin que la enumeración resultante de los artículos 1.462 a 1.464 CC se entienda como *numerus clausus*, por lo que debe incluirse en dicha enumeración la titulación resultante de una ejecución judicial o administrativa, si del mismo título no resultare lo contrario.

La STS 958/2006, de 4 de octubre (NCJ050424) dice que «la venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario». De lo expuesto cabría concluir que en el presente caso no se ha consumado la tradición, ni por ende la transmisión del dominio a favor del banco, y únicamente quedó perfeccionada la compraventa mediante la aprobación del remate. No existiendo el testimonio del artículo 673 de la LEC, no puede decirse que exista *traditio ficta* o simbólica equivalente a la entrega de la cosa. La descrita es una de las tesis posibles, que dejaría al banco adquirente sin responsabilidad en el pago de las cantidades previstas en el artículo 9 de la LPH.

Ahora bien, no es esta la única opción jurídica defendible, pues es posible considerar que, con ella, se estaría produciendo una infracción del artículo 9.1 e) de la LPH, ya que dicho precepto únicamente exige la adquisición de la vivienda, no la inscripción registral de esa adquisición, que no tiene carácter preceptivo. La obligación descrita en dicho precepto se genera, sin más, en el momento de adquisición de la propiedad por cualquier medio, ya conste en documento público o privado. En los supuestos de subasta judicial, la venta se perfecciona con la aprobación del remate y se consume con la consignación del precio que reste, en tanto que la tradición simbólica, y consiguiente transmisión del dominio, tiene lugar con el decreto de adjudicación sin más requisitos, que se dicta una vez aprobado el remate y consignado el precio ex artículo 670 de la LEC. El Tribunal Supremo explica que la venta en subasta judicial se perfecciona mediante la aprobación del remate, lo que parece discutible, pues sería exigir en la venta judicial más requisitos que en la escritura notarial. En virtud del artículo 670.8 de la LEC, el decreto incorpora los datos necesarios para la inscripción, y el trámite posterior de la inscripción registral, a realizar mediante el testimonio, es potestativo para el adquirente. Hacer depender de la emisión de testimonio del decreto la transmisión de la propiedad, y adquisición de las correspondientes obligaciones, significa dejar al arbitrio del ejecutante, o a la diligencia del secretario, el cumplimiento de tales obligaciones.

Cabe apreciar en la doctrina jurisprudencial sobre la consumación de la transmisión del dominio de inmuebles en el procedimiento de ejecución diferentes soluciones y, ciertamente, la STS de 4 de octubre de 2006 citada concluye que para la transmisión del dominio de los bienes inmuebles objeto de subasta judicial es imprescindible la expedición del testi-

monio del decreto de adjudicación. Pues, con apoyo en la teoría del título y el modo sobre los efectos traslativos del dominio en la compraventa, equipara la aprobación del remate al «título» de compraventa, que perfecciona el contrato, y el testimonio del decreto de adjudicación (no el propio decreto), al «modo», como elemento imprescindible para la transmisión del dominio, como equivalente a una tradición fingida o simbólica.

Pero, existe doctrina jurisprudencial que ofrece una solución diversa, en atención al objeto de la controversia. Lo verdaderamente relevante es identificar, en las tres fases procesales que en las ventas judiciales se orientan a formalizar la transmisión, cuál de ellas equivale al «título» necesario para perfeccionar el contrato, y cuál de ellas al «modo» o tradición imprescindible para la transmisión de la propiedad, siendo dichas fases las siguientes:

- El decreto de aprobación del remate, del artículo 670.1 de la LEC.
- El decreto de adjudicación expresando la consignación del precio y las circunstancias para la inscripción, del artículo 670.8 de la LEC.
- El testimonio del decreto de adjudicación, como título bastante para la inscripción registral, del artículo 673 de la LEC.

Si bien es cierto que las obligaciones dimanantes del artículo 9.1 e) de la LPH se contraen desde el mismo momento de adquisición del dominio, esa adquisición no se produce necesariamente desde que la venta o acto traslativo se refleje documentalmente, formalizando por escrito el acuerdo de voluntades. Por el contrario, y con remisión a la doctrina del título y el modo reflejada en la sentencia apelada, la formalización del acuerdo de voluntades, sea verbal o escrita, constituye únicamente el «título», que sirve a perfeccionar el negocio de compraventa, pero no a transmitir la propiedad, a cuyo efecto el «título» debe ir acompañado del «modo», es decir, de la tradición material o entrega de la cosa, o de la tradición instrumental, materializada por los cauces previstos en los artículos 1.462 a 1.464 del CC, u otro equivalente, pues dichos preceptos no tienen carácter taxativo.

El problema radica en que al examinar los presupuestos de la transmisión del dominio en la compraventa, se introduce el factor de la inscripción registral, así como el factor de los títulos o documentos susceptibles de inscripción. Y tanto la inscripción, como los títulos inscribibles, relevantes en el plano registral, son del todo indiferentes en el ámbito material, en el cual opera la transmisión de la propiedad en la compraventa. Para que surta efecto solo han de concurrir dos factores: el «título» traslativo (acuerdo de voluntades entre vendedor y comprador, que puede ser verbal o escrito, en este caso público o privado, inscribible o no) y el «modo», como tradición o entrega de la cosa, ya lo sea material, ya ficticia o simbólica, en este último caso documental o no. Precisamente por ello, en la sección del Código Civil dedicada a «la entrega de la cosa vendida», el primero de sus artículos, 1.462, contempla el modo más generalizado de tradición o entrega ficticia, como es el otorgamiento de escritura pública. No por ser o no inscribible, sino por equivaler a una entrega material ficticia.

Por ello, cuando en la doctrina jurisprudencial se equipara la expedición del testimonio del decreto del secretario judicial con el «modo», no lo es porque dicho testimonio sea o no inscribible (que lo es), sino porque se le asignan los efectos de una entrega ficticia o simbólica de la cosa.

La entidad bancaria entiende que no adquirió el dominio de la vivienda litigiosa mediante la aprobación del remate, y que no se consumará la adquisición del dominio sino mediante la expedición del testimonio de la resolución de aprobación del remate. Nada se dice en esa sentencia (STS de 4 de octubre de 2006) a propósito de la fase procesal del decreto de adjudicación (art. 670.8 LEC).

En otras sentencias del Tribunal Supremo, se acoge una solución distinta, que se dice fruto de una evolución doctrinal, para concluir que el decreto de adjudicación (art. 670.8 LEC) constituye el «modo» que genera el efecto traslativo del dominio, como tradición simbólica o ficticia. Y ello con independencia de que el ulterior testimonio de ese decreto (art. 673) sea necesario para la inscripción registral.

Declara la STS de 14 de octubre de 2002 que:

El recurrente en casación demandante en los autos articula su recurso de casación en tres motivos, el primero y el segundo que se podrían estudiar conjuntamente por referirse a la determinación del momento en que se produjo la transmisión de la propiedad de la finca en cuestión, manteniendo al respecto la parte recurrente, criterio distinto a la sentencia de instancia, que entiende la resolución impugnada, que la fecha en la que se llevó a efecto la transmisión de la propiedad fue la del 4 de octubre de 1990, el día que se aprobó el remate, se adjudicó la finca a las mercantiles cesionarias que consignaron el precio del mismo; por el contrario, la representación del recurrente entiende con la invocación de las sentencias de esta Sala de 7 de octubre de 1903, 28 de junio de 1949, y otras hasta la de 1 de abril de 1960, en las que de acuerdo con el artículos 609 y 1095 del Código Civil que se invocan como infringidos en el primer motivo entiende que no se ha consumado la transmisión del dominio hasta el 3 de abril de 1991, fecha en que por la rebeldía del ejecutado D. Heraclio, se otorgó por el Sr. Juez de Primera Instancia n.º 3 de Sevilla escritura pública, que fue inscrita en el Registro que originó la inscripción 4.^a, en cuanto que la aprobación del remate y la consignación constituiría a lo más el título creador de la obligación de la entrega de la cosa, pero no la tradición de esta, que no se produjo hasta que mediante la «traditio ficta», que tuvo lugar al otorgar la escritura pública, en fecha posterior a la declaración de la firmeza (15 de marzo de 1991) de la sentencia penal que anulaba la compraventa llevada a efecto el 22 de septiembre de 1980, en la que era vendedor D. Ignacio y comprador D. Heraclio, por lo tanto a la fecha de la escritura ya no era propietario el ejecutado D. Heraclio, porque de acuerdo a la tesis del recurrente no se había consumado la venta judicial.

A este respecto, la cuestión no es tan simple como la describe el recurrente, pues como tiene declarado la jurisprudencia entre otras en sentencia de 10 de junio de 1994 y 13 de octubre de 1998, la doctrina de esta Sala –dice la sentencia primeramente citada–, no ha sido constante a través del tiempo, pues un cuerpo de sentencias antiguas mantuvo el criterio de hacer necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para que se produzca la consumación de la transmisión (*vid.* entre otras las SS de 5 de enero de 1899; 28 de junio de 1949; 17 de febrero 1956; 29 de febrero de 1960, etc.); pero más recientemente esta jurisprudencia ha sufrido un proceso evolutivo, en el sentido de «que con la aprobación judicial de remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato (venta judicial), pues la referida adjudicación que el juez hace al rematante, no hay obstáculo legal alguno de atribuirle el carácter de tradición simbólica «ficta», al no ser «números clausus» la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición que hacen los arts. 1462 a 1464 CC; con lo que consumada ya la venta por la concurrencia del título (aprobación del remate) y modo (adjudicación de la finca al rematante), el posterior otorgamiento de la escritura pública, aunque pueda ser imprescindible para otros efectos (entre ellos el acceso al RP), no será necesario, para que, a los efectos aquí estudiados, concorra el requisito de la tradición instrumental del citado art. 1462.2 (SS 31 de octubre 1983, 20 de octubre 1989 y especialmente las de 1 de julio de 1991 y 11 de julio de 1992)». En igual sentido se expresa la sentencia de 13 de octubre de 1998, que al efecto establece que «el problema jurídico planteado ha sido resuelto ya por esta Sala en sentencias que especifican, el valor del remate y del pago del precio respecto de los bienes enajenados en subasta judicial pública y su eficacia sobre la transmisión de titularidad dominical, aun antes de la expedición del testimonio que sirve para la inscripción».

En posterior Sentencia 755/2009 del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre (NCJ051217), se aborda la existencia de diferentes soluciones jurisprudenciales a la cuestión planteada, aunque no parece desautorizarse ninguna de ellas, sino más bien ajustar a la naturaleza de cada supuesto controvertido la determinación del momento en que se consuma la transmisión dominical.

Declara dicha resolución que:

Entrando por tanto a decidir la verdadera y única cuestión sobre la que ha de pronunciarse esta sala, es cierto que las sentencias citadas en el recurso parecen autorizar la tesis del actor-recurrente, especialmente la de 24 de junio de 1997 (rec. 1758/93) en cuanto considera que el remate y el pago del precio son eficaces para transmitir la titularidad dominical «aun antes de la expedición del testimonio que sirve para la inscripción», si bien las dos sentencias que cita como precedentes de su criterio de decisión poco o nada tienen que ver con el presente caso litigioso, ya que la de 22 de marzo de 1946 versa sobre una transmisión de créditos y la de 12 de febrero de 1985 trata de la cualidad de propietario de quien se adjudicó una vivienda en subasta judicial a los solos efectos de poder demandar a un

arquitecto por los vicios ruinógenos de dicha vivienda. Por su parte la Sentencia de 13 de octubre de 1998 (rec. 767/94), también citada en el recurso, transcribe y acepta lo declarado por la de 24 de junio de 1997, pero no como razón causal de su fallo porque, en realidad, tal razón consiste en que en este otro caso el remate había sido suspendido. Y aunque no se cite en el recurso, otra sentencia más reciente, la de 14 de octubre de 2002 (rec. 975/97), tras considerar no pacífica la cuestión de cuándo se adquiere la propiedad de un bien subastado judicialmente y citando las sentencias de 5 de enero de 1899, 28 de junio de 1949, 17 de febrero de 1956 y 29 de febrero de 1960 como exponentes, entre otras, de la doctrina que en el régimen de la LEC de 1881 anterior a su reforma por la Ley 10/92 exigía escritura pública para que se consumara la adquisición, señala que «más recientemente esta jurisprudencia ha sufrido un proceso evolutivo, en el sentido de que con la aprobación judicial del remate y la subsiguiente adjudicación que el juez hace al rematante, no hay obstáculo legal alguno de atribuirle el carácter de tradición simbólica ficta», citando como exponentes de esta más moderna corriente jurisprudencial las sentencias de 31 de octubre de 1983, 20 de octubre de 1989, 13 de octubre de 1998 y, especialmente, 1 de julio de 1991 y 11 de julio de 1992.

En atención a todo lo expuesto se concluye que, en la controversia ahora planteada, sobre adquisición del dominio por el adjudicatario en venta judicial de una vivienda integrada en el régimen de propiedad horizontal, a los efectos de determinar el momento en que el adjudicatario contrae las obligaciones establecidas en el artículo 9 de la LPH, se tiene por operada la tradición simbólica o ficticia mediante el decreto de adjudicación (art. 670.8 LEC), sin perjuicio de que la ulterior expedición de testimonio de dicho decreto resulte imprescindible para el acceso al Registro de la Propiedad (art. 673 LEC). Quiere añadirse que la expedición del referido testimonio depende de la voluntad exclusiva y petición unilateral del adjudicatario, lo que dejaría en las manos del adquirente del inmueble el momento inicial de asunción de las obligaciones contempladas en el artículo 9 de la LPH, en relación con lo dispuesto en el artículo 1.256 del CC.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 609, 1.095 y 1.462.
- Ley 49/1960 (LPH), art. 9.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 670 y 673.
- SSTS de 14 de octubre de 2002, 4 de octubre de 2006 (NCJ050424) y de 2 de diciembre de 2009 (NCJ0512179).



Administración local. Expropiación forzosa y sesión plenaria municipal

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF-

Extracto

El presente supuesto práctico plantea cuestiones jurídicas en relación, en primer lugar, con un expediente de expropiación forzosa acordada por el ayuntamiento en 1973, por el procedimiento de urgencia, en el que, pese a haberse levantado el acta de ocupación, hasta el momento no se ha llevado a efecto la ocupación efectiva de todos los terrenos expropiados, sin que los bienes expropiados, por otra parte, se incluyeran en el inventario municipal y en el Registro de la Propiedad. En segundo lugar, se plantean diversas preguntas sobre el sistema de tramitación de mociones en las sesiones plenarias, así como los límites sobre su contenido, especificados en las diversas cuestiones que se plantean.

Palabras clave: expropiación forzosa; acta de ocupación; mociones de urgencia; tramitación, modificación presupuestaria, obligaciones o compromisos de gasto no previstos en el presupuesto; modificación de ordenanza municipal.

Fecha de entrada: 09-12-2019 / Fecha de aceptación: 23-12-2019

Enunciado

Primero. Por el ayuntamiento de XXX, de régimen ordinario, en el año 1973, y previa tramitación del correspondiente expediente de expropiación por el procedimiento de urgencia, se adquirieron los terrenos necesarios para la construcción de una presa para abastecimiento de agua al municipio, si bien un propietario afectado se negó a recibir la cantidad indemnizatoria fijada, sin que recurriera el acuerdo de expropiación ni la fijación del justiprecio. Se levantó acta de ocupación, si bien al día de la fecha no se ha llevado a efecto la ocupación efectiva de todos los terrenos expropiados, en concreto, no se valló en su día el perímetro del pantano por la crecida del nivel de las aguas del pantano, que acrecentó el nivel primitivo del río. Esta ocupación se hace precisa para el vallado de los terrenos, por razón de las características del embalse, así como por razones sanitarias que impidan que el ganado de las fincas limítrofes pueda ahogarse en él. Los bienes expropiados no se incluyeron en su día en el inventario municipal, ni en el registro de la propiedad, y resulta que parte de algunos de ellos pertenecen a otro término municipal.

Segundo. El gobierno municipal del ayuntamiento se encuentra en situación de minoría en la corporación y ante la previsión de que se puedan plantear dudas sobre las propuestas, mociones o cualquier otra acción ante los órganos colegiados de gobierno, se interesa informe jurídico sobre el sistema de tramitación de las mociones que los distintos miembros corporativos puedan formular al pleno y que particularmente se pronuncie sobre las cuestiones que se enumeran en el apartado de cuestiones planteadas.

Cuestiones planteadas:

Punto 1. Ante las circunstancias de los hechos relatados bajo la rúbrica «primero», se interesa informe sobre:

1. Legislación aplicable en el caso planteado.
2. Indique los trámites que debieron seguirse para la expropiación de los terrenos para la construcción de la presa.
3. Indique las actuaciones a seguir para regularizar la situación y proceder al vallado de los referidos terrenos.
4. Consecuencias, en este momento, de la falta de pago a un expropiado.

Punto 2. Ante las circunstancias de los hechos relatados bajo la rúbrica «segundo» se interesa informe sobre:

1. Si los miembros corporativos pueden presentar ante el pleno cualquier tipo de mociones por razón de urgencia y los requisitos que debe reunir esta para su tramitación.

2. Si los miembros corporativos pueden formular cualquier tipo de mociones ante el pleno que versen sobre cualquier materia incluso aunque la competencia sobre la misma corresponda a otros órganos y si en este caso procede o no su tramitación.
3. Si cualquier miembro corporativo puede presentar iniciativas ante el pleno que en forma de moción puedan llevar aparejada la modificación del presupuesto municipal y, en su caso, qué condiciones y requisitos debería reunir esta.
4. Si pueden someterse al conocimiento del pleno corporativo aquellas mociones que pueda formular cualquier concejal y que conlleven la adquisición de obligaciones o compromisos de gasto no previstos en el presupuesto.
5. Si mediante mociones presentadas directamente ante el pleno se puede formular la modificación de ordenanzas municipales reguladoras de tasas o tributos.

Solución

PRIMERO

1. Legislación aplicable en el caso planteado

- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).
- Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (LEF).
- Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa.
- Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL).
- Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.
- Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo.

2. Indique los trámites que debieron seguirse para la expropiación de los terrenos para la construcción de la presa

Llama la atención el hecho de haber dilatado en exceso el procedimiento dimanante de la expropiación cuando, además, se hizo por el procedimiento de urgencia y, sobre todo, la

formalización de las consecuencias de la misma, como debió ser la inclusión de dichos terrenos municipales en el inventario de bienes y su inscripción en el Registro de la Propiedad. La consecuencia de todo ello puede suponer que la solución al asunto planteado sea bastante más complicada.

Entremos en detalles.

En primer lugar, entendemos conveniente repasar, de forma resumida, cuál es procedimiento y la normativa aplicable en los casos de expropiación forzosa, como el que ahora nos ocupa, y que hemos señalado en el apartado de legislación aplicable.

En lo relativo al procedimiento a seguir, destacamos, de forma resumida, los trámites siguientes:

- Declaración de utilidad pública o interés social, que se entenderá implícita, es decir, sin requerir manifestación expresa, cuando se trate de la ejecución de proyectos que sean consecuencia de la aprobación de planes de ordenación o gestión urbanística, o bien que se trate de planes o proyectos de obras en los que ya conste con detalle la descripción de las obras o actuaciones y su utilidad pública o interés social, así como la necesidad de ocupación de bienes y derechos afectados.
- Informe por el técnico municipal, que se pronunciará también sobre la motivación de la urgencia y la necesidad de ocupación. En dicho informe se incluirá la relación de los propietarios y titulares afectados por la expropiación, y la descripción de los bienes y derechos a expropiar, así como la valoración del justiprecio con arreglo a lo dispuesto en los artículos 34 y siguientes del Real Decreto Legislativo 7/2015, de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, y en el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley de Suelo.
- Informe de intervención en cuanto a la correspondiente retención de crédito, con cargo al ejercicio en que se prevea la conclusión del expediente expropiatorio y la realización efectiva del pago, por el importe a que ascendería el justiprecio.
- Información pública, donde se expondrá la relación de bienes y derechos, así como los nombres de los propietarios y titulares, por plazo de 15 días, mediante anuncios en el boletín oficial de la provincia y en el tablón de anuncios del ayuntamiento, y notificación individual a los interesados a fin de que los titulares de derechos afectados por la expropiación puedan presentar alegaciones, o realizar la corrección de errores que estimen oportuna.
- Si se presentasen alegaciones, serán informadas por el técnico municipal, y se remitirán junto con el expediente al Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma para que declare urgente la ocupación de los bienes afectados por la expropiación.
- Declarada la urgencia por la comunidad autónoma, se notificará a los interesados el día y la hora en que se procederá a levantar el acta previa a la ocupación.

Asimismo, con igual antelación se publicará edicto en el tablón de anuncios del ayuntamiento, en el boletín oficial de la provincia, en un periódico de la localidad si lo hubiere y en dos diarios de la capital de la provincia.

- Acta previa a la ocupación. A efectos de constatar el estado físico y jurídico de los bienes y derechos afectados, se personarán en la finca, el día y hora señalada, los representantes del ayuntamiento junto con los interesados, con la finalidad de levantar la correspondiente acta previa a la ocupación, en la que se hará constar los siguientes datos, en caso de terrenos cultivados: estado y extensión de las cosechas e identificación de los cultivos, y, en su caso, precios de los arriendos, aparcerías, etc. Se fijará la indemnización por los perjuicios derivados de la urgente ocupación, no siendo susceptible de recurso, ya que esta se someterá a la posterior revisión de la comisión provincial de expropiación. Efectuado el depósito y abonada o consignada la indemnización, la Administración procederá a la inmediata ocupación del bien de que se trate, en el plazo máximo de 15 días.

Una vez realizada la ocupación de los bienes, se tramitará el expediente de expropiación por el procedimiento ordinario en cuanto a sus fases de justiprecio y pago del mismo.

3. Indique las actuaciones a seguir para regularizar la situación y proceder al vallado de los referidos terrenos

Pues bien, habiendo ya recordado tanto la normativa como el procedimiento que debe aplicarse en casos de expropiación forzosa, tenemos que decir que, en el supuesto presente, se han producido dos hechos que es preciso analizar en profundidad:

- En primer lugar, se dice que, aunque se levantó el acta de ocupación, a fecha de hoy aún no se ha llevado a efecto la ocupación de todos los terrenos.
- En segundo lugar, se afirma que tampoco se ha procedido a incluir dichos bienes en el inventario municipal, ni evidentemente tampoco se ha procedido a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Respecto a esas dos cuestiones, hay un artículo que nos puede dar la doble solución: el artículo 53 de la LEF, que dispone que el acta de ocupación que se extenderá a continuación del pago, acompañada de los justificantes del mismo, será título bastante para que entre en el Registro de la Propiedad y en los demás registros públicos.

Del examen de dicho precepto se deduce que una vez que se formaliza el acta de ocupación, trámite que es inmediatamente posterior al pago del precio indemnizatorio, el ayuntamiento está en disposición de proceder a la ocupación física de los terrenos. Sin embargo, esa ocupación no tiene por qué significar que haya que hacerse de forma expresa, a través de, por

ejemplo, el vallado del perímetro de todos los terrenos expropiados, cosa que hemos comprobado que no sucede en muchos de los casos parecidos o iguales al que ahora nos ocupa.

Por otra parte, tenemos que analizar la falta de inclusión de los bienes expropiados en el inventario municipal, así como la no inscripción en el Registro de la Propiedad. En tal sentido, el artículo 17.1 del RBEL prevé que las corporaciones locales están obligadas a formar inventario de todos sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza o forma de adquisición, mientras que, el artículo 34 señala que el pleno de la corporación local será el órgano competente para acordar la aprobación del inventario ya formado, su rectificación y comprobación.

Pero, como ya dijimos, aparte de la normativa de bienes de régimen local, podemos acudir a lo dispuesto en el artículo 53 de la LEF, según el cual el acta de ocupación (de la que ya dispone el ayuntamiento) que se extenderá a continuación del pago, acompañada de los justificantes del mismo, será título bastante para que en el Registro de la Propiedad se inscriba o tome razón de la transmisión de dominio y se verifique, en su caso, la cancelación de las cargas, gravámenes y derechos reales de toda clase a que estuviere afectada la cosa expropiada; de donde se deduce que con el acta de ocupación el ayuntamiento puede instar la necesaria inscripción de los terrenos expropiados en el registro.

En definitiva, la falta de ejecución, en su momento, de las obras de vallado, no tiene que suponer que, pasados tantos años, no sea posible que el ayuntamiento, en evitación de males mayores (accidentes del ganado que pasta en las fincas colindantes) pueda hacerlo en la actualidad.

4. Consecuencias, en este momento, de la falta de pago a un expropiado

Respecto al hecho de que un propietario afectado se negara a recibir la cantidad indemnizatoria fijada, entendemos que es irrelevante a los efectos que nos ocupan ahora, máxime si no recurrió el acuerdo de expropiación ni la fijación del justiprecio, aunque debió, en su momento, consignarse la cantidad fijada como justiprecio. De cualquier forma, parece que la deuda está ya prescrita, pues han pasado con exceso los cinco años que prevé el artículo 1.965 del Código Civil.

Por otro lado, respecto a la posible revisión de oficio del procedimiento por la falta de pago y consignación, en su caso, a un expropiado, sería, perfectamente, aplicable el artículo 110 de la LPAC que señala que «las facultades de revisión establecidas en este capítulo no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

En conclusión, hemos de acudir a lo dispuesto en el artículo 54 de la LEF, y señalar que, desde nuestro punto de vista, el proceso expropiatorio fue perfectamente válido con el pago de los terrenos y el acta de ocupación, siempre que se consignara el justiprecio del que no quiso cobrar ni recurrió nada del procedimiento.

Conclusión

- 1.^a El hecho de no haber vallado en su día el perímetro del pantano no es causa para entender que no se produjo la ocupación de los terrenos expropiados, lo cual se llevó a cabo, seguramente, con la crecida del nivel de las aguas del pantano, que acrecentarían el nivel primitivo del río. Por todo ello, no vemos obstáculo en que ahora se proceda a ejecutar esas obras de vallado que parecen ser necesarias, por los motivos expuestos.
- 2.^a La inclusión de dichos terrenos expropiados tanto en el inventario de bienes, como en el Registro de la Propiedad se puede y debe realizar, aunque haya pasado tanto tiempo. Para ello, hay que tener en cuenta lo dispuesto para la revisión de inventarios de bienes y también en el citado artículo 53 de la LEF, que entendemos facilita el procedimiento de inscripción registral.

SEGUNDO

Para dar respuesta a las cuestiones planteadas, debemos partir del concepto de moción, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF). En concreto, los artículos 91.4 y 97.3 del ROF, puestos en relación, nos indican que la moción es la propuesta que se somete directamente a conocimiento del pleno al amparo de lo previsto en el artículo 91.4 del ROF.

En las sesiones ordinarias, concluido el examen de los asuntos incluidos en el orden del día y antes de pasar a turno de ruegos y preguntas, el presidente preguntará si algún grupo político desea someter a la consideración del pleno por razones de urgencia algún asunto no comprendido en el orden del día que acompañaba a la convocatoria y que no tenga cabida en el punto de ruegos y preguntas. Si así fuera, el portavoz del grupo proponente justificará la urgencia de la moción y el pleno votará, acto seguido, sobre la procedencia de su debate. Si el resultado de la votación fuera positivo, por mayoría absoluta, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 93 y siguientes del ROF.

1. Si los miembros corporativos pueden presentar ante el pleno cualquier tipo de mociones por razón de urgencia y los requisitos que debe reunir esta para su tramitación

Entendemos que las mociones de urgencia son un supuesto excepcional de debatir y votar asuntos en el pleno y requieren la motivación y justificación de la mencionada urgencia, la misma debe ser apreciada por el pleno exigiendo dicha aprobación mayoría absoluta. No obstante, esta apreciación del pleno no impide que pueda estar sujeta al control de

los tribunales, de tal forma que aunque el pleno haya apreciado la urgencia, si se recurre a los tribunales y estos aprecian que no concurren elementos de urgencia en el acuerdo, este puede ser declarado nulo de pleno derecho.

A este respecto, recordamos que el tratamiento de las mociones de urgencia es materia propia de regulación mediante reglamento orgánico municipal aprobado por mayoría absoluta de la corporación, que ayude a racionalizar la utilización de las mismas.

2. Si los miembros corporativos pueden formular cualquier tipo de mociones ante el pleno que versen sobre cualquier materia incluso aunque la competencia sobre la misma corresponda a otros órganos y si en este caso procede o no su tramitación

Para resolver esta cuestión, y amén de lo señalado anteriormente, nos sirve de fundamentación lo señalado en la STS de 17 de febrero de 2004, en la cual se razona lo siguiente:

Si bien es cierto que la declaración de urgencia de una moción corresponde al pleno, como la Sala de Instancia refiere y prescribe el artículo 97.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales, sin embargo el que el Pleno haya declarado la urgencia de las mociones ello no impide el que se pueda y deba analizar si el contenido de las mismas es o no competencia del pleno, o del alcalde, pues si la competencia para las mismas está atribuida al alcalde, no se podían ni se pueden en pleno analizar tales mociones, aunque hayan sido declaradas urgentes, pues la posibilidad de las mociones de urgencia a que se refiere el artículo 97 citado lo son solo y exclusivamente para aquellas cuestiones que sean de la competencia del pleno y por tanto no se pueden utilizar para privar al alcalde de sus competencias.

[...]. Por último se ha de señalar también, que si bien es cierto, como la Sala de Instancia refiere, que la declaración de urgencia corresponde al pleno y a esa valoración, al menos en principio, se ha de estar, pues así lo prevé la norma, no hay que olvidar que ello no autoriza a que por la vía de declaración de urgencia, se trate de alterar el régimen de competencias establecido en las normas sobre el régimen local, ni a que se traten asuntos, que, o no son urgentes, o que exijan unos trámites previos; informes que impidan el que los concejales conozcan los asuntos y puedan emitir fundadamente su opinión, como esta sala ha declarado, entre otras en sentencias de 15 de septiembre de 1987, 9 de mayo de 1995, 1 de marzo de 2000, 25 de marzo de 2003 y 1 de abril de 2003, por lo que la declaración de urgencia puede ser revisada, en los términos más atrás citados, reconociendo obviamente al pleno el derecho a declararla, siempre que se trate de competencias del pleno, se haga la justificación oportuna, no se impida o afecte el derecho de los concejales a conocer y tener los datos suficientes para emitir su voto, y, tratarse de asunto que, se pueda, cuando menos objetivamente, estimar que eso puede

ser urgente, como acontece en el supuesto de autos, dada la naturaleza y contenido de las mociones presentadas y dado que, además de no existir comisiones informativas, como se alega y no se ha desvirtuado, los plenos no se celebraban con la asiduidad exigida, lo que justificó además la moción sobre la celebración mensual de los plenos que no ha resultado ni siquiera cuestionada.

En análogos términos se expresa la STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2002, donde se considera que:

Es el pleno el llamado a decidir sobre la procedencia o no de la admisión de las mociones presentadas por el Grupo Municipal recurrente, resolviendo, en su caso, sobre el fondo de las mismas. En tercer lugar, porque tanto la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña como el Reglamento Orgánico Municipal claramente establecen la necesidad de incluir las proposiciones y mociones que, con exposición de motivos y propuesta de resolución, sean presentadas por escrito antes del pleno. [...]

Con lo dicho no se trata de cuestionar la facultad del alcalde para fijar el orden del día, pero sí que la discrecionalidad de la que goza sea absoluta, sino más bien relativa cuando se trata de asuntos relativos al control de los órganos de las corporaciones locales en los que viene obligado a incluirlos en el orden del día, correspondiendo al pleno decidir el tratamiento que debe darse a los mismos.

En definitiva, y en cuanto al elemento objetivo de la moción, tal y como se ha indicado una vez aprobada la urgencia, la moción requiere que no trate de alterar el régimen de competencias establecido en las normas sobre el régimen local, de tal modo que sería inadmisibles que dicha moción conlleve la aprobación de una decisión que ha de ser tomada en la sede de otro órgano, como sería el alcalde o, por delegación del mismo, de los propios concejales o la Junta de Gobierno Local si existiere, ni que se traten asuntos, que, o no son urgentes, o que exijan unos trámites previos (informes, dictámenes de comisión, publicación, etc.) que permitan el que los concejales conozcan los asuntos y puedan emitir fundadamente su opinión, pues en otro caso el acuerdo que se adoptase incurriría en causa de nulidad de pleno derecho, ex artículo 47.1 b) de la LPAC, al haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o en virtud de la causa e) del mismo apartado y precepto, al haberse dictado aquel prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

3. Si cualquier miembro corporativo puede presentar iniciativas ante el pleno que en forma de moción puedan llevar aparejada la modificación del presupuesto municipal y, en su caso, qué condiciones y requisitos debería reunir esta

Entendemos que, con base en el juego de las mayorías, un grupo municipal puede perfectamente plantear una propuesta de resolución en la que inste la tramitación de expedientes administrativos (como modificaciones presupuestarias o de las bases de ejecución

del presupuesto), y decimos instar, ya que resulta claro que los grupos municipales de la oposición, en función de si un expediente administrativo esté concluso o no, pueden hacer valer el sentido de su voto o modificar un determinado acuerdo, pero no obviar mediante dicha técnica la debida tramitación del pertinente expediente administrativo. Quiere esto decir que la oposición puede ostentar la potestad para tramitar expedientes administrativos, pero ello depende de varios factores:

- 1.º Pueden modificar expedientes que van a pleno, conclusos, que se debaten en el pleno, con base en el juego de mayorías, por medio de enmiendas (art. 97 ROF), siempre y cuando dicha enmienda no vaya en contra de las previsiones de los informes técnicos obrantes, o simplemente mediante el cómputo de los votos.
- 2.º Mediante mociones en un pleno ordinario (o mediante la convocatoria de un pleno extraordinario según el artículo 46 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local [LRBRL]) si la moción no enerva la atribución de otro órgano y si el expediente está concluso a los efectos del ROF (es decir, que consten los debidos informes para poder pronunciarse al respecto, ya que, por ejemplo, un grupo municipal no puede pretender aprobar vía moción el plan general del municipio sin que consten los informes jurídicos, técnicos, sectoriales, etc.).

En ese sentido, resulta obvio que el presupuesto general de la entidad local (con sus bases de ejecución) no puede ser aprobado ni obviamente modificado, por medio de una moción, ya que no obrarían los informes preceptivos (de intervención, por ejemplo).

4. Si pueden someterse al conocimiento del pleno corporativo aquellas mociones que pueda formular cualquier concejal y que conlleven la adquisición de obligaciones o compromisos de gasto no previstos en el presupuesto

Entendemos que no, pues si dichas mociones conllevaran la adquisición de obligaciones o compromisos de gasto no previstos en el presupuesto, incurrirían en un supuesto de nulidad (art. 47 LPAC) en relación con el apartado 5.º del artículo 173 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 (TRLRHL) al disponer que:

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

Y además en este caso, debería el interventor municipal efectuar el correspondiente reparo conforme a lo dispuesto en el artículo 214 del TRLRHL, que al concretar la función in-

terventora dispone que tendrá por objeto fiscalizar todos los actos de las entidades locales y de sus organismos autónomos que den lugar al reconocimiento y liquidación de derechos y obligaciones o gastos de contenido económico, los ingresos y pagos que de aquellos se deriven, y la recaudación, inversión y aplicación, en general, de los caudales públicos administrados, con el fin de que la gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso. De este modo, el ejercicio de la expresada función debe comprender tanto la intervención crítica o previa del acto en cuestión, como, en su caso, la intervención formal y material de su pago, y, así, concreta tal actuación interventora el artículo 216 del TRLRHL, al disponer:

1. Si en el ejercicio de la función interventora el órgano interventor se manifestara en desacuerdo con el fondo o con la forma, deberá formular sus reparos por escrito antes de su aprobación. Cuando la disconformidad se refiera al reconocimiento o liquidación de derechos a favor de las entidades locales o sus organismos autónomos, la oposición se formalizará en nota de reparo que, en ningún caso, suspenderá la tramitación del expediente.
2. Si el reparo afecta a la disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones u ordenación de pagos, se suspenderá la tramitación del expediente hasta que aquel sea solventado en los siguientes casos:
 - a) Cuando se base en la insuficiencia de crédito o el propuesto no sea adecuado.
 - b) Cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago.
 - c) En los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales.
 - d) Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios.

Pues a estos efectos indica el artículo 188 del mismo TRLRHL que:

Los ordenadores de gastos y de pagos, en todo caso, y los interventores de las entidades locales, cuando no adviertan por escrito su improcedencia, serán personalmente responsables de todo gasto que autoricen y de toda obligación que reconozcan, liquiden o paguen sin crédito suficiente.

5. Si mediante mociones presentadas directamente ante el pleno se puede formular la modificación de ordenanzas municipales reguladoras de tasas o tributos

Entendemos que no y que habría de estarse a lo señalado anteriormente en la respuesta a la tercera de las cuestiones, en cuanto lo que sí podría la moción es instar el inicio del correspondiente expediente de modificación o establecimiento y ordenación de tasas, pero

para ello deberá seguirse, *a posteriori* del acuerdo municipal que de la aprobación de la moción resulte, la tramitación prevista en los artículos 15 y siguientes del TRLRHL.

Conclusión

- 1.^a La adopción de acuerdos válidos mediante la presentación de mociones está condicionada a su contenido, de tal forma que no pueden alterar el régimen competencial de los órganos municipales o adoptarse prescindiendo del procedimiento previo legalmente establecido.
- 2.^a La aprobación mediante moción de acuerdos que requieren previo procedimiento, como la modificación presupuestaria o de la ordenanza fiscal, necesitan de la emisión de informes previos y trámites oportunos.
- 3.^a Para evitar la nulidad de los acuerdos adoptados mediante presentación de moción por órgano incompetente u omisión del procedimiento legalmente establecido, las mociones suelen presentarse con una redacción de solicitud o instancia al órgano competente para que, previa la tramitación oportuna, adopte un acuerdo vinculado a la moción presentada.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 1.965.
- Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, arts. 53 y 54.
- Ley 7/1985 (LRBRL), art. 46.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 47 y 114.
- Real Decreto Legislativo 2/2004 (TRLRHL), arts. 15, 173, 188, 214 y 216.
- Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, arts. 34 y ss.
- Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, arts. 17.1 y 34.
- Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades, arts. 91.4, 93 y 97.
- STS de 17 de febrero de 2004.
- STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2002.

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 subepígrafes 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.



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2020

CEF.-

Modalidades

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 30.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad y Administración de Empresas**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 26.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 17.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 6.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 5.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

CEF.-

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

CEF.-

Lugar y plazo

Los trabajos se presentarán en las secretarías de nuestros centros de Barcelona, Madrid y Valencia. El plazo finaliza el día **3 de mayo de 2020** a las **20,00 horas**.

CEF.-

Solicitud de las bases

Puede obtener las bases del premio en las secretarías de nuestros centros o visitando www.cef.es

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)

