

CEF Legal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 264 | Enero 2023

ISSN: 2697-1631

Plataformas digitales audiovisuales y derecho de la competencia

Ana María Vaduva

Modificación del capital social mínimo de las sociedades limitadas

Esther Muñoz Amador

La nulidad de las subastas judiciales

M.^a José Achón Bruñén

Retos jurídicos de la operatividad en España de los reactores modulares pequeños

María de los Ángeles Díez Moreno

45 CEF.-
Aniversario

Ahora

MÁSTERES

CURSOS



¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?

FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y
Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas •
Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos •
Tributación

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

Revista CEFLegal

Núm. 264 | Enero 2023

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

Enrique Arnaldo Alcubilla. Magistrado del Tribunal Constitucional y catedrático de Derecho Constitucional. URJC

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Javier Avilés García. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

José Luis Blanco Pérez. Adjunto a dirección. Asesoría Jurídica de la Sociedad Española de Sistemas de Pago

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Lucía Casado Casado. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad Rovira i Virgili

Gabriel Domenech Pascual. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

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

Nicolás González-Deleito y Domínguez. Socio de Cuatrecasas

Pilar Gutiérrez Santiago. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León

Pablo Hernández Lahoz. Abogado del Estado y director de Asesoría Jurídica de AENA

José Damián Iranzo Cerezo. Magistrado del TSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Carlos Lema Devesa. Catedrático de Derecho Mercantil. UCM

Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF y consejera de Gómez Acebo y Pombo

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

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

Esther Muñiz Espada. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

Fabio Pascua Mateo. Catedrático de Derecho Administrativo. UCM y letrado de las Cortes

Antonio Ortí Vallejo. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Granada

Ángel José Sánchez Navarro. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM y letrado del Tribunal Constitucional

Javier Serra Callejo. Secretario del Consejo. Grupo Arcelor Mittal

Francisco Javier Silván Rodríguez. Socio de EY Abogados

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 (2023) (11 números) 185 € en papel / 95 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista CEFLegal*. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición digital: www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



Imprime

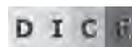
Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2023 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).

Revista CEFLegal

ISSN: 2697-1631
ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

- | | |
|--|---------|
| Plataformas digitales audiovisuales y derecho de la competencia
<i>Digital audiovisual platforms and competition law</i>
Ana María Vaduva | 5-38 |
| Modificación del capital social mínimo de las sociedades limitadas
<i>Modification of the minimum capital stock of limited liability companies</i>
Esther Muñoz Amador | 39-66 |
| La nulidad de las subastas judiciales
<i>The nullity of judicial auctions</i>
M. ^a José Achón Bruñén | 67-106 |
| Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos en la demanda
(Comentario a la STS de 27 de abril de 2022)
José Ignacio Esquivias Jaramillo | 107-112 |

Constitucional-administrativo

- | | |
|--|---------|
| Retos jurídicos de la operatividad en España de los reactores modulares pequeños (SMR) como solución a la dependencia energética de la Unión Europea
<i>Legal challenges of the operation in Spain of small modular reactors (SMR) as part of the solution to the great energy dependency of the European Union</i>
María de los Ángeles Díez Moreno | 113-138 |
|--|---------|

Casos prácticos

Civil

Responsabilidad extracontractual y culpa exclusiva de la víctima en siniestro de tráfico	139-144
Adelaida Medrano Aranguren	
Desheredación del cónyuge y del hijo	145-151
Casto Páramo de Santiago	

Administrativo

Contratos administrativos de organismos autónomos, subvenciones y recurso de amparo constitucional	152-178
Julio Galán Cáceres	
Acto de reconocimiento a opositores 2021-2022	179-182
Normas de publicación	183-184

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>



Plataformas digitales audiovisuales y derecho de la competencia

Ana María Vaduva

Asesora jurídica

vaduva71@yahoo.es | <https://orcid.org/0000-0002-0957-3054>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos Lema Devesa, don José Luis Blanco Pérez, don Pablo Hernández Lahoz, doña Esther Muñoz Espada, don Javier Serra Callejo y don Francisco Javier Silván Rodríguez.

Extracto

Uno de los fenómenos que ha tenido mayor trascendencia en las últimas décadas es sin duda el de las plataformas digitales, especialmente las propias del ámbito audiovisual o *streaming*. El auge que están experimentando genera un amplio abanico de interrogantes e implicaciones en la esfera social, económica y, sobre todo, normativa. En consecuencia, los diversos legisladores nacionales y comunitarios han tratado, no ya de adaptarse a los cambios implícitos de tales avances tecnológicos, sino incluso adelantarse a los mismos. El resultado de sus esfuerzos se materializa a través de la *Digital Services Act* y la *Digital Markets Act* bajo la forma de reglamento comunitario, con las implicaciones que ello comporta para los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, tal y como se ha señalado anteriormente, las proyecciones que desencadena el sector de las plataformas digitales audiovisuales no se restringen únicamente al ámbito normativo, sino también al económico y social. Por consiguiente, se hace necesario analizar las conductas (anti)competitivas de los agentes tecnológicos audiovisuales para observar.

Palabras clave: plataformas digitales; DSA; DMA; derecho de la competencia.

Fecha de entrada: 04-05-2022 / Fecha de aceptación: 08-09-2022

Como citar: Vaduva, A. M.^a (2022). Plataformas digitales audiovisuales y derecho de la competencia. *Revista CEFLegal*, 264, 5-38.



Digital audiovisual platforms and competition law

Ana María Vaduva

Abstract

One of the most important phenomena in recent decades has undoubtedly been that of digital platforms, especially those in the audiovisual or streaming sphere. The boom they are experiencing generates a wide range of questions and implications in the social, economic and, above all, regulatory spheres. As a result, the various national and EU legislators have tried not only to adapt to the changes implicit in these technological advances, but even to anticipate them. The result of their efforts is embodied in the Digital Services Act and the Digital Markets Act in the form of a Community regulation, with the implications that this entails for the member States of the European Union. However, as mentioned above, the projections triggered by the digital audiovisual platforms sector are not only restricted to the regulatory sphere, but also to the economic and social sphere. It is therefore necessary to analyse the (anti)competitive behaviour of audiovisual technology players in order to observe the consequent beneficial or detrimental effects for the consumer and user.

Keywords: digital platforms; DSA; DMA; competition law.

Citación: Vaduva, A. M.^a (2022). Plataformas digitales audiovisuales y derecho de la competencia. *Revista CEFLegal*, 264, 5-38.



Sumario

1. Introducción
2. Las nuevas plataformas digitales
 - 2.1. Concepto
 - 2.2. Características
 - 2.3. Clasificación
3. El derecho aplicable al ecosistema digital
 - 3.1. Evolución del marco legal comunitario de las plataformas digitales
 - 3.2. Estado de la cuestión a nivel nacional
4. Plataformas digitales y derecho de la competencia
 - 4.1. Aplicación del derecho de la competencia a las plataformas digitales
 - 4.1.1. El *boom* de las plataformas audiovisuales: ebullición vs. concentración
 - 4.1.2. ¿Competir vs. cooperar?
 - 4.1.2.1. Cooperar
 - 4.1.2.2. Competir
 - 4.1.3. Efectos de red, ¿*The winner takes it all?*
 - 4.2. *Data protection* / *Big data*: la última frontera
 - 4.2.1. El uso abusivo de los datos personales: ¿un problema antitrust o de privacidad?
 - 4.2.2. Las plataformas audiovisuales y la protección de los datos personales
5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

El grado de desarrollo y la consiguiente implantación de la digitalización y tecnologización de la sociedad es tal que, a día de hoy, es prácticamente una afirmación (no ya una mera especulación) señalar que vivimos en una doble dimensión: una física o material y otra digital.

Es una dimensión, la digital, que, a diferencia de la realidad material, no conoce de fronteras. Ello dificulta sobremanera el control del cumplimiento normativo por parte de los legisladores. El tamaño y la omnipresencia de las plataformas digitales representan de la mejor manera la idea de una aldea multifacética e hiperconectada entre personas y empresas de todas partes del mundo, con intereses comunes o contrapuestos, pero dispuestos a relacionarse entre sí. Más aún en la actualidad, en un mundo acechado por los inagotables latigazos causados por la covid-19 y sus consecuentes implicaciones.

Todo ello, sin embargo, se sustenta sobre la base de los datos, de algoritmos y, sobre todo, de derechos y obligaciones, tanto los propios de las personas físicas como los de las personas jurídicas.

El presente trabajo se estructura en tres grandes bloques: el primero de ello se dedica al análisis de las plataformas digitales. Para situar al lector, se comienza con el estudio del concepto mismo de plataformas digitales, aunque reconducido al sector audiovisual para, posteriormente, señalar brevemente sus características más reseñables. A continuación, se hace necesaria una sucinta clasificación con el fin de mostrar al lector la gran variedad de las mismas. El segundo bloque se destina a un sucinto estudio del marco normativo aplicable al enorme ecosistema digital en el que se aprecia el interés y los esfuerzos reales de los órganos comunitarios por regular la materia. En este mismo bloque se incluye una tímida alusión al marco nacional, aunque su timidez obedece al hecho de que España forma parte de la Unión Europea y, por consiguiente, su marco normativo tecnológico-audiovisual *grosso modo* discurre en la misma línea que el comunitario. Finalmente, el tercer gran bloque conjuga las plataformas digitales (audiovisuales) con el derecho de la competencia. Se trata de un apartado que aborda, por un lado, la aplicación del referido derecho a las plataformas mismas y, por otro lado, una breve aunque importante alusión a la protección de los datos.

2. Las nuevas plataformas digitales

2.1. Concepto

Las plataformas no son ni mucho menos un fenómeno novedoso, pues existían antes que la era *pre-internet*, mucho antes que la denominada *era digital* y, por tanto, antes que el *boom*

experimentado por Facebook¹, Twitter², Amazon³ o Netflix⁴. Se trata de un concepto, el de «plataforma», acuñado en la Francia del siglo XVI, designado para hacer referencia al *plano de la tierra sobre el que se pueden constituir diversas estructuras* (Canals y Hülskamp, 2020). A partir de esta noción básica, han sido muchos los autores que han emitido definiciones varias, sin duda influidas por el interés y sector al que pertenece cada uno⁵. No obstante, de todas ellas extraemos un común denominador pues, *grasso modo*, las plataformas «son entidades (y, por tanto, sujetos) y espacios que conectan individuos y organizaciones para perseguir un propósito común o para compartir un recurso común» (Canals y Hülskamp, 2020).

Partiendo de esta concepción, podemos afirmar que los mercados medievales se configuraban como auténticas plataformas en la medida en que eran espacios predispuestos para servir al intercambio de bienes, derechos e intereses entre compradores y vendedores. Del mismo modo, las clásicas revistas científicas en formato papel eran (y lo siguen siendo) plataformas por disponer un espacio de encuentro, divulgación y competición entre investigadores, e investigadores y lectores.

Sin embargo, el elemento que añade un especial valor al concepto de plataforma es su carácter digital⁶. Las implicaciones que proyectan estas plataformas han promovido, tal y como se mostrará más adelante, la toma de la iniciativa del legislador comunitario de crear una serie de cuerpos normativos que se adapten a la situación presente e inminente. Para ello, comienza por concebirlas –a través de la propuesta de Ley de servicios digitales–⁷ como «prestadores de servicios de alojamiento de datos que, no solo almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio a petición suya, sino que, además, difunden dicha información al público, de nuevo a petición suya». Claro es que esta es tan solo una primera aceptación básica y genérica, susceptible de ser matizada en función del tipo de plataforma de que se trate.

¹ Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos, 4 de febrero de 2004.

² San Francisco, California, Estados Unidos, 21 de marzo de 2006.

³ Seattle, Washington, Estados Unidos, 5 de julio de 1994.

⁴ Los Gatos, California, Estados Unidos, 29 de agosto de 1997.

⁵ Algunos autores (Hein, 2019) definen las plataformas digitales como «ecosistemas que utilizan agentes autónomos para co-crear valor»; otros (Rochet y Tirole, 2003) las conciben como «mecanismos por los que se asignan precios», o las conciben como (Antonelli y Patrucco, 2006) «redes jerárquicas en las que las interacciones no surgen y evolucionan de manera espontánea, pero en las que los actores clave ejercen un rol rector en el comportamiento de los demás actores».

⁶ En este sentido, el paradigma de la transición de lo clásico a lo digital es el mundo de la prensa en el que, de acuerdo con recientes encuestas publicadas por GAD 3 para la Fundación AXA y el foro Periodismo 2030, el volumen de «lectores digitales» (esto es, de lectores que apuestan por leer revistas y periódicos *online*) es notablemente superior al propio de los lectores tradicionales (véase, prensa en formato papel). Fuente: <https://www.axa.es/documents/1119421/167683685/NP+CYLEO%CC%81N+2.0.pdf/32926f22-65b3-c7c7-defc-fb36371c26db>

⁷ EUR-Lex - 52020PC0825 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

2.2. Características

Los rasgos característicos de las plataformas en línea se derivan de su naturaleza misma, así como de las definiciones señaladas. Es cierto, no obstante, que la Comisión Europea⁸ (2016) ha elaborado un listado de características, entre las que destacan las siguientes:

- *La capacidad de las plataformas digitales de crear y modelar nuevos mercados, así como la capacidad para organizar nuevas formas de participación o efectuar en línea negocios consistentes en la recogida, tratamiento y edición de grandes cantidades de datos.*
- *La capacidad para actuar en mercados plurifacéticos, y es que la propia Comisión es consciente de que las plataformas en línea no se instauran en un sector concreto para restringir sus servicios al mismo, sino más bien «nos llegan con diferentes formas y tamaños, y continúan desarrollándose a un ritmo nunca visto en ningún otro sector de la economía»⁹. De esta forma, las plataformas en línea cubren actualmente un amplio espectro de sectores y actividades, entre los que se hallan los propios de la publicidad, los motores de búsqueda y las redes sociales, los sistemas de pago, los mercados *online* o la difusión de contenido creativo, entre otros muchas¹⁰.*
- *Se benefician de los «efectos en red» (network effects), que se apoyan en la idea de que «el consumo mismo del producto le reporta cierto valor» (Arroyo Barrigüete *et al.* (2005). En este sentido, una plataforma digital será más útil cuanto mayor sea el número de usuarios conectados a ella, pues cuantos más usuarios haya conectados, mayor alcance y amplitud tendrá la comunicación y, por consiguiente, llegará a un mayor número de nuevos usuarios (y será más conocida).*
- *Se apoyan en las TIC¹¹ para llegar al usuario de forma instantánea y sin esfuerzo.*
- *Desempeñan un papel crucial en la creación de valor digital. A través de ese rasgo, la Comisión pone de manifiesto el ingente volumen de datos que se acumulan y almacenan gracias a las plataformas *online*. Serán datos que, claro es, pueden llegar a impulsar «nuevos proyectos empresariales y dependencias estratégicas»¹². Sin embargo, consciente de la importancia y delicadeza que requiere el manejo de esos datos, la propia Comisión emitió una comunicación¹³, a través de la cual*

⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 25 de mayo de 2016, COM (2016) 288 final.

⁹ [EUR-Lex - 52016DC0288R\(01\) - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

¹⁰ *Ibídem*: [EUR-Lex - 52016DC0288R\(01\) - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

¹¹ Tecnologías de la información y la comunicación.

¹² [EUR-Lex - 52016DC0288R\(01\) - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Hacia una económica de datos próspera» (SWD [2014] 214 final).

propone a las empresas la idea de alcanzar una economía de datos sana y próspera y, a la par, obtener réditos económicos de ello.

Llegados a este punto, cabe señalar que, si bien estos son tan solo algunos rasgos genéricos que se desprenden de cualquier tipo de plataforma digital, todos y cada uno de ellos son generadores de una multiplicidad de efectos que se despliega sobre el mercado, sobre el derecho y, por consiguiente, sobre el consumidor y usuario. Asimismo, tales efectos se podrán acentuar más o menos en función del sector en que se implante la plataforma, así como en función de su configuración misma, pues, a modo de ejemplo, una plataforma digital audiovisual no experimenta tanto la genérica capacidad de «actuar en mercados plurifacéticos» cuanto sí los «efectos en red».

2.3. Clasificación

Habida cuenta del número de plataformas digitales que han proliferado en los últimos años, así como la diversidad de sectores en los que actúan y los modelos de negocios por los que se rigen unas y otras, lo cierto es que no existe una sola clasificación de las mismas, sino más bien se las puede clasificar atendiendo a criterios varios. Con base en unos u otros rasgos, podemos distinguirlas por su grado de digitalización (esto es, plataformas con bits y átomos, aquellas con solo átomos, o las plataformas con solo bits); por su grado de apertura (cuya subdivisión ofrece plataformas abiertas –como Wikipedia– o plataformas cerradas –como Netflix–). Asimismo, por el grado de implicación de los usuarios para con los mecanismos de gobernanza de la plataforma, distinguimos entre las versiones *top-down* (esto es, mecanismos en los que las normas de gobernanza son impuestas por la plataforma misma) o *bottom-up* (es decir, aquellos que permiten a los usuarios elaborar tales normas). De esta forma, surgen las denominadas plataformas «colaborativas»¹⁴ y las «impuestas»¹⁵.

Siguiendo con la clasificación, por su relación con los usuarios, distinguimos entre las plataformas tradicionales (véase, aquellas que actúan como intermediarias entre dos grupos de usuarios, donde la plataforma desempeña una relación puramente transaccional) y las plataformas no tradicionales (siendo estas aquellas que no operan como meras intermediarias, sino más bien como protagonistas. Se trata de plataformas que, por ejemplo, ofrecen su espacio para publicar contenido a cambio de financiación, como son los mercados en línea, o las plataformas colaborativas, como lo es Bla-bla car).

¹⁴ Un ejemplo de plataforma colaborativa lo constituye Wikipedia, pues permite que sus propios usuarios se involucren en el proceso de elaboración del contenido de la plataforma. Por tanto, la plataforma misma ofrece mecanismos y permite a sus usuarios configurar las normas.

¹⁵ En cuanto a las plataformas impuestas, piense el lector en el caso de Uber, como plataforma en la que el usuario puede formular sugerencias, pero *grosso modo*, las normas ya han sido impuestas previamente por la propia plataforma.

3. El derecho aplicable al ecosistema digital

3.1. Evolución del marco legal comunitario de las plataformas digitales

Desde hace años, los múltiples legisladores (nacionales y comunitarios) han tratado de incorporar a sus correspondientes ordenamientos jurídicos las novedades emergentes del mundo tecnológico y digital. Sin embargo, la eclosión de múltiples tecnologías disruptivas digitales¹⁶ ha generado un ecosistema de tecnologías que, combinadas entre sí, han marcado un punto de inflexión, no solo a nivel normativo, sino también económico y social. Se trata de un punto en el que ya no es posible dar continuidad a esa labor adaptativa de la regulación tradicional, por ser una técnica legislativa incapaz de responder a la realidad imperante.

En este sentido, uno de los principales instrumentos normativos que ha permitido adaptar el marco digital durante años (aún sin haber sido concebida para ello) ha sido la Directiva 2000/31 de comercio electrónico en el mercado interior¹⁷, junto con los principios de *equivalencia funcional* y *neutralidad tecnológica* enunciados por Naciones Unidas en su Ley modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico (1996)¹⁸. Sin embargo, la imposibilidad de seguir adaptándola al escenario actual ha promovido la iniciativa del legislador comunitario de elaborar un marco legislativo *ex novo* para los actuales e inminentes avances tecnológicos y digitales. De esta forma, se busca crear un catálogo de normas que no solo responda al reto de las plataformas digitales en general, sino también a los desafíos propios de los sistemas de registro distribuido (*distributed ledger technology*) y el *blockchain* como formas de distribuir información, o el mundo del *internet of things* (IOT) basado en la idea de que las cosas son inteligentes, el *big data* que permite la gestión de ingentes cantidades de datos o incluso la inteligencia artificial (IA) y los algoritmos que, combinados entre sí, permiten la creación de sistemas autónomos.

¹⁶ Expertas en materia como Rodríguez de las Heras Ballell (2003) señalan que el concepto de «tecnologías disruptivas digitales» lo son por el hecho de que, hasta ahora, el legislador ha sido capaz de ir adaptando su marco normativo gracias a dos principios básicos dictados por Naciones Unidas, esto es, la equivalencia funcional y la neutralidad tecnológica extraídos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996). Así, el proceder hasta ahora consistía en mantener lo ya vigente, y tratar de adaptarse en la medida de lo posible a las novedades emergentes (apoyándose en los citados principios). El problema surge cuando ese proceso adaptativo ya no responde, pues es un modelo basado en cosas y personas (esto es, en objetivos y sujetos de derecho). Sin embargo, el impuso de elementos tales como, por ejemplo, la inteligencia artificial, ha roto totalmente la barrera entre «cosas» y «personas», dando lugar a conceptos tales como «sistemas autónomos», o incluso a la consideración de que algunos robots sean considerados «personas electrónicas». Texto disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=760894>

¹⁷ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

¹⁸ [Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico \(1996\) con su nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998 | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional](#)

Estando así las cosas, y a pesar de la complejidad de la tarea, el legislador comunitario lleva años trabajando en la constitución de un marco legislativo novedoso por el que se abandone la vía adaptativa seguida por la citada directiva de comercio electrónico del año 2000, para ofrecer nuevos instrumentos jurídicos acordes al escenario actual¹⁹. Se trata de un amplio elenco de proyectos y propuestas, muchas de ellas ya aprobadas e implantadas, y otras tantas en vía de aprobación.

En este sentido, y puesto que actualmente seguimos inmersos en esta etapa transicional-renovadora, a continuación se hará una breve referencia a las normas y proyectos más reseñables para con las plataformas digitales audiovisuales, por ser estas el objeto de análisis en el presente trabajo.

El bloque normativo comunitario de las plataformas digitales comienza por la Directiva de servicios audiovisuales²⁰ (DSCA) propuesta en 2016²¹ por la Comisión Europea en el marco del Mercado Único Digital. A través de esta, se buscó la actualización de la legislación vigente en aquel momento y la adecuación de sus características a la nueva era digital.

Entre sus múltiples novedades es de reseñar la inclusión, junto a las empresas tradicionales de radiodifusión, de proveedores de vídeos a la carta, servicios de plataformas de distribución de vídeos en línea, la provisión de canales de denuncia o la mejora de los mecanismos tendentes a proteger a los menores de edad, entre otras cuestiones.

Junto a la citada directiva, la Comisión Europea elaboró la denominada Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa²², cuyo principal objetivo era la consecución de «una economía, industria y sociedad europea que aproveche plenamente la nueva era digital»²³.

¹⁹ Entre otros, destacan el Reglamento general de protección de datos; la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores, la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores por la que se prohíbe las prácticas engañosas y agresivas, o la Directiva 2006/114 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, entre otras.

²⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0287&from=EL>

²¹ A pesar del tiempo ofrecido a los Estados miembros para que traspongán la citada directiva a sus correspondientes ordenamientos jurídicos nacionales, España –entre otros Estados miembros– incumplió el plazo que finalizó el 19 de septiembre de 2020, si bien, en noviembre de 2020, se abrió la fase de audiencia pública del Anteproyecto de la Ley general de comunicación audiovisual por la que se reconoce la necesidad de actualizar el ordenamiento jurídico español a la realidad del mercado en la que han surgido nuevos agentes y servicios audiovisuales impulsados por las tecnologías digitales. Finalmente, el proyecto de trasposición fue aprobado de manera definitiva en diciembre del año 2021. Véase el texto aprobado: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-77-1.PDF

²² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (SWD(2015)100 final). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192>

²³ <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/digital-single-market/>

El cumplimiento de dicha labor se persiguió de manera paulatina desde el año 2015, introduciendo cambios en el sector audiovisual y de telecomunicaciones, al tratar de buscar equilibrios en materia de derechos de autor por medio de la Directiva 2019/789²⁴; mejorar la protección de los consumidores; la supresión de ciertos obstáculos al comercio electrónico y a la libre circulación de datos no personales; e incluso la aprobación del Reglamento 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea²⁵, entre otros.

Pero, el compromiso de la Unión Europea para con el reto tecnológico y digital se muestra firmemente a través de dos grandes iniciativas legislativas, que forman parte del proyecto *Shaping Europe's Digital Future*²⁶. A través de ellas, no solo se pretende renovar y adecuar el marco normativo vigente, sino también crear un espacio digital mucho más seguro por el que se protejan los derechos fundamentales de los usuarios. Asimismo, y dada la magnitud del mercado competitivo actual, la nueva normativa establece una serie de «condiciones equitativas para fomentar la innovación, el crecimiento y la competitividad, tanto en el Mercado Único Europeo como a nivel mundial»²⁷.

Con este afán se han elaborado las denominadas *Digital Markets Act*²⁸ (DMA) y *Digital Services Act*²⁹ (DSA). Si bien no es este el espacio y lugar para pormenorizar las implicaciones que trae consigo cada una, sí merece especial consideración mencionar, cuando menos, algunas de sus novedades más reseñables.

Hasta ahora, los mecanismos de control de la competencia consistían en ofrecer una respuesta *ex post*, de forma tal que, habiendo detectado un problema de competencia en el mercado, el derecho de la competencia intervenía para imponer (dado el caso) la correspondiente sanción. Sin embargo, la práctica muestra que es un modelo controlador y sancionador insuficiente para lograr los objetivos marcados por la Unión Europea. Tal es así puesto que la realidad del mercado actual combina las clásicas estructuras empresariales con la configuración de las nuevas empresas completamente digitalizadas. Son precisamente estas últimas las que van ganando cada vez mayor cuota de mercado, y entre las que destacan sobremanera las plataformas digitales.

²⁴ <https://www.boe.es/doue/2019/130/L00082-00091.pdf>

²⁵ EUR-Lex - 32019R1150 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

²⁶ https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_es

²⁷ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>

²⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>. Debe tenerse en cuenta que, junto a la propuesta inicial reseñada, el pasado 25 de marzo de 2022, la citada DMA quedó aprobada por el Consejo Europeo. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20220315IPR25504/deal-on-digital-markets-act-ensuring-fair-competition-and-more-choice-for-users>

²⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>

Consecuencia de esta situación, entre los objetivos de la Unión Europea destaca la búsqueda de una competencia equitativa en la que no se realicen prácticas desleales. Para ello, no basta con asegurar que el mercado digital sea un terreno igual de disputable que el material, sino también que sea un espacio que asegure –en términos legales– que las grandes plataformas instauradas en el mercado no abusen del poder adquirido (o por adquirir) y, por consiguiente, no abusen de la posición que ostentan (o pueden llegar a ostentar). La consecución de tales propósitos se materializa a través de la DMA, en la que, junto a los mecanismos de control *ex post*, se introducen una serie de mecanismos *ex ante*, por los que se establecen un elenco de obligaciones previas dirigidas a las plataformas digitales que cumplen los requisitos y condiciones señaladas al efecto.

A efectos ilustrativos, se introduce la novedosa figura de los *gatekeepers* o «guardianes de acceso»³⁰ del espacio digital, como concepto tendente a designar a las plataformas que presta uno o varios servicios principales³¹ que ofrece el ecosistema digital, siempre que se ajusten a los umbrales cualitativos³² y cuantitativos³³ enunciados en la referida DMA.

Junto a esta, y bajo la misma lógica legislativa, se elabora la ya citada DSA para actualizar el régimen de responsabilidad de las plataformas digitales, y «revisar las normas aplicables a estas y a los proveedores de servicios de información, reformar la supervisión de las prácticas de contenidos de las plataformas de la Unión y examinar las normas *ex ante*»³⁴.

Para dar un efectivo cumplimiento a estos propósitos, en diciembre de 2020 se aprobó la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un mercado

³⁰ Algunos autores estiman que la figura de los «guardianes digitales» ha surgido en el seno de la Unión Europea desde la aparición e impacto de Google en el mercado digital. <https://www.bruegel.org/2021/02/regulating-big-tech-the-digital-markets-act/>

³¹ Véanse los servicios de intermediación en línea, motores de búsqueda en línea; redes sociales; servicios de plataformas de intercambio de vídeos, sistemas operativos, etc.

³² A tenor de la DMA, «los proveedores de servicios de plataformas básicas podrán considerarse guardianes de acceso si: a) tienen un impacto significativo en el mercado interior; b) operan una o más puertas de acceso importantes hacia clientes; c) tiene o puede llegar a tener una posición bastante afianzada y duradera en sus operaciones».

³³ De entre los criterios cuantitativos destacan: a) aquellas empresas que «consigan un volumen de negocios anual en el EEE igual o superior a los 6.500 millones de euros en los tres últimos ejercicios, o cuando la capitalización bursátil media o el valor justo de mercado equivalente de la empresa a la que pertenece ascienda como mínimo a los 65.000 millones de euros en el último ejercicio, y siempre que preste un servicio básico de plataforma en, al menos, tres Estados miembros»; b) proporcionar un «servicio básico de plataforma que cuente con más de 45 millones de usuarios finales activos mensuales o situados en la Unión, y más de 10.000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión en el último ejercicio económico»; c) siempre que los umbrales del punto b se cumplieran en cada uno de los tres últimos ejercicios.

³⁴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0181_ES.html

único de servicios digitales³⁵ y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE del comercio electrónico³⁶.

Si bien la *Digital Services Act* mantiene principios tradicionales como la *ausencia de responsabilidad* por contenidos ilícitos de los servicios digitales cuando no se tuviere conocimiento de ellos, y el principio de *inexistencia de la obligación de monitorización* para impedir la transmisión de dichos contenidos (Pina Sánchez y Mesa Sánchez, 2020), la nueva regulación propuesta introduce nuevas obligaciones dirigidas tanto a los prestadores de servicios de alojamiento como a las plataformas mismas. Entre el amplio elenco de medidas destacan los mecanismos articulados para luchar contra contenidos ilícitos; medidas de transparencia sobre los algoritmos que emplean las plataformas *online* para realizar recomendaciones a los usuarios; la designación de representantes legales para aquellas empresas sitas fuera del espacio comunitario, pero que prestan servicios en la Unión Europea, o incluso la creación de un coordinador de servicios digitales en cada Estado miembro, etc.

Llegados a este punto, sepa el lector que, junto a la DSA y DMA, hay una multiplicidad de proyectos iniciados por la Comisión Europea con el objeto de posicionar a la Unión como «soberana del mundo digital, un mundo abierto y, sobre todo, interconectado»³⁷. Entre ellos destaca la creación de la denominada Década Digital de Europa como respuesta al llamamiento del Consejo para seguir con una Brújula Digital basada en el proyecto estratégico digital³⁸ de la Comisión. Se trata, en todo caso, de una espiral de objetivos y ambiciones digitales emprendidas por la Unión Europea susceptible de cumplir hasta 2030³⁹.

³⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=es>

³⁶ En realidad a través de la DSA no se busca la eliminación o suplantación de la Directiva sobre el comercio electrónico del año 2000, pues ha sido (y sigue siendo) una directiva de gran ayuda a la hora de fomentar los servicios digitales. La Comisión ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones que, desde el año 2000 hasta hoy, el mercado digital ha mutado radicalmente. En la misma línea se han manifestado autoras como Carolina Pina Sánchez y Cristina Mesa Sánchez, en relación con la Directiva sobre el comercio electrónico de 2000, al apuntar que poco tiene que ver nuestra sociedad actual con el incipiente mercado digital de finales del pasado siglo. Para hacerse una idea basta pensar que, en el año 2000, fecha de publicación de la directiva, empresas como YouTube, Facebook, Instagram, LinkedIn, Spotify o TikTok ni siquiera existían. (Pina Sánchez y Mesa Sánchez, 2020).

³⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_98382E

³⁸ El proyecto estratégico digital de la Comisión aboga por la transformación digital, dando prioridad al cumplimiento de propósitos tales como la apertura de nuevas oportunidades a las empresas, el fomento del desarrollo de una tecnología confiable, la permisión de una economía vibrante y sostenible, etc. Los pilares sobre los que pivota este plan son tres: invertir en una tecnología que funcione para las personas, lograr una economía digital justa y competitiva y conseguir una sociedad abierta, democrática y sostenible. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_en

³⁹ De entre los objetivos pretendidos, destaca la formación de ciudadanos digitalmente capacitados, pues se espera que hasta 2030 cerca del 80 % de los adultos estén dotados de competencias digitales básicas, la construcción de infraestructuras digitales seguras y eficaces, la digitalización de los servicios públicos, así como de las empresas, donde se pretende que, para 2030, tres de cada cuatro empresas empleen servicios de computación en la nube, *big data* e IA, entre otros.

3.2. Estado de la cuestión a nivel nacional

La ausencia de normativa nacional, propia y específica, hasta este momento ha incentivado a las plataformas digitales a dotarse de sistemas jurídicos cuasi autosuficientes asumiendo, en consecuencia, el papel de «reguladores privados» al dictar sus propias normas de organización y funcionamiento en el mercado en que operan. Consecuentemente, nos encontramos con medianas o, sobre todo, grandes plataformas digitales (audiovisuales) que ostentan una considerable cuota de mercado (nacional, aunque frecuentemente comunitario e internacional) que, no solo impone sus propias exigencias contractuales a las empresas⁴⁰ con las que entablan relaciones comerciales, sino sobre todo y más importante, imponen sus propios términos de suscripción a sus consumidores y usuarios. La importancia de ello radica en el hecho de que el usuario queda obligado a suscribir un contrato con términos y cláusulas inamovibles e impuestas unilateralmente por la plataforma, cuyo incumplimiento y consiguientes consecuencias las determina la propia plataforma.

Habida cuenta de la importancia que tiene la autonomía de la voluntad en el seno del sector digital (concretamente el de las plataformas digitales audiovisuales), se hace necesario aludir brevemente a una serie de normas legales mínimas, de carácter nacional que, por razones imperativas, han de ser contenidas entre los términos y condiciones de contratación con las plataformas o, dado el caso, ser aplicadas por los juzgados y tribunales. Por su relación con las plataformas digitales audiovisuales, entre otras, destacan la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad⁴¹; Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal⁴², o Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia⁴³.

4. Plataformas digitales y derecho de la competencia

La eclosión de un sinfín de plataformas digitales ha desencadenado el surgimiento de nuevas actividades económicas y estrategias de mercado que, combinadas con las TIC, han conformado la denominada *economía digital*. Se trata de un conjunto de empresas que compiten ferozmente con las clásicas estructuras empresariales, bajo reglas notablemente diferentes.

Consecuencia de tal situación, la Comisión Europea, a través de instrumentos tales como el informe *Competition Policy for the Digital Era* (Díez Estella, 2020), reacciona ante los retos

⁴⁰ Entiéndase en este punto el concepto de «empresas» en sentido amplio. A efectos ilustrativos, piense el lector en Netflix o Disney+ como plataforma que interactúa con otras plataformas digitales, pero también con productoras cinematográficas, distribuidoras, empresas de publicidad, etc.

⁴¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-26156&tn=1&p=20210605>

⁴² <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628&tn=1&p=20211103>

⁴³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>

dimanantes de esta situación y manifiesta la necesidad de promover la competencia en el mercado (donde la plataformas mismas puede actuar como reguladoras al establecer e imponer sus propias normas de gobernanza a los usuarios y suscriptores) y *por* el mercado (para evitar que grandes empresas dominantes adopten estrategias que actúen como una suerte de barrera de entrada a otras plataformas o incluso estrategias que invadan otros sectores colindantes).

Habida cuenta del impacto de la era digital en el derecho de la competencia, a continuación se abordarán dos cuestiones esenciales: la primera de ellas se refiere al impacto mismo de las plataformas digitales (con especial consideración a las audiovisuales) en el mercado de la competencia para, posteriormente y de manera sucinta, hacer alusión a la segunda cuestión elemental, que es el mismo impacto pero referido a los consumidores/usuarios y suscriptores.

4.1. Aplicación del derecho de la competencia a las plataformas digitales

El surgimiento de nuevas tecnologías disruptivas está creando un nuevo ecosistema que pronto instaurará (a un nivel muy superior al actual) la era de una economía fuertemente digitalizada y compuesta por grandes empresas que almacenan y tratan datos, y crean sistemas de algoritmos sofisticados y plataformas digitales revolucionarias⁴⁴.

En los últimos años, hemos sido cómplices y partícipes del cambio fomentado por diversos agentes y operadores económicos que han alterado notablemente la forma de competir en el mercado al incorporar tecnologías varias. Vimos cómo se han rebasado los límites clásicos de la comunicación, del estudio y, sobre todo, cómo se han alterado las estrategias de negocio (más si cabe como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por la covid-19).

Estando así las cosas, una de las preocupaciones más latentes del legislador se centra precisamente en el mercado, en las eventuales formas de alterar la competencias gracias, no solo a las características propias del espacio digital (por ser una dimensión novedosa y compleja que rompe las barreras físicas y geográficas), sino también gracias a las múltiples fusiones y adquisiciones estratégicas: entre empresas tradicionales y digitales, entre empresas digitales e incluso entre las propias empresas tradicionales para hacer frente a la fuerte competitividad con la que han embestido las grandes tecnológicas.

Las líneas que siguen a continuación tratarán de mostrar cómo han impactado las plataformas digitales (especialmente las audiovisuales) en el derecho de la competencia.

⁴⁴ Muestra de estos cambios es la labor prevencionista que está adoptando la Comisión Europea al estar preparando un reglamento sobre el uso de la IA. El objetivo perseguido es fomentar la seguridad y confianza de los usuarios en el uso de dispositivos dotados de IA. Puede consultarse la propuesta de reglamento en el siguiente enlace: [New rules for Artificial Intelligence – Q&As \(europa.eu\)](https://european-council.europa.eu/media/en/press-communications/inline/0/attachment/data/2023/01/11/1323226/1323226_en.pdf)

4.1.1. El *boom* de las plataformas audiovisuales: ebullición vs. concentración

Desde el año 2007 hasta la actualidad, las plataformas digitales que comercializan contenidos audiovisuales a través de internet han sufrido un incremento exponencial, tanto en número como en volumen de difusión. Bajo el concepto de «plataformas audiovisuales» se aglutinan tanto aquellas que se dedican a la producción misma del contenido y su ulterior puesta a disposición del usuario, como aquellas que adquieren tales contenidos de otros productores para su consiguiente comercialización. Ambas formas de comercialización han alterado sobremanera la industria clásica audiovisual, digital y analógica, y han *redefinido el rol de los agentes existentes al disputar espectadores, suscriptores y anunciantes* (García Leiva, 2019). Ejemplo de ello es que actualmente en España se puede acceder a más de 40 plataformas digitales audiovisuales de pago bajo demanda, entre las que se hallan Google Play Movies (ES), Prime Video (ES), HBO España, Netflix, etc. Sin embargo, antes que estas hubo otras tantas incapaces de adaptarse a los retos marcados por el transcurso del tiempo. Se trata de retos marcados por los propios cambios digitales, por las exigencias sociales y culturales y, sobre todo, por la propia política económica de las empresas. A los meros efectos ilustrativos, se podrían distinguir las siguientes generaciones de plataformas:

Primer grupo: 2007

En este primer grupo de plataformas digitales audiovisuales destacan, entre otras, Televeo, ADNS-tream, Filmotech o Filmin. Todas ellas comenzaron su actividad en 2007, si bien muy pocas siguen operando de manera solvente (Filmin, por ejemplo, con un precio mensual de suscripción que asciende a 7,99 €), mientras que la mayoría de ellas apenas tienen actividad o directamente han cesado su actividad y página web, como es el caso de Filmotech.

Segundo grupo: 2010

A partir de 2010 aparecieron nuevas plataformas, incluso algunas propias de España, con es el caso de Mitele o Atresplayer, como iniciativa dimanante de operadores clásicos de televisión, como son Mediaset España Comunicación o Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, SL, respectivamente⁴⁵.

A partir de estos años, el sector audiovisual ha experimentado un importante *boom* procedente de iniciativas comerciales (como Benecé online, Tucut...) o incluso propuestas de nicho (como 400 Films) si bien pocas han pervivido⁴⁶.

⁴⁵ Los mismos pasos ha seguido desde hace un par de años Telefónica con Movistar, quien no solo realiza producciones propias para su consiguiente difusión a través de sus canales, sino también adquiere producciones a terceros para su posterior difusión.

⁴⁶ Para ampliar estos sucesos, consulte el lector el citado artículo publicado por García Leiva (2019), pues en él la autora apunta los sucesos acaecidos a estas y otras plataformas de aquella etapa.

Tercero grupo: a partir de 2015

Fue a partir de 2015 cuando el panorama cambió radicalmente gracias a la llegada a España de plataformas extranjeras (sobre todo inglesas y norteamericanas) tales como Netflix (2015), HBO (2016) o Sky (2017), entre otras. Sin embargo, no cabe caer en la confusión, pues la debacle y casi desaparición de las plataformas del primer y segundo grupo en España no se debe únicamente al enorme despliegue de Netflix, sino también a la fuerte embestida de otras tantas plataformas (véase HBO España, Amazon Prime, YouTube Premium y, más recientemente, Disney+). Pero, no solo eso, sino que sería igual de erróneo achacar el mérito o la culpa –según se mire– a las plataformas extranjeras, pues lo cierto es que a partir de 2010 y, sobre todo, 2015, el mundo experimentó un importante auge, no solo en el sector audiovisual, sino también en el electrónico (no cabe ni qué decir sobre el exponencial aumento de teléfonos móviles, tabletas, iPads, etc.) al igual que el ingobernable mundo del internet, redes sociales, etc. Todos ellos han sido factores que han encauzado al consumidor a optar (directa o indirectamente) por ciertas tendencias audiovisuales acompañadas, claro es, de precios asequibles para el consumidor medio.

Por consiguiente, el éxito de algunas plataformas digitales audiovisuales no se debe solamente a su estrategia económica y de mercado, sino a todo un cúmulo de factores que, conjugados entre sí, han superado la época de eclosión para instaurar un mandato mucho más concentrado en el mercado digital.

De entre los referidos factores destaca la puesta a disposición del consumidor de dispositivos susceptibles de acoger en su sistema operativo multitud de plataformas digitales; la implantación de políticas monetarias de suscripción asequibles para la mayoría de los espectadores o la alta competitividad en el seno del mercado audiovisual y sus variantes. En este sentido, y de acuerdo con el economista hispanoamericano Ramón Casadesus-Masanell (Bianco, 2017), cuando surge una nueva plataforma en un mercado en el que ya existen actores dominantes, aquellos fácilmente podrán imitar/adaptar su mismo modelo (siempre que fuere innovador, claro es), mientras que el nuevo actor tendrá dos opciones: desvelar su factor innovador para tratar de competir con el nuevo modelo de negocios, sacando el máximo rédito de ello, o mantener el secreto de su innovación mientras le sea posible.

Este escenario parece haber guiado la lógica subyacente a la volatilidad de las plataformas audiovisuales, en la medida en que, desde 2007 hasta hoy, muy pocas han perdurado y en qué condiciones. La tabla que sigue a continuación ha sido elaborada con el único fin de ilustrar al lector sobre este extremo.



	Precios	Periodo de prueba	Formas de pago	Producciones	Suscriptores
Netflix	<p>Cuota mensual (1): 7,99 €/mes</p> <p>Cuota estándar: 11,99 €/mes</p> <p>Cuota premium: 15,99 €/mes</p> <p>Cuota anual con plan básico (2): 95,88 €</p> <p>Cuota anual con plan estándar: 143,88 €</p> <p>Cuota anual con plan premium: 191,88 €</p>	<p>No hay periodo de prueba</p>	<p>Tarjetas de crédito y débito (3): Visa, MasterCard y American Express</p> <p>Tarjetas virtuales</p> <p>Tarjetas prepago: Visa, MasterCard y American Express</p> <p>Tarjetas regalo</p> <p>PayPal</p> <p>Facturación a través de 3.º: Euskaltel, Orange, R Cable, Telecable, Virgin telco, Vodafone, Yoigo</p> <p>Paquetes que incluyen Netflix: Euskaltel, Movistar+, Orange, R Cable, Telecable y Virgin telco</p>	<p>Originales y adquisiciones (4): la mayor parte del contenido ofertado por Netflix proviene de la compra de derechos de licencia de streaming a sus numerosos proveedores</p> <p>Junto a ello destaca la producción interna y la adquisición de derechos exclusivos</p>	<p>Se calcula que en marzo de 2021 Netflix alcanzó la cifra de 207,6 M de suscriptores a nivel global (5).</p>
HBO	<p>Precio único(6): 8,99 €/mes</p> <p>Precio anual: 107,88 € o 69,99 € según el momento y los descuentos ofertados</p>	<p>Periodo de prueba: 7 días.</p>	<p>MasterCard, Visa y Paypal</p>	<p>Originales y adquisiciones (7): al igual que Netflix, HBO es tanto productora de contenido propio como parte suscriptor con un amplio elenco de proveedores. Asimismo, forma parte del conglomerado (8) Time Warner Inc., que incluye a Warner Bros Entertainment y Turner (9)</p>	<p>HBO, por su parte, registró a cerca de 140 M de suscriptores (10)</p>
Amazon Prime Video	<p>Precio mensual: 3,99 €</p> <p>Precio anual: 36 €</p>	<p>Periodo de prueba: 30 días o 90 días para Prime Student</p>	<p>Tarjetas de crédito: Visa, MasterCard, Carnet y American Express</p> <p>Tarjetas de débito: Visa y Mastercard</p> <p>Pago con moneda local (11)</p>	<p>Originales y adquisiciones (12): su contenido está compuesto tanto por títulos originales como con licencia, aunque con vis expansiva, pues trata de ampliar su catálogo con contenido propio de HBO, Starzplay, Paramount+, MGM, etc.</p>	<p>En el caso de Amazon Prime Video el número de suscriptores alcanza los 200 M (13)</p>

	Precios	Periodo de prueba	Formas de pago	Producciones	Suscriptores
▲					
Disney+	Pago mensual: 8,99 € (14) Pago anual: 89,90 €	No hay periodo de prueba	Tarjetas de débito o crédito (15): Visa, MasterCard y American Express	Originales y adquisiciones: Disney, Pixar, Star Wars, Marvel y National Geographic	Se calcula que en marzo de 2021 Disney alcanzó la cifra de 151,5 M de suscriptores a nivel global (16)
(1)	https://help.netflix.com/es-es/node/24926				
(2)	https://www.entrerat.com/television/precios-netflix-espana.php				
(3)	https://help.netflix.com/es-es/node/116380				
(4)	https://help.netflix.com/es-es/node/4976				
(5)	https://variety.com/2021/digital/news/netflix-q4-2020-earnings-200-million-subscribers-1234887784/				
(6)	https://www.hbomax.com/es/es				
(7)	Véase nota anterior.				
(8)	https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/8027/8405				
(9)	No solo eso, sino que HBO concretamente está en proceso de ampliación de volumen y variedad de contenido con su nuevo proyecto HBO Max, si bien por el momento en un proyecto implantado tan solo en Estados Unidos desde una dirección IP real, tal y como señala su página web: https://hbomax.com/				
(10)	Vease nota 8.				
(11)	https://www.primevideo.com/help/ref/3Datv_hp_nd_nav?language=es_ES&nodeId=G8F3YMHU34R3XX4N				
(12)	https://expansion.mx/vida-arte/2019/10/08/amazon-integra-contenido-de-hbo-paramount-y-nmgm-con-prime-video-channels				
(13)	https://www.revistagi.com/noticias/articulo/cuantos-suscriptores-tiene-netflix-hbo-disney-apple-amazon-prime-video-20millones%20de%20suscriptores%20en%20HBO%20Now				
(14)	https://www.disneyplus.com/es-es/welcome/stream?cid=DSS-Search-Google-7170000064567610-&s_kwcid=AL%218468%213%215-12639235509%21b%21%21g%21%21%2Bdisney+%2Bprecio&gclid=Cj0KCQjw4cOEBhDMARIsAA3XDRiOOOwTOHjRf__8D2GawTkxOLLcDSHqfCtL94T5M5C9NYE1pfhwvUaARBEALw_wcB&gclid=aw.ds				
(15)	https://help.disneyplus.com/csp?id=csp_article_content&sys_kb_id=e5b4504c4df3c81c60f3eacb1396194f				
(16)	https://variety.com/2021/digital/news/netflix-q4-2020-earnings-200-million-subscribers-1234887784/				

Fuente: Elaboración propia elaborada con los datos publicados en las páginas web correspondientes a cada plataforma.

En suma, actualmente y, cuando menos, en el mercado comunitario y nacional, los factores dispuestos a competir y marcar la diferencia se rescinden a: los precios (generalmente con tarifas mensuales o anuales), el periodo de prueba (cuyo fin único es ilustrar al lector sobre el contenido ofertado), los medios de pago y, sobre todo, y más importante, el contenido ofertado.

4.1.2. ¿Competir vs. cooperar?

La irrupción en el mercado tradicional de nuevas tecnologías disruptivas ha suscitado un amplio elenco de preguntas cuya respuesta se hace depender de muchos condicionantes. Una de aquellas cuestiones susceptibles de ser formuladas por su idoneidad respecto al asunto tratado se refiere a si lo mejor que puede hacer una empresa es competir con las múltiples innovaciones que van surgiendo con el transcurso de los meses y años o, por el contrario, lo ideal sería cooperar con ellas, ya sea asumiéndolas de manera paulatina o redefiniendo la empresa en cuestión.

Se trata de una cuestión que afecta por igual tanto a los agentes tradicionales del mercado como a los nuevos operadores que han ido surgiendo con el transcurso de los años. No obstante, es una pregunta tan abstracta que suscita otras tantas como, por ejemplo: ¿con quién competir o cooperar? ¿Acaso se puede cooperar con unos para competir con otros? ¿En el seno de qué mercados se compite? ¿Y si existen operadores que actúan y, por consiguiente, compiten o cooperan en más de un mercado a la vez? Más aún, ¿se compite o coopera en las mismas condiciones en todos los mercados?

Tal y como se observa, una mera pregunta inicial suscita una infinidad de interrogantes que surgen y pueden surgir, habida cuenta de la disparidad y complejidad de la materia a tratar, cuyas respuestas serán tan complejas y dispares, o más.

El propósito perseguido a través de este apartado no es sino el de analizar los diversos escenarios cooperativos o competitivos en los que se puede ver implicada una plataforma digital audiovisual.

4.1.2.1. Cooperar

A pesar del carácter incipiente de las nuevas tecnologías, lo cierto es que han sido suficientes un par de años para que empresas como Google, Apple o Facebook se instauren y se afiancen en el mercado internacional bajo apelativos tales como «gigantes tecnológicos» (*Big Tech*), o más comúnmente conocidas por las siglas GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft). Son apelativos que traen consigo consecuencias normativas más que evidentes y complejas, como buena muestra de ello son las ya aludidas DSA y DMA, que reconocen un importante listado de prohibiciones y obligaciones (Troncoso Ferrer, 2020) a

los *gatekeepers* con el fin de evitar que estas incurran en prácticas abusivas consecuencia del poder de mercado que ostentan.

En este sentido, se dice que «el poder de las *Big Tech* es tan grande que incluso los nombres de las aplicaciones de internet se han vuelto parte del vocabulario común de las personas»⁴⁷. Prueba de ello es que, hoy en día, el buscador de Google se emplea como la forma ordinaria para designar una búsqueda en internet (en todo internet), dejando de lado otros tantos como Bing o DuckDuckGo.

Según apunta *The Economist*, «este poder representa un dominio (que probablemente se alcanzó con prácticas anticompetitivas) que cada empresa ejercer sobre la parte del negocio de las tecnologías que controlan»⁴⁸, esto es, Google sobre los buscadores, Amazon y el comercio online, Apple sobre la telefonía, Netflix con contenido audiovisual, etc.

Consecuencia de ello, tal y como se puso de manifiesto en el punto previo, ha sido la creciente preocupación de los legisladores (los nacionales y el comunitario, respectivamente) por emprender reformas a contrarreloj para regular todos estos cambios. Pero, junto a tales reformas, destacan igualmente las múltiples acciones legales emprendidas por diversos Estados contra el dominio de las *Big Tech*⁴⁹. Se trata de un dominio que muestra no solo el poder y la cuota de mercado que ostentan cada uno de citados operadores *per se*, sino también los vínculos colaborativos entablados entre sí.

Teniendo en cuenta lo señalado, a continuación y de manera sucinta se analizará un listado de ejemplificativo de las relaciones colaborativas que se han entablado entre los siguientes perfiles de empresas.

Plataformas audiovisuales entre sí

Una de las relaciones colaborativas más elementales es la entablada entre las propias plataformas audiovisuales⁵⁰, tales como Netflix, HBO o Amazon Prime Video y las empresas del grupo *Big Tech*.

⁴⁷ <https://www.economist.com/business/2021/02/27/the-new-rules-of-competition-in-the-technology-industry>

⁴⁸ Véase la nota anterior.

⁴⁹ Véase la nota 64.

⁵⁰ Tenga en cuenta el lector que el presente trabajo adopta la óptica del derecho de la competencia, pero no pretende (a través de los vínculos colaborativos empresariales a los que se aludirá) buscar insinuaciones referentes a acuerdos horizontales de empresas o de cartel, sancionados por el artículo 101 del TFUE. Se es consciente de las innumerables implicaciones del tema escogido, si bien no todas ellas serán abordadas, pues se desvinculan del estudio pretendido en estas líneas.

Un ejemplo de ello es la constante campaña publicitaria que realizan unas plataformas audiovisuales a través de otras plataformas digitales, como puede ser YouTube (empresa propiedad de Google Inc. desde 2006). Sabido es que YouTube es una plataforma que ofrece mayoritariamente contenido musical (aunque también videotutoriales o incluso películas), si bien igual de sabido es que en algún momento de la reproducción de un vídeo, la misma se interrumpe para anunciar el estreno de una película o serie producida o, cuando menos, distribuida a través de alguna plataforma digital audiovisual.

Se trata de un modelo colaborativo con implicaciones beneficiosas para ambas partes implicadas, pues para unos el beneficio será monetario y de reconocimiento, por ser el medio para la divulgación (YouTube), mientras que para otros el beneficio no solo es el divulgativo, sino también una forma de incrementar el volumen de usuarios *a posteriori* por medio de nuevas suscripciones y, claro es, la consolidación de los suscriptores ya existentes.

La misma fórmula la encontramos entre las plataformas digitales españolas, como puede ser el grupo de comunicación audiovisual Atresmedia, quien ha suscrito contratos con plataformas internacionales como Netflix⁵¹ o HBO Max⁵² para que las producciones originales de la española Atresmedia se distribuyan a través de dichas plataformas. El mismo modelo ha sido adaptado recientemente por Movistar+.

Plataformas digitales audiovisuales y empresas tradicionales

Las combinaciones a las que se pueda hacer alusión en esta categoría son notablemente amplias, por lo que, a los meros efectos ilustrativos, se hará referencia a algunas. Se trata de vínculos entablados entre las plataformas audiovisuales y otros tantos actores con el fin de atraer al usuario, fidelizarlo y ofrecerles cuantas más facilidades de acceso y permanencia.

Plataformas y creadores de contenido

En la industria audiovisual la clave se encuentra en el contenido ofertado a los suscriptores de la plataforma. Por ello, aunque inicialmente las plataformas audiovisuales habían apostado por comprar su contenido ofertado, actualmente en su mayoría (por lo menos las más renombradas) han optado por un modelo híbrido que combina producciones propias y

⁵¹ Recientemente, Atresmedia se ha iniciado en el mundo de las películas y series de producción propia con series tales como *La casa de papel* (2017) o *Fariña* (2018), y su éxito en España ha llevado a Netflix a entablar lazos contractuales con Atresmedia para poner a disposición de sus usuarios dichas producciones españolas. https://www.elespanol.com/bluper/television/20180716/nuevo-acuerdo-netflix-atresmedia-plataforma-prioridad-compra/322969040_0.html

⁵² El mismo proceder ha sucedido entre Atresmedia y HBO Max sobre producciones españolas como *Veneno* (2020). https://vertele.eldiario.es/noticias/hbo-max-atresmedia-acuerdo-veneno-estados-unidos-latinoamerica_1_7407578.html

ajenas. La combinación resultante es la que se produce entre las propias plataformas digitales audiovisuales y productoras de gran prestigio y renombre internacional como Warner Bros, Universal Pictures, Columbia Pictures, Walt Disney Pictures, Marvel Studios, Paramount Pictures o 20th Century Fox, entre muchas otras⁵³.

Así, los usuarios que quieran acceder a una u otra película, serie o saga sabrán (por las magnánimas campañas publicitarias y de marketing)⁵⁴ a qué plataforma suscribirse.

Plataformas y entidades financieras⁵⁵

La interdependencia entre estos dos operadores es más que evidente, más aún tras haber hecho alusión con anterioridad en la tabla comparativa al importante factor que constituye el medio de pago, pues cuanta mayor diversidad de formas de pago admita la plataforma, mayor volumen de usuarios podrá llegar a tener.

Plataformas y otros perfiles de empresas

Junto a los operadores señalados, lo cierto es que los vínculos entre las plataformas y otros agentes, entidades y operadores puede ser muy variado. Un ejemplo de ello son los propios gobiernos, que alquilan espacios públicos a efectos publicitarios o para el fomento de la cultura, al igual que destacan empresas renombradas⁵⁶ cuyos artículos aparecen en las grabaciones originales de las plataformas audiovisuales, o en el contenido que ofertan esas plataformas, en el *merchandising*, etc.

Vistas estas relaciones y desde una perspectiva externa «parece que dentro de la industria, los miembros más poderosos no compiten entre sí, sino que tratan de ayudarse

⁵³ Ejemplo reciente de ello lo constituye Amazon Prime y su acuerdo –en mayo de 2021– de compra del estudio de cine Metro Goldwyn Studios Inc. Se trata de una adquisición que acentúa la competitividad internacional entre las plataformas digitales audiovisuales (como plataformas productoras cinematográficas) y aquellas plataformas que combinan producciones originales y adquiridas, o solo adquiridas. En cualquier caso, veremos qué impacto tendrá en el sector cuando finalice la compra y despliegue sus efectos. Artículo disponible en: <https://www.expansion.com/empresas/tecnologia/2021/05/24/60ac04ca468aeb0a408b456d.html>

⁵⁴ Repare el lector en la importancia que tiene el sector publicitario en este campo. Tal es así que incluso podríamos aludir a la publicidad como factor competitivo, pues a mayor gasto en marketing y publicidad, mayores suscripciones, visualizaciones y, por ende, cuota de mercado.

⁵⁵ Sobre las relaciones entre las plataformas digitales y las entidades financieras destaca el artículo publicado por Luz Fernández Espinosa (responsable de la comunicación corporativa del BBVA desde 2013), denominado «Big Tech Banking: en busca de alianzas entre bancos y compañías digitales» en el que pone de manifiesto la incesante búsqueda de relaciones entre bancos y empresas digitales. Texto disponible en: <https://www.bbva.com/es/big-tech-banking-en-busca-de-alianzas-entre-bancos-y-companias-digitales/>

⁵⁶ Véase bebidas refrescantes (Coca-Cola, Pepsi...), marcas de ropa (Nike, Adidas...), etc.

para mantener sus monopolios, haciéndose más poderosos». En este sentido, y a modo de ejemplo, «Google paga a Apple cada año entre 8 y 12 mil millones de dólares para que su buscador sea el predeterminado en los teléfonos de Apple»⁵⁷. Por su parte, los directivos de estas grandes tecnológicas señalan que este tipo de acuerdos colaborativos son necesarios, no para mantener sus respectivas posiciones en el mercado, sino para garantizar la interoperabilidad entre sus productos.

Sin embargo, lo cierto es que no todos ellos comparten la misma opinión. Veamos, a continuación, la opinión discordante de aquellos que estiman que la mejor táctica de mercado no es la cooperativa, sino la competitiva.

4.1.2.2. Competir

Si bien hay una serie de plataformas audiovisuales que tienden lazos colaborativos para afianzar su poder y ganar cuanto más cuota de mercado⁵⁸, no todas ellas comparten la misma estrategia. Algunos directivos de las *Big Tech* sostienen que, a pesar de que los acuerdos señalados anteriormente son legítimos, «sus relaciones son más combativas que amistosas»⁵⁹. Ejemplo de ello es la opinión del presidente de Microsoft, quien sitúa el equilibrio entre la competencia y cooperación en un 80/20, apostando manifiestamente por la rivalidad.

De este modo, la lucha entre las grandes tecnológicas se acentúa en cada sector, sea en el de los buscadores (Google y Microsoft), el de la telefonía (Android y Apple) o el del *streaming* (Netflix, HBO, Amazon Prime y Disney Plus).

Estando así las cosas, *The Economist* señala que «la era del acaparamiento de tierras en el que el ganador se lleva todo se está desvaneciendo a medida que la tecnología entra en una nueva fase más competitiva»⁶⁰. Pero ¿contra quién se compete? Veamos algunos escenarios a efectos ilustrativos.

Plataformas audiovisuales (norteamericanas) entre sí

De acuerdo con el informe publicado en febrero de 2021 en la OBS Business School, el mercado de las plataformas digitales audiovisuales está siendo dominado por unas pocas

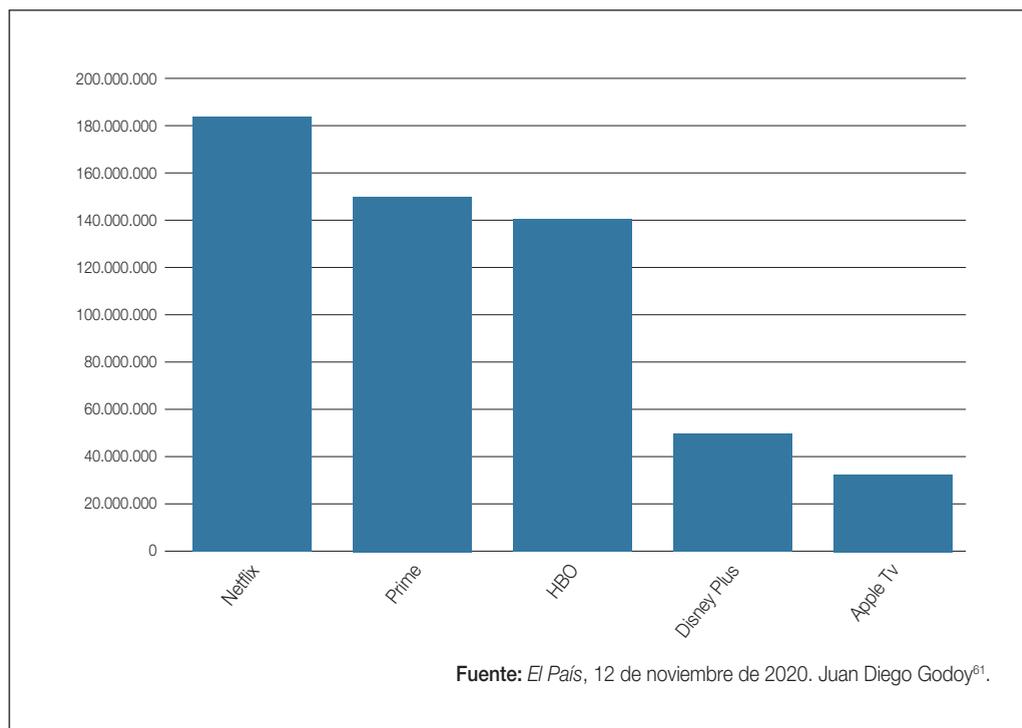
⁵⁷ <https://www.economist.com/business/2021/02/27/the-new-rules-of-competition-in-the-technology-industry>

⁵⁸ Por ejemplo, Netflix aumentó su cuota de mercado en España gracias a las promociones ofertadas de manera conjunta con Movistar+.

⁵⁹ <https://www.economist.com/business/2021/02/27/the-new-rules-of-competition-in-the-technology-industry>

⁶⁰ Véase nota anterior.

empresas «que se reparten el pastel en forma de oligopolio cuasi perfecto» (Tuñón y Gambari, 2021). Entre las integrantes de aquel oligopolio se encuentran las empresas nombradas de manera casi constante en el presente escrito, como es el caso de Netflix, Amazon Prime, HBO, Disney Plus y Apple TV, quienes, a finales de 2020, ostentaban la siguiente cuota de mercado:



Tal y como se aprecia en el gráfico, a pesar de que Netflix ostente un notable predominio sobre las demás por ser la «pionera» en el mundo del *streaming*, es patente la feroz competencia que hay entre esta y las demás plataformas, sobre todo Amazon Primer y HBO y, desde hace más bien poco, la neófito Disney Plus.

Tal y como se señaló en la tabla comparativa, los factores que marcan la diferencia entre las grandes plataformas y las pequeñas, pero también entre las grandes mismas son, entre otros: el contenido, la oferta de suscripción, la experiencia visual del usuario y, todo ello, las grandes campañas de marketing y publicidad.

⁶¹ https://elpais.com/retina/2020/11/11/innovacion/1605118952_313914.html

Sea como fuere, de acuerdo con Elena Neira, investigadora especializada en nuevos modelos de distribución audiovisual, «la ventaja competitiva de la que gozan algunas de estas plataformas es más que prescindible porque ahora hay mucha competencia»⁶².

Plataformas audiovisuales norteamericanas vs. europeas vs. chinas

Si bien las plataformas audiovisuales escogidas a modo de ejemplo en el presente trabajo provienen de Estados Unidos, no hay que descuidar la existencia y expansión de las plataformas audiovisuales procedentes de otros continentes.

Claro es que en el continente europeo existen numerosas, si bien su cuota de mercado no es tan reseñable como lo es la de las norteamericanas. No obstante, más reseñables son las propias del continente asiático, más concretamente las tecnológicas chinas, pues de China provienen los mayores competidores de Amazon, Google o Microsoft. Cada una tiene su correspondiente homólogo chino: el Grupo Alibaba (dedicado al comercio electrónico), Baidu (como buscador), Tencent Inc. (proveedor de servicios en internet) o IQiyi⁶³ como clara competidora de Netflix, con más de 500 millones de usuarios activos. Junto a las chinas, destaca Iflix⁶⁴ (2014), como plataforma audiovisual creada inicialmente en Malasia, aunque en 2020 fue adquirida por la empresa china Tencent con el fin de ampliar su presencia en el mercado asiático.

Todas estas plataformas atraviesan –en algún momento– un punto de inflexión por el que se apuesta por la expansión internacional, lo cual se traduce en un brutal choque competitivo que dificulta sobremanera la labor del legislador (comunitario y nacionales), aunque mejora las condiciones económicas de los usuarios.

Plataformas audiovisuales vs. industria cinematográfica y teatral

No procede concluir este apartado sin hacer una breve alusión al notable y evidente efecto que ha tenido el auge de las plataformas audiovisuales en la industria del cine y de las artes escénicas. Contra todo pronóstico, no han sido las productoras cinematográficas las discordantes (pues las de mayor renombre como Warner Bros., Universal Pictures, etc. no han tenido ningún reparo en adherirse y amoldarse a la era tecnológico-digital), cuanto sí han sido los propios productores de cine, entre los que destaca el español Pedro Almodóvar⁶⁵ o el estadounidense Steven Spielberg, quienes mostraron su inicial desaprobación

⁶² Véase nota anterior.

⁶³ https://www.iq.com/?lang=es_mx

⁶⁴ <https://www.iflix.com/>

⁶⁵ <https://contrapunto.com/cultura/cine/netflix-se-impone-en-el-mundo-de-la-industria-cinematografica/>

para con la emisión del cine a través de plataformas digitales. Sin embargo, tanto productores como directores han acabado formando parte de ellas.

Llegados a este punto, y en relación con la pregunta planteada inicialmente sobre el afán cooperativo o competitivo de las plataformas digitales, lo cierto es que su respuesta se hace depender de las características concurrentes en cada caso y en cada plataforma. Pero, sean cuales fueren aquellas, lo cierto es que la eterna búsqueda del ánimo de lucro de una empresa (tradicional o digitalizada) siempre tenderá a ampliar sus engranajes colaborativos para aumentar su poder competitivo. Piense el lector en la idea inicial de Amazon, en cuyos orígenes (allá por 1994 en el estado de Washington) se dedicaba a la venta de libros, mientras que actualmente no solo es un gran bazar digital de dimensiones internacionales, sino que también cotiza en Bolsa e incluso ha extendido su negocio de comercio electrónico al sector audiovisual.

Por ello, todas las empresas, tradicionales o digitales, buscan entablar lazos colaborativos para ganar una mayor competitividad de mercado, del mismo modo que lo hacían los mercados medievales. La única diferencia que radica entre ambos se halla precisamente en el cambio de dimensión, pues la actual es la era digital.

4.1.3. Efectos de red, ¿*The winner takes it all?*

Para concluir este punto dedicado al impacto que generan las plataformas digitales, especialmente las audiovisuales, se hace necesario hacer una breve alusión a los efectos en red que traen consigo.

Por lo general, el consumo de un bien o un servicio reporta un valor disociado en dos vertientes, pues, por un lado, nos encontramos con el valor intrínseco que aporta el bien o servicio al consumidor o usuario y, por otro lado, nos encontramos con el grado de sincronización de aquel bien o servicio que se hace depender del volumen de usuarios que consume el tal bien o servicio.

Un ejemplo de ello lo constituye la telefonía móvil, cuyo uso reporta un amplio elenco de facilidades al comprador, pero también se hace más útil cuantos más usuarios se conectan a la red de telefonía (Arroyo Barrigüete *et al.* 2005). Lo mismo sucede en el caso de las plataformas digitales audiovisuales, pues su valor intrínseco es el disfrute y entretenimiento que aporta al suscriptor, mientras que su valor extrínseco se refiere a su nivel de sincronización externa (esto es, el volumen de usuarios que suscriben aquel servicio).

En este sentido, podemos distinguir entre los efectos de red directos, que se experimenta cuando el valor del servicio aumenta conforme aumentan los nodos de conexión con la

plataforma; y los efectos indirectos, en cuya virtud, el valor de la plataforma aumentará de manera proporcional al aumento del número de productores de otros grupos. Por ejemplo, el catálogo de contenidos de HBO aumentará conforme aumente el número de productoras y producciones vendidas a esta plataforma.

Los beneficios que reportan los efectos de red (Robles Martín-Laborda, 2017) explicaran por qué en los últimos años muchas empresas han buscado de manera incesante y estratégica la realización de operaciones de concentración⁶⁶ entre plataformas digitales y diversos perfiles de empresas digitales y tradicionales⁶⁷. Se trata de una búsqueda que se intensifica sobremanera en el actual escenario, puesto que el fenómeno de la digitalización ha permitido «reducir exponencialmente los costes de transacción y multiplicar el número de usuarios [...], recoger, almacenar y analizar una inmensa cantidad de datos» (Robles Martín-Laborda, 2017), y todo ello bajo la persecución de fines divulgativos y lucrativos a través de la cuota de suscripción mensual o anual, así como la disposición de cierto espacio de la plataforma para emitir publicidad (publicidad para la cual, claro es, las empresas anunciantes pagan a las plataformas).

Los numerosos beneficios (económicos, de reconocimiento y renombre, así como la expansión nacional e internacional, entre otros factores) que experimentan las plataformas mismas, pero también las empresas colaboradoras con estas, extienden sobremanera su dominio sobre el mercado en que se hallan e incluso llegan a instaurar cuasi barreras de entrada para otros actores. Consecuencia de ello es que, en muchas ocasiones, algunas plataformas se han convertido en el centro de atención de las autoridades de competencia, como buena muestra de ello ha sido Google (Díez Estella, 2019), quien, en los últimos años, ha sido objeto de imputación de multas exorbitantes.

Sin embargo, lo cierto es que los efectos de red y las eventuales concentraciones se convierten necesariamente en casuística pura, en la medida en que las autoridades deben analizar caso por caso las características concurrentes en cada una de las empresas implicadas. Más compleja se vuelve la cuestión en el caso de empresas tecnológicas, cuyas concentraciones inicialmente no incurrieran en vulneraciones normativas pero que, impulsadas por tendencias sociales y cuestiones económicas, llegan a experimentar un desarrollo exponencial que da lugar a concentraciones cuestionables desde el punto de vista legal.

⁶⁶ A colación de las concentraciones entre plataformas, destaca el Reglamento (CE) n.º 139/1004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

⁶⁷ Tal y como pone de manifiesto Antonio Robles Martín-Laborda en el citado escrito, a nivel comunitario destacan concentraciones tan alarmantes como la propia entre Facebook y WhatsApp, o Microsoft y LinkedIn (esta última adquirida por el exorbitante precio de 26 mil millones de dólares, a pesar de que la cifra de negocios alcanzada por esta era de 3 mil millones de dólares, y cuyas pérdidas oscilaba los 166 millones).

Para ello, el control de una eventual concentración⁶⁸ pasa por el análisis y seguimiento de aspectos tales como: la definición del mercado de los servicios prestados, las cuotas de mercado, el grado de concentración del mercado relevante o la probabilidad de que una operación incurra o cause efectos anticompetitivos. Todo ello bajo la consideración de las probabilidades que hay de entrada de nuevos competidores en aquel mercado con el fin de equilibrar la cuota.

Así pues, la pregunta es: ¿el ganador se lo lleva todo?

4.2. *Data protection / Big data*: la última frontera

El auge experimentado por las plataformas digitales (audiovisuales) en los últimos años trae consigo innumerables consecuencias directas e indirectas, positivas y negativas, no solo para las personas y agentes (operadores en sentido amplio), sino también para diversos sectores e industrias. Tales consecuencias vuelan a un ritmo sin precedentes por todas las capas de la realidad física y virtual, y hacen que, en muchas ocasiones, muy pocos sujetos sean conscientes de sus implicaciones reales o las concesiones que hacen de manera (in) directa con un simple clic.

En muy pocos años, el fenómeno de la digitalización se ha adentrado profundamente en la sociedad (facilitando las comunicaciones y la convivencia), en el derecho (obligando al legislador a regular, no solo la dimensión física/material de las cosas, sino también el ecosistema digital), en la economía (mostrando nuevas fórmulas para hacer negocios) y, claro es, en la ciencia (superando sobremanera los límites del conocimiento).

Así, sin perjuicio del amplio elenco de efectos que traen consigo las plataformas digitales, uno de los más importantes, tanto para el usuario como para el empresario, se refiere a la cuestión de los datos. En este sentido, la pregunta idónea sería: ¿hasta qué punto la acumulación de datos falsea la competencia?

⁶⁸ Entienda el lector la «concentración» en sentido amplio, esto es: el poder ostentado por la plataforma audiovisual *per se*, el propio de las empresas que entablan lazos colaborativos con la audiovisual, y la conjugación de ambas. Tomemos como ejemplo a Facebook. En su momento era la plataforma de redes sociales por excelencia, que ostentaba una considerable cuota en ese mercado. Pensemos igualmente en WhatsApp, que, antes de ser adquirida por Facebook, era la plataforma de comunicación instantánea por excelencia. Pensemos, finalmente, en la cuota que ostentan de manera conjunta tras la adquisición de la primera a la segunda. En este sentido, la labor de las autoridades de competencia es sumamente compleja, en la medida en que deben estudiar los efectos de estas operaciones en los mercados de una y otra empresa, pero también sus efectos a nivel nacional e internacional y, todo ello, sin vulnerar la libertad decisoria de estas empresas, y la no obstaculización a la entrada de nuevos agentes. Más aún. Pensemos en este mismo escenario, pero no entre dos empresas, sino entre más de dos a la vez, o incluso en la adquisición de un conglomerado de empresas.

4.2.1. El uso abusivo de los datos personales: ¿un problema *antitrust* o de privacidad?

Desde la perspectiva comunitaria, la Comisión Europea, a través de la Estrategia Europea de Datos⁶⁹, pone en evidencia que son los datos los que actúan como motor de la transformación digital que ha experimentado la sociedad y la economía comunitaria. Son datos que, recabados de forma responsable por agentes igual de responsables podrían reportar más beneficios que perjuicios.

La idea de una recopilación y almacenamiento de datos en términos de transparencia y seguridad anima a la Unión Europea a convertirse en el modelo de referencia «de una sociedad empoderada por los datos para tomar mejores decisiones, tanto en el ámbito empresarial como en el sector público». Para ello, la Unión pretende crear un marco jurídico y un mercado interno tan sólido (en términos de respecto de los derechos fundamentales, ciberseguridad y protección de datos) que sus empresas (con independencia del tamaño y sector) sean altamente competitivas, tan competitivas que lideren la economía de los datos.

Sin embargo, más allá de los meros propósitos –aún– perseguidos por los diversos órganos e instituciones comunitarias, lo cierto es que la propia Unión alerta (a través de la citada comunicación) de que actualmente «hay un pequeño número de grandes empresas tecnológicas que poseen gran parte de los datos del mundo», como clara alusión a las grandes tecnológicas norteamericanas (véase las ya citadas GAFAM), aunque sin olvidar la importancia del gigante asiático, que apuesta por un control híbrido, dejando el control de los datos bajo supervisión gubernamental y empresarial.

Así, desde la perspectiva norteamericana, han sido sus propios juzgados y tribunales «los que se han pronunciado sobre el impacto competitivo del *big data* [...], pues fue allí donde nació el Derecho *antitrust* mediante la *Sherman Act* aprobada en 1890». Conscientes de su grado de peligrosidad y lo delicado de la materia, en los últimos años «se han incoado sendos expedientes contra Google y Facebook por incurrir en prácticas de abuso de posición dominante (si utilizamos sus términos, *monopolization*, sancionada por la Sección 2.^a de la *Sherman Act*) (Díez Estella y Ribera Martínez, 2022). Pero, no solo en espacio norteamericano, sino también en el continente europeo se han incoado importantes expedientes sancionadores, como es el iniciado por las autoridades alemanas de competencia Bundeskartellamt o Federal Cartel Office (FCO)⁷⁰. A pesar de que actualmente su resolución

⁶⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM/2020/66 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0066>

⁷⁰ El caso Bundeskartellamt c. Facebook queda explicado de manera detallada en el artículo elaborado por el experto en derecho de la competencia Fernando Díez Estella y por Alba Ribera Martínez (2022).

queda condicionada a la resolución de la cuestión prejudicial planteada por el Düsseldorf Higher Regional Court, la citada autoridad ha acusado a la red social de incumplir el RGPD e incurrir en una práctica abusiva, en términos del derecho de la competencia.

Se trata de una práctica contraria a la legalidad vigente realizada a través de la imposición de cláusulas contractuales abusivas camufladas entre los términos y condiciones (TyC). Así, los usuarios que quisieran acceder a la redes sociales debían aceptarlos de manera inexorable, de lo contrario, tendrían el acceso denegado. Las consecuencias de ello son igual de reseñables para el usuario que para el mercado de la competencia, pues el usuario deja de ser el titular/propietario de sus datos personales (sean de la importancia que fueren) sin siquiera ser consciente de ello, mientras que el mercado se encuentra con un fuerte actor, Facebook, que abusa de su creciente posición dominante e incluso fortalece las barreras de entrada en el sector de las redes sociales.

En este sentido, es cierto que la Unión ha dado importantes pasos en proteger los datos de las personas (físicas y jurídicas) a través de instrumentos tan reseñables como el Reglamento general de protección de datos (RGPD)⁷¹, el Reglamento relativo a la circulación de datos no personales⁷², el Reglamento sobre la ciberseguridad⁷³ o la Directiva sobre datos abiertos⁷⁴, aunque no menos cierta es la complejidad con la que se encuentran los legisladores (nacionales y comunitario), pero también los juzgados y tribunales (nacionales y comunitarios) a la hora de aplicar, interpretar, juzgar y sancionar a las grandes tecnológicas.

Es en este escenario donde entra en juego el *big data*, «compuesto por flujos de información procedentes de una gran cantidad de fuentes, que van desde los datos personales producidos directa o indirectamente por usuarios en línea, hasta aquellos que conciernen los aspectos del mundo real como, por ejemplo, la geolocalización del usuario en el mundo físico» (Díez Estella y Ribera Martínez, 2022).

4.2.2. Las plataformas audiovisuales y la protección de los datos personales

En relación con la protección de datos y el tema abordado en el presente trabajo, llama la atención la Directiva de servicios de comunicación audiovisual⁷⁵, en cuya reforma del año

⁷¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>

⁷² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1807&from=ES>

⁷³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32019R0881>

⁷⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:32019L1024>

⁷⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32018L1808>

2018 trata de adaptarse a los nuevos retos digitales «[...] habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado», tal y como señala el propio título de la norma.

El dato más llamativo es que dedica tan solo un artículo, el artículo 6 bis, para aludir de manera expresa a la protección de los datos recabados por las plataformas digitales audiovisuales. Se trata, por si fuera poco, de un precepto que se refiere, no al usuario en general, sino particularmente a los menores de edad. Señala, en este sentido, que «los datos personales de menores recogidos o generados de otro modo por prestadores de servicios de comunicación conforme con el apartado 1 no podrán ser tratados con fines comerciales, como la mercadotecnia directa, elaboración de perfiles o la publicidad personalizada basada en el comportamiento»⁷⁶.

Ello es así a pesar de que las plataformas digitales audiovisuales –aun habiéndose resistido a ser catalogadas como «prestadoras de servicio audiovisual»–, sí encajan en la definición contenida en el nuevo artículo 1 a), al señalar que son destinatarias de esta normativa las empresas de *servicio de intercambio de vídeos a través de plataformas o plataformas de intercambio de vídeos* las que prestan «un servicio tal y como lo definen los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuya finalidad principal propia o de una de sus partes dissociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas»⁷⁷.

Así, pese a la importancia que tiene la especial protección que se otorga a los datos de menores (tal y como lo han puesto de manifiesto diversos expertos en materia) (Corredoira, 6 de diciembre de 2018), la publicidad personalizada basada en el comportamiento y el *profiling* a partir de los datos personales que los usuarios ofrecen a la plataforma a la que están suscritos es una problemática que no solo afecta a los menores, sino más bien a todos los usuarios/suscriptores de las innumerables plataformas digitales en general y las audiovisuales en particular. Son datos recabados de manera directa (a través de la suscripción de sus TyC, breves encuestas, etc.) o de manera indirecta (esto es, por las tendencias y contenidos visualizados).

Por tanto, el escenario actual nos ofrece una legislación muy tímida, casi nula, en relación con los procesos por los que se recaban datos de los suscriptores, pero también con los procesos de almacenamiento y trato de los mismos. Esa falta de control se traduce en la obligación del usuario de aceptar inexcusablemente los términos y condiciones impuestos unilateralmente por las plataformas para acceder a su contenido.

⁷⁶ Véase nota anterior.

⁷⁷ Véase nota 92.

5. Conclusiones

El incesante desarrollo tecnológico y digital en que está sumido el mundo desde hace un par de décadas marca un importante punto de inflexión. Su proliferación viene acompañada, no solo del uso exponencial de internet y de las TIC, sino también de nuevas tecnologías disruptivas que, combinadas entre sí, plantean grandes e interesantes retos normativos.

La amplitud del sector tecnológico-digital, la variedad de plataformas digitales (audiovisuales) y, sobre todo, el ingobernable ecosistema digital, dificulta sobremedida la labor legislativa consistente en controlar la legalidad vigente en cada momento y lugar.

Se trata de un control multifacético en el que se debe velar por proteger a los consumidores y usuarios, por el cumplimiento de las normas imperativas procedentes de la Unión Europea y de los eventuales acuerdos y tratados multilaterales o bilaterales con según qué Estado y, sobre todo, se debe velar por el cumplimiento de las normas dimanantes del derecho de la competencia.

En este sentido, la labor de las autoridades de competencia se vuelve extremadamente compleja en aquellos casos en que el ámbito de actuación (véase, distribución y prestación de servicios audiovisuales) sobrepasa las fronteras nacionales, alcanza esferas comunitarias e incluso se adentra en las internacionales. No solo eso, sino que más compleja es esa labor cuando no hablamos de exportar la expansión de las tecnológicas nacionales, sino de importar la difusión de tecnológicas internacionales en territorio comunitario y nacional, pues el choque normativo entre unas y otras puede acarrear importantes consecuencias. Pensemos en las discrepancias que surgen frecuentemente (tal y como se ha visto) en lo concerniente al derecho *antitrust* y el choque normativo que hay entre la regulación norteamericana y la comunitaria, o en los litigios dimanantes de los TyC de unas y otras plataformas, y la regulación de la Unión Europea en materia de protección de datos.

Estos y otros asuntos son objeto frecuente de disputas judiciales y, en ocasiones, incluso de malestar político, que implica la predisposición de tiempo, dinero y concesiones donde el perjudicado, en última instancia, será frecuentemente el consumidor y usuario.

Sin embargo, claro es que la armonía en la prestación de servicios digitales no es imposible, pero sí compleja. Compleja, por ejemplo, en la medida en que deben controlarse minuciosamente las cuotas de mercado de unos y otros para evitar posiciones y conductas abusivas y eventuales barreras de entrada. No obstante, tal y como ponen de manifiesto algunos directivos de las *Big Tech*, la armonía materializada a través de acuerdos de colaboración se torna en algo necesario para conseguir la interoperabilidad de los productos y satisfacer en mayor grado al consumidor.

En consecuencia, hoy por hoy se puede decir con rotundidad que, en el ámbito de las plataformas audiovisuales (digitales) el ganador no se lo lleva todo (*the winner doesn't take all*), pues la interoperabilidad entre los productos y servicios tecnológicos los obliga a colaborar con unos para competir con otros bajo los minuciosos focos del legislador.

Referencias bibliográficas

- Antonelli, C. y Patrucco, P. P. (2016). Innovaciones organizativas, TIC y gobernanza del conocimiento: el caso de las plataformas digitales. En *Manual sobre la economía de Internet* (cap. XV, pp. 323-343).
- Arroyo Barrigüete, J. L., López Sánchez, J. I. y Sánchez-Seco Fernández, C. (2005). Efectos de red, economía y biología matemática. *Fuam*, 7(21).
- Bianco, M. F. (2017). Los derechos de explotación del contenido audiovisual y la entrada de las plataformas Over The Top (OTT): estudio caso Netflix. *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 100.
- Canals, A. y Hülskamp, I. (2020). Plataformas digitales: fundamentos y una propuesta de clasificación. *Oikonomics*, 14(4). https://comein.uoc.edu/divulgacio/oikonomics/es/numero14/dossier/acanals_ihulskamp.html
- Corredoira, L. (6 de diciembre de 2018). Afectará a YouTube, a Netflix y a las TV por igual, aunque tardará en llegar. *El Confidencial*. https://blogs.elconfidencial.com/tecnologia/tribuna/2018-12-06/nueva-directiva-audiovisual-televisiones-mercado-digital-unico_1688682/
- Díez Estella, F. (2019). La aplicación del Derecho de la Competencia en la era digital: casos Google, Facebook, Apple/Shazaam y el Informe de la Comisión Europea de abril de 2019. En *Anuario de la Competencia 2019* (pp. 145-183). Civitas Thomson Reuters.
- Díez Estella, F. (2020). La regulación de los mercados en la era digital: ¿Quo vadis, Europa? *Revista CEFLegal*, 229.
- Díez Estella, F. y Ribera Martínez, A. (2022). Derecho de la Competencia vs. Privacidad: ¿El gran dilema en los nuevos mercados digitales? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(1), 169-195.
- García Leiva, M.^a T. (2019). Plataformas en línea y diversidad audiovisual: desafíos para el mercado español. *CIC. Cuadernos de Información y Comunicación*. Ediciones Complutense.
- Hein, A. (2019). *Digital platform ecosystems*. Springer.
- Pina Sánchez, C. y Mesa Sánchez, C. (2020). Digital Services Act: La Comisión Europea propone un nuevo marco normativo para Internet. *Mediatech Plataformas*. Garrigues Digital. https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/digital-services-act-comision-europea-propone-nuevo-marco-normativo-internet
- Robles Martín-Laborda, A. (2017). Plataformas digitales y control de concentraciones: la



relevancia de los efectos de red. *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/plataformas-digitales-control-concentraciones-la-relevancia-los-efectos-red>

Rochet, J. C. y Tirole, J. (2003). Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*, 1(4), 990-1.029.

Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2003). E-marketplaces: competencia entre mercados. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 228, 53-64.

Troncoso Ferrer, M. (2020). La Comisión presenta sus normas sobre mercados digitales (Digital Markets Act). *GA-P*. <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-comision-presenta-sus-normas-sobre-mercados-digitales-digital-markets-act/>

Tuñón, J. y Gambari, A. (2021). Plataformas audiovisuales digitales: las grandes vencedoras de la pandemia. [https://marketing.onlinebschool.es/Prensa/Informes/Informe%20Plataformas%20Digitales%20\(Tu%c3%b1%c3%b3n-Gambari\)%20final%20maquetaci%c3%b3n%203.pdf](https://marketing.onlinebschool.es/Prensa/Informes/Informe%20Plataformas%20Digitales%20(Tu%c3%b1%c3%b3n-Gambari)%20final%20maquetaci%c3%b3n%203.pdf)

Modificación del capital social mínimo de las sociedades limitadas

Esther Muñoz Amador

Abogada especializada en derecho mercantil

zentroproyectolegal@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-8153-532X>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos Lema Devesa, don José Luis Blanco Pérez, don Pablo Hernández Lahoz, doña Esther Muñoz Espada, don Javier Serra Callejo y don Francisco Javier Silván Rodríguez.

Extracto

La situación económica actual ha empujado al Ejecutivo a buscar soluciones que incentiven la inversión económica en España. A través del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el Gobierno busca establecer un marco jurídico adecuado que impulse la creación y el crecimiento de las empresas y elimine los obstáculos económicos a los que se puedan enfrentar las sociedades, reforzando así el tejido empresarial español.

Una de las novedades legislativas más recientes es la Ley de creación y crecimiento de empresas, la cual ha venido a modificar, entre otras normas, al texto refundido de la Ley de sociedades de capital. Una de las modificaciones más significativas que incorpora esta ley es la reducción a la cantidad simbólica de un euro del capital social mínimo para la constitución de una sociedad limitada y la supresión de la figura de las sociedades en régimen de formación sucesiva. Con esta reforma se persigue incentivar y apoyar la creación de nuevas empresas que refuercen el tejido empresarial español, sobre todo tratando de dar impulso a las pequeñas y medianas empresas y buscando facilitar e impulsar la constitución de sociedades de responsabilidad limitada de forma rápida, ágil y telemática, destacando la figura del Centro de Información y Red de Creación de Empresas.

Debemos recordar que en España el tejido empresarial, en su práctica totalidad, está compuesto por pymes, por lo que es coherente que se haga un esfuerzo por fortalecer este tipo de empresas, garantizando no solo su creación, sino también su continuidad en el tiempo. La crisis económica derivada de la covid-19 ha venido a dejar al descubierto determinadas necesidades



Cómo citar: Muñoz Amador, E. (2022). Modificación del capital social mínimo de las sociedades limitadas. *Revista CEFLegal*, 264, 39-66.



en materia económica y societaria por lo que, sumado a las corrientes que ya predominaban en Europa, el legislador ha tratado de apoyar a este tipo de sociedades, a la vez que incentivar la inversión económica, tanto nacional como extranjera, en territorio español, equiparando la legislación societaria española a la de la mayoría de países europeos de nuestro entorno.

A lo largo de este artículo veremos las ventajas e inconvenientes de esta modificación, si realmente es necesaria y si, en definitiva, puede cumplir con el cometido original, que es el de impulsar la creación de nuevas sociedades que fortalezcan el tejido empresarial español.

Palabras clave: sociedad limitada; sociedades de capital; creación; infracapitalización; capital.

Fecha de entrada: 04-05-2022 / Fecha de aceptación: 08-09-2022

Modification of the minimum capital stock of limited liability companies

Esther Muñoz Amador

Abstract

The current economic situation has prompted the government to seek solutions to encourage economic investment in Spain. Through the Recovery, Transformation and Resilience Plan, the Government seeks to establish a suitable legal framework to promote the creation and growth of companies and to eliminate the economic obstacles that companies may face, thus strengthening the Spanish economy.

One of the most recent legislative innovations is the Law for the creation and growth of companies, which has come to modify, among other regulations, the consolidated text of the Law on capital companies. One of the most significant modifications included in this law is the reduction of the minimum share capital for the incorporation of a limited liability company to the symbolic amount of one euro and the suppression of the figure of successive formation companies. With this reform, the aim is to encourage and support the creation of new companies that reinforce the Spanish economy, above all, trying to give a boost to small and medium-sized companies and seeking to facilitate and promote the incorporation of limited liability companies in a fast, agile and telematic way, highlighting the figure of the Information Center and Network for the Creation of Companies.

We must remember that in Spain economy, in its practical totality, is made up of SMEs, so it is coherent that an effort is made to strengthen this type of companies, guaranteeing not only their creation, but also their continuity over time. The economic crisis derived from the covid-19 has revealed certain needs in economic and corporate matters, so that, in addition to the trends that already prevailed in Europe, the legislator has tried to support this type of company, while encouraging economic investment, both national and foreign, in Spanish territory, bringing Spanish corporate legislation into line with that of most European countries around us.

Throughout this article we will see the advantages and disadvantages of this modification, if it is really necessary and if, in short, it can fulfill its original purpose, which is to promote the creation of new companies that strengthen the Spanish economy.

Keywords: limited company; capital companies; creation; undercapitalization; capital.

Citation: Muñoz Amador, E. (2022). Modificación del capital social mínimo de las sociedades limitadas. *Revista CEFLegal*, 264, 39-66.



Sumario

1. La exigencia de un capital mínimo en las sociedades de responsabilidad limitada y su progresiva flexibilización
 2. Tendencia a la reducción del capital social mínimo en las sociedades limitadas
 - 2.1. Experiencias europeas en la búsqueda de facilitar el acceso al emprendimiento
 - 2.2. De los excesos de conservacionismo y la posición proteccionista del legislador español a la continuidad del modelo europeo: el fracaso de la sociedad limitada de formación sucesiva
 3. La función de la exigencia de un capital mínimo: el problema de la infracapitalización
 - 3.1. Concepto de infracapitalización y clases
 - 3.2. Consecuencias de la infracapitalización de la sociedad para los acreedores
 - 3.3. Soluciones a la infracapitalización de sociedades
 4. Futuro del capital social en la sociedad limitada: análisis de la reforma que implementa la Ley de creación y crecimiento de las empresas
 - 4.1. Objetivo de la Ley de creación y crecimiento de las empresas
 - 4.2. Modificación de la cifra de capital social en las sociedades de responsabilidad limitada
 - 4.3. Imprecisión del legislador en la Ley en la búsqueda de soluciones a la problemática del tejido empresarial español
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. La exigencia de un capital mínimo en las sociedades de responsabilidad limitada y su progresiva flexibilización

Nuestra legislación societaria y, en concreto, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (en adelante, TRLSC), no recoge una definición del término «capital social», si bien puede deducirse de su regulación sin demasiado esfuerzo. Puede entenderse como capital social la suma del valor nominal de todas y cada una de las participaciones o acciones de una sociedad de capital.

La expresión de la cifra de capital social es una de las menciones esenciales que debe constar en los estatutos de cualquier sociedad de capital en el momento de su formación, como puede desprenderse del artículo 23 d) del TRLSC. En esta misma línea, el artículo 5 del TRLSC establece la expresa prohibición de que los notarios autoricen la constitución de sociedades de capital con un capital social mínimo inferior al legalmente establecido. Tanto es así que la no introducción de esta cifra en los estatutos de la sociedad tiene como consecuencia su nulidad, con base en lo establecido en el artículo 56.1 c) del TRLSC. Por ello, la determinación y el correcto establecimiento en los estatutos de cualquier sociedad de la cifra de capital social y su distribución en acciones o participaciones sociales no es un tema precisamente carente de importancia (Beltrán Sánchez, 1988, pp. 149 y ss.).

Sin embargo, y a efectos de entender el análisis de la situación actual y futura en torno a este tema, no se debe confundir el concepto de capital social con el de patrimonio de la sociedad. El capital social es una cifra que representa el valor de lo aportado o de aquello que se han comprometido a aportar a futuro los socios de la sociedad al constituirla o con posterioridad, pues todo aumento o reducción de capital debe tener su reflejo en los estatutos, mediante su oportuna modificación. Por el contrario, el patrimonio de la sociedad aglutina el valor del conjunto de bienes, tanto materiales como inmateriales, así como los derechos y también las obligaciones de los que es titular la sociedad en un momento temporal determinado.

El TRLSC establece para las sociedades de capital un capital mínimo para su constitución. El artículo 4 del TRLSC, en su punto 1 y 3, venía señalando que, para el caso de las sociedades limitadas, el capital social mínimo debía ser de 3.000 euros y, para el caso de las sociedades anónimas, de 60.000 euros. La imposición de este capital social mínimo, sin tener en cuenta las características particulares de las sociedades destinatarias y, sobre todo, sus necesidades y nivel de riesgo, ha venido suscitado múltiples comentarios y la

doctrina se divide entre los que piensan que el capital social mínimo ampara los derechos y garantías de crédito de los acreedores¹, y aquellos que apoyan la corriente europea que propugna la eliminación o reducción al máximo de una exigencia de capital social mínimo².

De hecho, existía en nuestro país una figura en el TRLSC que permitía la creación de sociedades limitadas con un capital social por debajo de los 3.000 euros: las sociedades limitadas de formación sucesiva. Como se verá a continuación, esta figura que, en un primer momento, podía resultar atractiva, venía regulada en el TRLSC con una serie de requisitos que, en la práctica, resultaron poco beneficiosos para las empresas que iniciaban su actividad empresarial. Tal es así que, en la realidad, el número de empresas que se acogieron a este tipo de forma social fueron escasas. En cifras, este tipo de formas sociales constituían menos del 1 % del total de sociedades constituidas anualmente en España.

Pues bien, parece que el legislador español ha tomado la decisión de aceptar como válido el modelo europeo de reducción del capital social mínimo a una cantidad meramente simbólica con la elaboración de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en adelante, la Ley)³. Esta Ley plantea la modificación del panorama relativo al capital social de las sociedades limitadas, tal y como lo conocíamos hasta este momento, siguiendo la línea marcada por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁴.

El objeto de la Ley, recogido en su artículo 1, viene a demostrar que el espíritu de estas modificaciones no es otro que la búsqueda de un clima óptimo de negocios en España para la inversión, mediante el impulso, la creación y el crecimiento empresarial. Como se recoge en el expositivo de la Ley, se trata de agilizar la creación de empresas, de mejorar su regula-

¹ En este sentido, encontramos fundamentalmente autores alemanes, más proclives al mantenimiento del capital mínimo (Lutter, 2006). En España, se venía señalando una concepción mucho más estática que la del derecho anglosajón de la función del capital social. Su función se asimilaba a una masa de bienes sujeta a la acción ejecutiva de los acreedores sociales (Garrigues, 1976).

Podemos ver también como Paz-Ares Rodríguez (1996, pp. 65-86 y 253-269) señala que «en el contexto de esta exposición bastará con constatar que, en estos casos, en los cuales el mercado, por definición, falla, el Derecho debe intervenir, que debe hacerlo –a nuestro juicio– estableciendo la necesidad de un capital adecuado al nivel del riesgo extracontractual o, en su caso, la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil. Solo así podrá asegurarse que la empresa no se embarca en proyectos empresariales de valor negativo».

² En esta línea se pronuncian en contra del capital social autores de gran renombre (vid. García Villaverde, 1996; Rojo y Beltrán, 2011). Incluso el Banco Mundial en uno de sus informes (*Doing Business in 2004. Understanding Regulation*, World Bank, 2004, pp. 22 y 26) propone la eliminación del capital mínimo, al estimar que supone una barrera a la creación y crecimiento del tejido empresarial.

³ Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, BOE núm. 234, de 29 de septiembre de 2022.

⁴ Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de 27 de abril de 2021, el cual busca paliar las consecuencias de la crisis derivada de la pandemia por la COVID-19 y la distribución por materias de los fondos Europeos NextGenerationEU.

ción y la eliminación de obstáculos al desarrollo de actividades económicas; la reducción de la morosidad comercial; y la mejora del acceso a la financiación. Como se detallará en profundidad más adelante, se señala en el expositivo de la Ley que la reducción del importe mínimo exigible a las sociedades se establece como una forma de disminución del coste de su creación, lo que, en palabras de la Ley, permitirá emplear los recursos liberados en usos alternativos y reducirá los eventuales incentivos para crear empresas en otros países con costes de constitución menores.

No obstante, el intento del legislador de dar mayores oportunidades al acceso a fórmulas societarias para los emprendedores puede colisionar, no solo con la admisión en el mercado de empresas económicamente poco solventes, sino también con los derechos de cobro de los acreedores, incapaces de ejecutar sus créditos frente a una empresa que no dispone de capital suficiente para hacer frente a sus deudas, planteándose supuestos de infracapitalización. Estas situaciones se agudizan en los casos en los que las sociedades presentan estados financieros que no garanticen la cobertura de todas las deudas.

La reducción del capital mínimo de una sociedad limitada tiene sus luces, pero también sus sombras. Puede verse que, siguiendo el modelo europeo, la solución a la creación y fortalecimiento del tejido empresarial podría pasar por la reducción o eliminación de esta cifra de capital social mínimo. Pero, como veremos a continuación, hay más factores que pueden beneficiar al impulso y fortalecimiento del tejido empresarial español.

2. Tendencia a la reducción del capital social mínimo en las sociedades limitadas

2.1. Experiencias europeas en la búsqueda de facilitar el acceso al emprendimiento

Tradicionalmente, en Europa, han sido varios los sistemas que se han implantado para lograr acercar los tipos sociales a la realidad empresarial. No solo se ha experimentado con incrementos o reducciones del capital mínimo de las sociedades, sino también a través de otras técnicas, como puede ser el establecimiento de un número mínimo de socios.

En el año 2001, la Comisión Europea, a través del conocido como Informe Winter, informe elaborado por el Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades de la Comisión en septiembre de 2001, sobre la modernización del derecho societario en Europa, viene a determinar la necesidad de reducir el capital social mínimo con el objetivo de hacer crecer y aumentar, a la vez que se fortalece, el tejido empresarial europeo. El informe parte del reconocimiento de las carencias del derecho societario continental sobre la integridad del capital social para asegurar la debida protección de los acreedores sociales, los accionistas, y, en general, de todo el sistema económico y financiero europeo. Y es que, como

ya venía advirtiendo la doctrina⁵, y como puede verse en la práctica, el establecimiento de una cantidad mínima de capital social no garantiza la capacidad que puede tener una empresa para hacer frente a sus deudas en determinadas situaciones. Es más, el propio informe lo señala como un régimen costoso e inflexible. Tampoco garantiza una protección eficaz frente a la distribución de activos cuando existen pérdidas, entre otros supuestos.

Años después, y vista la poca relevancia que tuvo el anterior informe, en el año 2008, se presenta una Propuesta de Reglamento de Estatuto de la Sociedad Privada Europea ante la Comisión del Consejo Europeo, buscando la transformación del derecho societario y su actualización a la realidad económica de Europa. Ya en esta propuesta se establecía el capital social mínimo en una cantidad meramente simbólica de un euro. Pero dicha propuesta fue retirada en 2014 debido a que, por un lado, el Parlamento manifestó su preocupación sobre la protección de los derechos de participación de los trabajadores en la toma de decisiones y, por otro, se evidenció una falta de compromiso de los Estados miembros.

Tras ello se intentó nuevamente lograr este objetivo con una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitadas (Bruselas, 9.4.2014 COM [2014] 212 final 2014/0120 [COD]). En su artículo 16 se establecía el capital social de una *societas unius personae* (SUP), el cual debía ser, como mínimo, de un euro.

Todos los intentos de unificar el derecho de sociedades europeo en torno a una nueva configuración del capital, como podemos ver, no han tenido un gran recorrido. El debate se centraba, fundamentalmente, en si exigir a este tipo de sociedades con este capital mínimo el establecimiento de forma obligatoria de reservas legales o si, por el contrario, era suficiente, como medida de protección de terceros, la obligación de publicidad del capital suscrito y desembolsado en todas las comunicaciones de la sociedad y una declaración responsable de solvencia de los administradores. Finalmente, se optó por la línea de la constitución de reservas legales.

Para ver cómo han cristalizado estas propuestas, conviene un somero repaso a la legislación societaria de algunos de los países europeos y, en especial, de los que conforman la Unión Europea.

Si comenzamos por el caso de Francia, vemos que el Código de Comercio francés⁶ regula la SARL (la sociedad limitada francesa). En su articulado, no se exige una cifra de capital mínimo, por lo que se podrá constituir la sociedad con la cantidad simbólica de un euro. Se deja libertad a los socios fundadores para que establezcan el capital social que consideren

⁵ En este sentido Azofra (2003).

⁶ Regulado concretamente en el Chapitre III : Des sociétés à responsabilité limitée (articles L223-1 à L223-43) dentro del TITRE II: Dispositions particulières aux diverses sociétés commerciales (articles L221-1 à L22-10-78) del Code de Commerce.

necesario. El capital social se encuentra dividido en participaciones sociales y este importe deberá quedar recogido en todos y cada uno de los documentos que emanen de la sociedad.

Alemania diferencia entre tres tipos de sociedades limitadas con rasgos muy similares. Sin embargo, y a efectos de establecer un capital social mínimo muy reducido, encontramos la figura social de la Mini SL o Mini GmbH. En términos concretos, no se trata, en realidad, de una nueva forma legal, sino de una sociedad limitada cuyo capital mínimo tiene un valor simbólico de un euro. En este caso, para compensar la falta de capital inicial, la sociedad deberá retener un cuarto de sus beneficios anuales hasta acumular el capital mínimo de la sociedad limitada convencional (en Alemania, la sociedad limitada convencional tiene un capital mínimo de 25.000 euros)⁷. En el momento que alcance la sociedad la cifra de capital social de 25.000 euros se transformará en una sociedad limitada al uso. Hasta que esto ocurra, los socios de la Mini SL o Mini GmbH tendrán los mismos derechos y obligaciones que en la sociedad limitada convencional.

Italia presenta en su *Codice Civile*⁸ dos formas de sociedad limitada. Una es la tradicional sociedad limitada (Attanasio, 2013), y la segunda es la sociedad limitada simplificada. Ambas sociedades limitadas se pueden constituir a partir de un capital mínimo de un euro, aunque, en el caso de la sociedad limitada simplificada su capital máximo no puede ser superior a 9.999,99 euros. Otra característica de las sociedades limitadas cuyo capital sea inferior a 10.000 euros es que deben someterse al cumplimiento de una serie de restricciones, como son que no puedan efectuarse a la sociedad aportaciones en especie de activos distintos al dinero en efectivo y que el 20% de las ganancias del ejercicio fiscal debe apartarse cada año en concepto de reserva legal de capital hasta que el activo neto de la sociedad alcance los 10.000 euros (Guiusti, 2006, pp. 88 y ss.), requisitos muy similares a los que se exigía para la sociedad en formación sucesiva española. Dicha reserva puede utilizarse únicamente para el caso en que la sociedad necesite realizar aumentos de capital o en los supuestos en los que sea necesario cubrir pérdidas.

El caso del Reino Unido, a pesar de que hoy en día ya no forma parte de la Unión Europea, también resulta interesante su estudio y comparativa, al ser un derecho diferente al derecho continental. En la normativa que regula las sociedades británicas encontramos las *limited company*⁹, cuya constitución, en términos de tiempos, es la más ágil. Se puede constituir en tan solo 24 horas. El coste económico, por ende, de su constitución es mucho menor que el de cualquier sociedad europea y no existe una cifra de capital mínimo tampoco a la que deba supeditarse la sociedad en su formación.

⁷ Así se indica en el artículo 5 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, «*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*».

⁸ Más concretamente queda regulado dentro del artículo 2472 en adelante, dentro del Capo VII: «*Della società a responsabilità limitata*», Titolo V, Delle Società, Libro Quinto del lavoro.

⁹ Reguladas en la *Companies Act 2006*.

Puede observarse que la mayoría de los países de nuestro entorno tienen como punto de partida el establecimiento del capital social mínimo en la cantidad simbólica de un euro. Incluso, hay legislaciones en las que el capital social mínimo es inexistente. La razón última viene de los intentos de los legisladores por dar un impulso a la creación y crecimiento de su tejido empresarial, a sabiendas de que la mayor parte de las empresas que lo forman son sociedades limitadas o tipos societarios similares. Por ello buscan ampliar al máximo las posibilidades de emprendimiento, reduciendo al máximo las trabas burocráticas y económicas que cualquier emprendedor europeo debe sortear para crear una sociedad limitada.

2.2. De los excesos de conservacionismo y la posición proteccionista del legislador español a la continuidad del modelo europeo: el fracaso de la sociedad limitada de formación sucesiva

La tendencia del legislador en España ha sido siempre eminentemente garantista¹⁰, ya que con el establecimiento de un capital mínimo se pretendía la protección de los acreedores de la sociedad. De esta forma, se reconducía el desarrollo de emprendimientos que podrían tener un gran impacto social y económico en España a la forma social adecuada en función de sus riesgos, por cuanto el capital social mínimo de una sociedad anónima era muy superior al de una sociedad limitada u otro tipo de sociedades que se fueron regulando *a posteriori* para adaptar a la situación económica que atravesaba el país, siempre garantizando capital suficiente para poder hacer frente a las deudas con los acreedores. El legislador parte de una concepción jurídica del capital social como cifra de responsabilidad frente a terceros, de carácter fijo y predeterminado estatutariamente, que constituye una garantía para los acreedores¹¹.

Uno de los cambios más significativos, por la trascendencia que tuvo en la realidad económica, fue la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades. En su artículo 4 se modificó el capital social de las sociedades anónimas, pasando a un capital mínimo de 10 millones de pesetas. Con ello, el legislador buscaba que las pequeñas y medianas empresas, que llevaban años amparándose en la forma de sociedad anónima, se redefinieran como sociedad limitada (Embid Irujo, 1989). De forma directa o indirecta, según se quiera ver, dicha modificación en el capital social mínimo supuso que, a día de hoy, la forma social más utilizada sea la de sociedad limitada y no la de sociedad anónima, como pasaba antes de la entrada en vigor de esta ley.

¹⁰ En este mismo sentido Alonso Ledesma (2007).

¹¹ En estos mismos términos hace referencia a esta concepción tradicional del capital social como garante de protección a los acreedores Alonso Ledesma (2007).

El legislador busca el cambio en el aspecto del capital social y trata de ir en la dirección que empieza a tomar el derecho de sociedades europeo con la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa. Sin embargo, esta ley no dejó de ser una especialidad dentro de los requisitos de la sociedad limitada, como así se recogía en el artículo 434 y siguientes del TRLSC, ahora derogados.

Tras este fracaso, el legislador español siguió buscando este impulso al emprendimiento, sin perder el horizonte garantista y tradicional de la protección de los acreedores. Muestra de ello es el expositivo y la modificación en el TRLSC introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (en adelante, LAEI). Lo que buscaba con esta ley el legislador era establecer un marco de seguridad para aquellas sociedades limitadas que al momento de su constitución no podían (o no les interesaba por diversas razones) realizar un desembolso inicial de 3.000 euros o más¹². Para ello, se modificó el TRLSC introduciendo un nuevo artículo 4 bis, en el que recogía la hoja de ruta de lo que se denominaba una sociedad limitada en formación sucesiva, constituyendo un subtipo de la sociedad de responsabilidad limitada. Pero este artículo 4 bis del TRLSC venía a determinar una serie de reglas que, no en opinión de pocos autores¹³, suponían un conflicto más que una solución a los problemas que algunos emprendedores tenían a la hora de constituir una sociedad limitada. Las reglas que debían considerarse a este respecto eran las siguientes:

- a) Se debía destinar a la reserva legal una cifra al menos igual al 20 % del beneficio del ejercicio sin límite de cuantía.
- b) Una vez cubiertas las atenciones legales o estatutarias solo podían repartirse dividendos a los socios si el valor del patrimonio neto no era o, a consecuencia del reparto, no resultare inferior al 60 % del capital legal mínimo.
- c) La suma anual de las retribuciones satisfechas a los socios y administradores por el desempeño de tales cargos durante esos ejercicios no podía exceder del 20 % del patrimonio neto del correspondiente ejercicio, sin perjuicio de la retribución que les pudiera corresponder como trabajador por cuenta ajena de la sociedad o a través de la prestación de servicios profesionales que la propia sociedad concierte con dichos socios y administradores.

Además, no era necesario que los socios acreditaran la realidad de las aportaciones dinerarias en la constitución, pues respondían solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores (Candelario Macías, 2020; Gálvez Domínguez, 2017).

La sociedad limitada de formación sucesiva estaba destinada a ser de aplicación transitoria (Gutiérrez Gilasanz, 2021) durante la vida de la sociedad, aunque en la ley nada impe-

¹² En este sentido, Candelario Macías (2020).

¹³ En esta línea, Gálvez Domínguez (2017).

día que la sociedad permaneciera en formación sucesiva de forma indefinida. Sin embargo, sí que es cierto que podía resultar poco beneficiosa para la sociedad, teniendo en cuenta que, si tiene beneficios, el 20 % de estos, sin límite máximo, tenían que ser destinados a reservas legales. Por lo tanto, el sentido de esta forma societaria era únicamente temporal hasta que empezase a generar recursos propios por encima de la cifra de capital mínimo legalmente exigido para la constitución de la sociedad limitada.

El objetivo pretendido con estas normas especiales seguía siendo el mismo: garantizar la protección al acreedor, salvaguardando su derecho de cobro al mismo tiempo que se rompía con el principio de exigencia de capital social mínimo para la constitución de las sociedades. En esta misma línea, el expositivo de la LAEI establece que

su objetivo es abaratar el coste inicial de constituir una sociedad. Para garantizar una adecuada protección de terceros, se prevé un régimen especial para este subtipo societario, hasta que la sociedad no alcance voluntariamente el capital social mínimo para la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Sin embargo, ¿de verdad había una distinción real entre una sociedad limitada al uso y una sociedad limitada en formación sucesiva? En el fondo, la aplicación de esta figura no suponía una ayuda extraordinaria al impulso de una nueva sociedad limitada. Así se reflejaba en la realidad. En la siguiente tabla¹⁴ puede apreciarse la evolución de las inscripciones de sociedad limitada de formación sucesiva en España y su escaso éxito frente al total de sociedades inscritas en ese mismo año.

Año	N.º de sociedades limitadas de formación sucesiva	N.º total de sociedades inscritas	% sociedades limitadas de formación sucesiva respecto del total
2014	244	94.606	0,25 %
2015	340	94.981	0,35%
2016	239	102.396	0,23 %
2017	167	94.998	0,17 %
2018	148	96.015	0,15 %
2019	126	94.840	0,13 %
2020	107	80.134	0,13 %
2021	133	102.135	0,13 %

¹⁴ Datos obtenidos de las estadísticas mercantiles de 2014 a 2020 del Colegio de Registradores de España.

Como puede verse, el éxito, y así lo comparten los registradores mercantiles en sus estadísticas y anuarios anuales, ha sido escaso, ya que supone unos porcentajes muy pequeños respecto del total de sociedades que se inscriben en España a lo largo del año.

Y es que, como bien indican algunos autores¹⁵, la sociedad limitada de formación sucesiva supuso un fracaso en el intento del legislador por potenciar la creación y crecimiento de las empresas y de los emprendedores, por cuanto la cifra de 3.000 euros de capital social mínimo que establece el artículo 4 del TRLSC puede entenderse, no solo como capital desembolsado, sino como bienes aportados, cifra a la que, a buen seguro, cualquier sociedad, con independencia de su actividad, consigue alcanzar, bien aportando capital o bien activos.

Además, el rigor y las exigencias de la normativa que regulaba la sociedad limitada de formación sucesiva resultaban mayores que lo previsto con carácter general cuando los recursos propios superaban esta cifra, con el fin de promover la adopción de una cifra igual o superior a la del mínimo legal (Gutiérrez Gilasanz, 2021).

Se debía tener cautela a la hora de determinar el límite entre la sociedad limitada y la sociedad limitada de formación sucesiva cuando se constituía una sociedad, ya que, como bien explica la DGRN¹⁶, la sociedad limitada de formación sucesiva «no se trata de una sociedad con posibilidad de desembolso sucesivo o diferido del valor nominal de las participaciones sociales sino de una sociedad con capital –suscrito e íntegramente desembolsado– inferior al mínimo legal». Es decir, la sociedad limitada estaba sujeta a las reglas de la formación sucesiva mientras su capital social se situase por debajo de los 3.000 euros que establecía el artículo 4 del TRLSC como capital mínimo para una sociedad limitada. Una vez que hubiera alcanzado la cifra de 3.000 euros o más, se establecía como una sociedad limitada.

En conclusión, hasta la fecha, el legislador parecía no haber terminado de comprender las necesidades reales de las sociedades y de los emprendedores. Si bien es cierto que la tendencia del legislador se ha ido orientado en la misma dirección que venía ya siguiendo desde hace años, ha habido que esperar hasta el año 2022 para ver eliminada esta figura, que tan poco se ha utilizado en la realidad por la Ley de creación y crecimiento de empresas, que, como se verá a continuación más en detalle, busca establecer el capital social mínimo en 1 euro, abandonando su tendencia tradicional.

Sin embargo, una vez resuelto el asunto del capital social mínimo, de unificar todo en la sociedad limitada, la siguiente cuestión es, ineludiblemente, si no hay capital social o es un precio simbólico de un euro, ¿Cómo va a hacer frente la sociedad a las deudas? Hablamos ahora del problema de la infracapitalización.

¹⁵ En este sentido, Gálvez Domínguez (2017).

¹⁶ Resolución de 18 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, BOE núm. 190, de 10 de agosto de 2015, pp. 71829 a 71833.

3. La función de la exigencia de un capital mínimo: el problema de la infracapitalización

3.1. Concepto de infracapitalización y clases

Se entiende como infracapitalización una desproporción conmensurable y constatable entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que, en cada caso, se programe para llevar a efecto el objeto social. Con ello, se amplía la responsabilidad de los socios en los casos en que la dotación del capital realizada sea menor a la necesaria¹⁷. Sin embargo, no hay en la norma una concreción exacta de qué se entiende por capital necesario. Esto es así por cuanto cada empresa va a tener unas necesidades de capitalización diferentes en función de su actividad, características y perspectivas de futuro. Por ello, la doctrina ha venido estableciendo diferentes teorías en torno a la infracapitalización, estableciendo dos tipos diferenciados de concepto de infracapitalización: material y nominal.

Se entiende que una sociedad está infracapitalizada, desde un punto de vista material (Largo Gil, *et al.*, 2021), cuando esta presenta una falta clara de recursos patrimoniales que permitan el correcto funcionamiento de su actividad. Los socios, al momento de constituir la sociedad, la han dotado de un capital insuficiente para hacer frente a las deudas de la sociedad. Resulta relevante por cuanto la responsabilidad de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada frente a estas deudas, *ex artículo 1 del TRLSC*, únicamente se limitan a lo aportado por cada socio, no respondiendo personalmente por las deudas contraídas por la sociedad. Por ello, puede entenderse esta infracapitalización como una extralimitación del beneficio que presenta la responsabilidad limitada de los socios en este tipo de sociedades.

Con ello puede entenderse que, si una sociedad no cuenta con suficiente capital que respalde su actividad, el riesgo se traslada, en su práctica totalidad, a los acreedores. Los socios inversores, en el caso de que la inversión sea próspera, obtendrán beneficios, pero si la sociedad deviene insolvente y no hay capital suficiente para hacer frente a las deudas con los acreedores, la responsabilidad de estos socios frente a los acreedores puede resultar ser muy pequeña frente al montante total de la deuda, perjudicándose enormemente a los acreedores, que pierden toda garantía de cobro de la totalidad de dichas deudas.

Sin embargo, hay autores (Paz-Ares Rodríguez, 1996) que no creen en esta postura de externalización de la responsabilidad a los acreedores. Señalan que son costes en los que incurren los acreedores, pero que, en la realidad, acaban pagando los socios.

¹⁷ Definición doctrinal extraída de Paz-Ares Rodríguez (1983, p. 1.594). En la misma línea, Guasch Martorell (1999).

Pongamos el caso de una sociedad que solicita a una entidad financiera un préstamo. Los socios han dotado a la sociedad de un capital muy inferior al que deberían para hacer frente a las deudas que la sociedad contraiga. El acreedor, la entidad bancaria, incurre en riesgos, ya que no va a obtener la devolución completa del préstamo ni de los intereses que haya solicitado. Sin embargo, van a ser los socios los que acaben pagando el coste de esta falta de capital, bien porque hayan obtenido dicha financiación mediante garantías personales, avales o cualquier otra garantía de esta índole, o bien porque se haya obtenido este préstamo a costa de tener que pagar tasas de interés extremadamente altas como contraprestación al riesgo que puede soportar la entidad financiera a futuro.

Podría decirse, siguiendo este planteamiento, que la responsabilidad de esta infracapitalización va a recaer, de una forma u otra, en los socios que han dejado en situación de infracapitalización a la sociedad.

Sin embargo, parte de la doctrina plantea que los socios no van a ser responsables en caso de que la sociedad limitada esté infracapitalizada¹⁸. Señalan que lo contrario a este planteamiento incumpliría el objetivo del derecho de sociedades, buscando que sean los socios los que libremente dispongan de la sociedad y de su actividad. Indican que, si se le impusiera al socio dicha responsabilidad, el acreedor obtendría un lucro que no le corresponde, ya que, primero, obtendría el rédito del riesgo de la deuda y, en segundo lugar, una cantidad que derivaría directamente del patrimonio privado de los socios.

Sin embargo, desde mi punto de vista, la solución tampoco pasa por una plena exoneración de la responsabilidad de los socios por infracapitalización de la empresa, pues se puede correr el riesgo de que, finalmente, cada acreedor pueda exigir la responsabilidad ilimitada de los socios a la hora de negociar, pudiendo surgir, en muchas circunstancias, abuso por parte de los acreedores en las negociaciones.

Lo más adecuado podría pasar por trazar un punto medio entre el establecimiento de una responsabilidad completa por parte de los socios de la sociedad infracapitalizada y la renuncia a cualquier control de responsabilidad por infracapitalización, con una plena exoneración de los socios de la sociedad.

Por otro lado, la doctrina señala que existe infracapitalización, desde un punto de vista nominal¹⁹ cuando la sociedad está correctamente financiada por los socios, pero la financia-

¹⁸ En este sentido, Sánchez Calero (1995, p. 150).

¹⁹ En esta línea, la SAP de Barcelona 467/2017, de 14 de noviembre, la cual señala lo siguiente: «El supuesto que se recoge en este recurso responde a una situación de infracapitalización nominal, como supuesto de sustitución de aportaciones de capital por préstamos efectuados por los socios, o mediante operaciones equivalentes. La doctrina viene sosteniendo que en estos casos el socio pretende anticipar su posición a la del acreedor societario, para obtener una preferente restitución de las prestaciones que

ción se hace, en buena parte o en su totalidad, a través de capital de crédito y no a través de capital de responsabilidad. La insuficiencia de aportaciones al capital social se suplía a través de recursos ajenos, bien por aportaciones de los socios o por aportaciones de terceros por orden de los socios.

Puede darse el caso que dicha financiación externa sea aportada por uno o varios de los socios. En este caso, si la empresa entrara en concurso de acreedores y fuera incapaz de retornar la deuda al socio o socios, verían catalogado su crédito, con base en lo establecido en el artículo 281.1.1.º del Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC)²⁰, como crédito subordinado²¹. Esta calificación subordinada del crédito tiene una razón lógica de ser, que no es otra que proteger la deuda de terceros acreedores que, en su momento, negociaron con una sociedad que se presentaba como una sociedad estable y con músculo financiero suficiente, aunque la realidad fuera completamente distinta. Además, se entiende que los socios son personas especialmente relacionadas con la sociedad, como así señala el artículo 283.1.1.º del TRLC.

Desde la doctrina (Paz-Ares Rodríguez, 1996, p. 81)²² se propone que, en situaciones en las que la sociedad presente una complicada situación financiera, estos créditos subordinados se computen como capital y no concurren con los créditos de los deudores extrasocietarios. En mi opinión, el hecho de estas deudas queden relegadas a la calificación de créditos subordinados es una forma correcta de control del abuso de los socios a la hora de infradotar de capital a las sociedades y, a su vez, proteger los créditos de terceros acreedores desconocedores de la situación económica real de la sociedad.

la sociedad deba prestarle como tal y no como socio, que en tal caso deben ser efectuadas en sede de liquidación. El fundamento, como hemos apuntado, se sitúa en la buena fe precontractual y también el art. 1902 CC, o dicho de otra forma, no cabe exigir responsabilidad por la concurrencia de una causa de disolución (pérdidas cualificadas) cuando con la infracapitalización el acreedor (y a su vez socio) ha contribuido a que se produzca esta situación».

Ya el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de abril de 2012 (rec. núm. 1018/2009) (NCJ057031) sostiene que la buena fe «es exigible en el ejercicio de la acción prevista antes en los artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.45 de la de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y hoy en el 367 de la Ley de Sociedades de Capital, y en este caso no se aprecia cuando, tal como se ha expuesto, cuando quien exige responsabilidad es participe directo de la situación de infracapitalización que aboca a la sociedad, ya prácticamente desde un inicio, a una situación de disolución, por lo que en este caso, y prescindiendo de la consideración de administrador de hecho del demandante Sr. Isidoro, que atinadamente ya rechaza la sentencia de instancia, procede la estimación del recurso y la exoneración de responsabilidad del administrador recurrente».

²⁰ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, BOE núm. 127, de 7 de mayo de 2020.

²¹ En este sentido podemos ver la STS 125/2019 (rec. núm. 2059/2016) de fecha 1 de marzo de 2019.

²² En la misma línea, Bayona (1996).

Los socios, a sabiendas de la situación que presenta la sociedad y de las actuaciones que llevan a cabo, siendo conscientes de las operaciones que se ejecutan con la sociedad y el riesgo que puede suponer aportar un capital a la sociedad a través de préstamo, propio o ajeno por orden de los socios, se sitúan en una posición de ventaja frente a los acreedores externos sin especial relación con la sociedad, que quedan relegados a una posición mucho menos ventajosa. Con estas acciones, incluso, puede entenderse que existe mala fe por parte de los socios.

También puede darse en el caso en el que los créditos otorgados por el socio o socios se hayan llevado a cabo dentro de un plan de reestructuración cuyo objetivo sea revertir o frenar la situación de insolvencia que presenta la sociedad, con base en lo establecido en el artículo 585 y siguientes del TRLC, los cuales quedarían igualmente relegados a créditos subordinados, no pudiéndose calificar, en ningún caso, como créditos contra la masa.

Finalmente, podría darse un supuesto de confusión de patrimonios, al no poder trazar una línea clara que separe el patrimonio afecto a la deuda contraída por parte de la sociedad con el socio y el patrimonio total de la sociedad²³, pudiendo incurrir los administradores en responsabilidad frente al resto de los socios, acreedores o terceros, con base en lo establecido en el artículo 236 del TRLSC.

Como mecanismo de control, la jurisprudencia ha establecido mecanismos, entre los que encontramos la conocida doctrina del «levantamiento del velo»²⁴.

Como viene señalando el Tribunal Supremo, frente al ejercicio abusivo del derecho de creación y utilización de sociedades, con clara infracción de las exigencias de la buena fe y con el uso de maniobras que buscan eludir las obligaciones societarias en perjuicio de los acreedores se establece la doctrina del levantamiento del velo, pudiendo el juez penetrar en el interior de la persona o personas jurídicas para evitar el abuso de derecho, aplicando

²³ En este sentido se pronuncia la STS 527/2006, de 18 de mayo, cuando dice que «la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial llamada del «levantamiento del velo», siempre de uso ponderado y restringido, presupone ineludiblemente la actuación negocial de una o varias personas físicas bajo la apariencia o cobertura formal de una sociedad (de la que son o suelen ser socios únicos dichas personas físicas), apareciendo confundidos los patrimonios y la personalidad de todos ellos (la de la persona o personas físicas actuantes y la de la persona jurídica), lo que permite responsabilizar también a dichas personas o personas físicas del pago de las deudas sociales contraídas en esa fundida y única actuación negocial aunque formalmente aparezca como deudora la referida persona jurídica (STS de 30 de octubre de 1999). La aplicación de la llamada doctrina del «levantamiento del velo», de la que ha de hacerse un uso restrictivo, solamente está justificada en aquellos supuestos en que aparezca evidente que se ha utilizado, con fines fraudulentos, una confusión de personalidades y de patrimonios entre una persona física y una persona jurídica (STS de 23 de diciembre de 1997)».

²⁴ Puede verse, entre otras, en la reciente STS 673/2021, de 5 de octubre; STS 670/2010, de 4 de noviembre (NCJ054795); STS 718/2011, de 13 de octubre (NCJ056052); STS 326/2012, de 30 de mayo, y 47/2018, de 30 de enero (NCJ063125).

lo establecido en el artículo 7 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil²⁵ e impidiendo, así, daño a los derechos de los acreedores.

Puede determinarse, por lo tanto, que, a través de la doctrina del levantamiento del velo, una situación de abuso de derecho y mala fe puede suponer la ruptura del principio de irresponsabilidad personal de los socios respecto de las deudas sociales que establece el artículo 1 del TRLSC, determinando, de esta forma, la responsabilidad (solidaria si son dos o más) de las deudas contraídas por la sociedad.

3.2. Consecuencias de la infracapitalización de la sociedad para los acreedores

La fijación del capital social mínimo como obligatorio a la hora de constituir una sociedad limitada e inscribirla como tal en el Registro Mercantil suministra una información que permite a los terceros valorar los riesgos que van a asumir a la hora de contratar con la sociedad limitada (Llebot Majó, 1999, pp. 37 y ss.). Ante la falta de información pública, la ley establece la nulidad de la sociedad (art. 56.1 c y f TRLSC).

Sin embargo, es probable que el coste, en tiempo y dinero, que pueda suponer la obtención de dicha información sea alto y, como consecuencia, no compense a los terceros obtener la cifra de capital social y el estado económico de la sociedad con la que va a operar y de la que se convertirá en acreedor.

A pesar de ello, si los acreedores continúan con el proceso de contratación con la sociedad es porque pueden interesarles los negocios que puedan desarrollar de manera conjunta, asumiendo los acreedores, por lo tanto, el riesgo que implica el desconocimiento de la situación económica y patrimonial de la sociedad.

En caso contrario, puede haber acreedores que decidan asumir los costes de obtención de información, con el objetivo de valorar los riesgos que pueden contraer en caso de negociaciones con la sociedad. Los acreedores, con esta información, podrán estar en condiciones de concluir relaciones eficientes con la sociedad.

La solución a esta problemática de la infracapitalización de las sociedades no es sencilla. Una obligatoriedad estricta de informar a los acreedores del capital social supondría una merma al derecho de libre disposición de los socios para con la actividad de la sociedad. A la vez, puede suponer un riesgo para las sociedades una férrea determinación de la responsabilidad de sus socios, como forma de limitación a las sociedades a la hora de ne-

²⁵ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

gociar con los acreedores. A su vez, determinadas actuaciones en el seno de la sociedad que puedan suponer actos contrarios a la ley o a los estatutos de la sociedad al reducir la cifra de capital social por debajo de la establecida en la norma o en los estatutos pueden conllevar responsabilidades en los administradores.

Es por ello que, para el caso de aquellos acreedores interesados en la salvaguarda de las deudas que tengan con las sociedades, antes de iniciar cualquier negocio jurídico, valoren el coste de informarse de la situación del capital social de la sociedad y del estado financiero de la misma frente al riesgo que pueden contraer en caso de no hacerlo.

A mi forma de ver esta problemática, entiendo que el legislador no puede entrar a regular de esta forma el riesgo que entraña llevar a cabo negocios jurídicos en el tráfico mercantil habitual, pues de esta forma entraríamos en intervencionismo.

3.3. Soluciones a la infracapitalización de sociedades

La fijación del capital social permite que los acreedores conozcan con facilidad el importe de los recursos que los socios comprometen de modo estable al desarrollo de la sociedad. Esto proporciona información relevante a posibles acreedores en el momento de tomar las correspondientes decisiones. El conocimiento público de la cifra de capital social puede ser de utilidad no solo, por ejemplo, a la hora de otorgar o no crédito por parte de una entidad bancaria a una sociedad, sino también puede servir este dato para generar confianza en las relaciones comerciales con estas sociedades.

Sin embargo, podría protegerse esta confianza a través de otros mecanismos en los que se pudiera poner sobre aviso a los acreedores de una posible situación de infracapitalización. Hay autores (Paz-Ares Rodríguez, 1996) que proponen la obligatoriedad de notificar por parte de la sociedad al acreedor sus pautas inusuales de capitalización, por cuanto es más económico para la sociedad notificarlo al acreedor que obligar a este a investigar la situación de la sociedad en cada momento. Desde mi punto de vista, esta posible solución no es realista. En la mayoría de los casos, las sociedades evitarían realizar estas notificaciones con artificios tales como maquillar la contabilidad de la sociedad, por cuanto es una situación que podría limitar su actividad al generar desconfianza en los acreedores. Tampoco sería adecuada, por cuanto no se podría establecer un lapso temporal en el que habría que notificar dicha situación. Es posible que la empresa, en un momento puntual, se encuentre en situación de infracapitalización, pero cuente con recursos necesarios para hacer frente a las deudas que contraiga con los acreedores.

Dicha notificación debería ir acompañada de datos que avalaran esta situación. En este caso, podríamos contar con informes de auditoría externos a la sociedad que pudieran avalar la situación contable de la misma. Sin embargo, este informe se nutre de información que suministra la empresa, la cual puede estar alterada o incluso estar desfasada, pudien-

do arrojar una falsa imagen de solvencia a los acreedores cuando la realidad es completamente diferente, a pesar de contar con garantías de expertos auditores.

Otros autores (Llebot Majó, 1999) señalan que los socios deben fijar el capital social en función de los costes de las relaciones externas, esto es, de los costes derivados de tener que prestar garantías a los acreedores frente al coste de oportunidad de imputar más recursos al capital social. Los socios establecerán el capital social que minimice el coste de oportunidad de los recursos imputados al mismo. Los acreedores, en cambio, no quedarían indiferentes al respecto de la magnitud que se diera al capital social, puesto que exigirían un capital social suficiente para hacer frente a las deudas contraídas por la sociedad, y ello con independencia del coste de oportunidad que deberían soportar los socios. Esta última solución es claramente ineficiente, puesto que comportaría la infrutilización obligatoria de los recursos asignados al capital social. Por lo tanto, el régimen del capital social será eficiente en la medida en la que contribuya a la reducción de los costes de organización del conjunto de relaciones que integran la empresa y simultáneamente evite la externalización.

La situación de infracapitalización de la sociedad puede resultar irrelevante a los acreedores garantizados, pues los únicos que podrían quedar completamente desprotegidos en el caso de que el patrimonio social vinculado al capital social resultase manifiestamente insuficiente son los acreedores que no cuentan con una garantía. Este es precisamente el problema que puede plantear la infracapitalización respecto a los acreedores.

Puede darse el caso de que las garantías otorgadas por parte de la sociedad o, incluso de los socios, en caso de haber prestado avales o garantías personales, reduzcan el riesgo de los acreedores garantizados por debajo del incremento del riesgo que estas producen a los acreedores ordinarios. En ese caso, los acreedores garantizados, con total seguridad, exigirán a la sociedad un interés inferior al que demandarían sin la garantía y los acreedores ordinarios exigirán a la sociedad un interés superior al que exigirían con la existencia de garantías. La situación será óptima, en este caso, en la medida en que la reducción del precio que se haya satisfecho a los acreedores garantizados esté por encima del incremento del precio pagado a los acreedores ordinarios.

En el caso de que los acreedores ordinarios exigieran el mismo interés al contratar con una sociedad, esté o no infracapitalizada, la sociedad podría entender que el capital social aportado y entendido como suficiente para el objeto social es, además, eficiente, pues se consiguen los mismos negocios que si tuviera la sociedad un capital superior. Será eficiente, por lo tanto, siempre que sea positiva la diferencia entre el beneficio obtenido por la sociedad y los acreedores con garantías, menos los daños causados al interés de los acreedores ordinario.

Desde mi punto de vista, a la hora de determinar el riesgo de los acreedores, lo relevante y lo que se debería analizar sería la solvencia económica establecida a través de ratios entre recursos propios y nivel de endeudamiento junto a la transparencia informativa. Para los acreedores, la infracapitalización o no de una sociedad no debería ser el punto determinante a la

hora de tomar en consideración una sociedad para desarrollar negocios, convirtiéndose así el capital social en una cifra de relativo interés para los acreedores, por detrás de otros datos económicos mucho más relevantes y que pueden aportar una mayor y más veraz información.

Por lo tanto, el capital social mínimo solo va a servir como inicio de la sociedad, pero no como garantía o tutela de los intereses de los acreedores sociales (Rojo y Beltrán, 2011), ya que no garantiza que existan activos suficientes para hacer frente, en primer lugar, a la actividad social y, en segundo lugar, y por ende, al pago de las deudas que se contraigan con ocasión de dicha actividad, sin que en ningún caso, una vez inscrita la sociedad, y durante el tiempo que la sociedad realice su actividad normal dentro del tráfico mercantil, no existan más controles ni límites que regulen la capacidad de endeudamiento de la sociedad (Alonso Ledesma, 2007).

4. Futuro del capital social en la sociedad limitada: análisis de la reforma que implementa la Ley de creación y crecimiento de las empresas

4.1. Objetivo de la Ley de creación y crecimiento de las empresas

En estos últimos años, la actividad frenética del legislador, con independencia del ámbito al que nos refiramos, ha sido continuada y no exenta, en muchos casos, de grandes debates y polémicas.

Quizá la razón última de todos estos cambios normativos haya sido la experiencia vivida en nuestra sociedad a partir de la crisis derivada de la covid-19, la cual ha dejado al descubierto importantes fallos que, anteriormente, o quedaban ocultos, o no se les daba la importancia que realmente merecían. Tal es el caso de la creación de un tejido empresarial robusto y fuerte, más allá de la atracción de inversiones de grandes multinacionales a nuestro país.

Como todos bien sabemos, España se compone de un 99 % de pymes y autónomos, que han sufrido en los últimos 20 años dos de las mayores crisis económicas del último siglo. Este porcentaje, en términos económicos, representa la cifra, para nada desdeñable, del 61 % del valor añadido bruto español (VAB) y el 64 % del empleo nacional²⁶.

Por ello, y como se señala la exposición de motivos de la Ley, el objetivo es establecer un marco jurídico adecuado que impulse la creación de empresas y fomente su crecimiento a través de mejoras normativas y con ello se eliminen obstáculos innecesarios en la crea-

²⁶ Datos obtenidos de la exposición de motivos I de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas.

ción de sociedades que garanticen un tejido empresarial fuerte y estable, capaz de hacer frente a futuras fluctuaciones económicas.

4.2. Modificación de la cifra de capital social en las sociedades de responsabilidad limitada

En el aspecto que nos ocupa, la Ley supone un paso adelante con la rebaja del capital social mínimo para constituir una sociedad limitada a una cifra simbólica de un euro. Como hemos comentado anteriormente, el legislador español sigue la estela de otras legislaciones europeas cuyas regulaciones, hace tiempo, fueron modificadas en este sentido. Así lo reconoce el legislador en la exposición de motivos de la Ley cuando hace referencia a las legislaciones europeas e incluso internacionales. Para el legislador la modificación del artículo 4 del TRLSC, en el sentido de eliminar el capital mínimo de la sociedad limitada de 3.000 euros a 1 euro, supone una reducción del coste de creación de empresas, lo que promoverá la creación de nuevos negocios, permitiendo emplear los recursos liberados en usos alternativos, y reducirá los eventuales incentivos a crear empresas en otros países con menores costes de constitución.

Además, la Ley busca establecer una ampliación de las posibilidades teóricas de elección del nivel de capital social por parte de los socios fundadores, que podrán optar por el importe que consideren suficiente para garantizar las deudas que pueda contraer la sociedad, además del óptimo establecimiento de la financiación de la misma a través de recursos propios o ajenos. Se puede entender que el establecimiento del capital social, por lo tanto, va a quedar determinado por las restricciones y las posibilidades de la sociedad de obtener financiación externa que imponga el mercado.

Con esta reducción del capital social, el legislador interpreta que se limitarán las distorsiones organizativas ligadas a la elección de socios que puede imponer la exigencia de un capital mínimo y que, con ello, se fomentará un mejor clima de negocios, con los consiguientes efectos indirectos positivos asociados. Entendemos que el legislador quiere hacer referencia con el término «efectos indirectos positivos asociados» a un aumento y a una mayor facilidad a la hora de poner en marcha y gestionar la sociedad, al evitar tensiones internas entre los socios, por ser estos muy numerosos.

El legislador, además, viene a justificar la determinación de la reducción del capital social mínimo a una cantidad simbólica de 1 euro frente a la eliminación del capital social, señalando que, de esta forma, se garantiza la consistencia de la normativa sobre sociedades de capital, que se sustenta en la lógica de que estas sociedades se constituyen sobre la base de un capital social de importe estrictamente superior a cero.

Esta reducción hace, por lo tanto, inviable la continuación de la regulación de las sociedades limitadas en formación sucesiva, recogidas en el artículo 4 bis del TRLSC. Como ya

hemos visto, su utilización era ya muy escasa desde la entrada en vigor de la LAEI, derivada, fundamentalmente, de la rigidez en la implementación los criterios exigidos en la norma.

Sin embargo, resultan llamativos los criterios que viene a establecer el legislador en la Ley para la formación de las sociedades limitadas cuyo capital social quede por debajo de la cuantía de 3.000 euros. En primer lugar, establece que la sociedad cuyo capital social esté por debajo de los 3.000 euros deberá destinar a reserva legal al menos el 20 % del beneficio hasta que la suma de la reserva legal y del capital social alcance el importe de 3.000 euros. Por otro lado, señala que, en caso de que la sociedad entre en causa de liquidación, si el patrimonio de esta fuera insuficiente para atender el pago de las obligaciones sociales, los socios deberán responder de forma solidaria de la diferencia entre el importe de 3.000 euros y la cifra de capital suscrito. Ambos criterios se introducen, como indica el legislador, para salvaguardar el interés de los acreedores.

Puede recordarnos en un principio a las restricciones que se imponen para la constitución de la sociedad limitada de formación sucesiva, pero hay pequeñas diferencias.

En primer lugar, en las sociedades limitadas de formación sucesiva se exige a la sociedad que destine el 20 % del beneficio a la reserva legal. En el caso de la sociedad limitada, según la Ley se deberá destinar a reserva legal al menos el 20 % del beneficio hasta que la suma de la reserva legal y del capital social alcance el importe de 3.000 euros. Es decir, existe un techo máximo a partir del cual la sociedad no estará obligada a destinar beneficios a la reserva legal. Pongamos un ejemplo. Si una sociedad limitada obtiene en 2021 unos beneficios de 30.000 euros, si se han establecido un capital social inicial de 1.000 euros, los socios únicamente deberán destinar, en función de lo que indica la Ley, 2.000 euros a reserva legal. El resto de los beneficios quedarán a la libre disponibilidad de la sociedad. Sin embargo, siguiendo las exigencias de las sociedades limitadas de formación sucesiva, la sociedad tendrá que destinar el 20 % de esos beneficios a reserva legal, sin límite de cuantía. En el caso del ejemplo, la cantidad que la sociedad deberá destinar a reserva legal será de 6.000 euros. La diferencia es notable entre un caso y otro. Con ello, se puede beneficiar enormemente a pequeñas empresas que no cuenten con grandes posibilidades de inversión inicial pero que, debido a la naturaleza del objeto de su actividad, puedan generar beneficios suficientes para hacer frente a las deudas, incluso en el primer año de su actividad económica.

Sin embargo, la Ley nos señala que en caso de que la sociedad entre en causa de liquidación, si el patrimonio de esta fuera insuficiente para atender el pago de las obligaciones sociales, los socios deberán responder de forma solidaria de la diferencia entre el importe de 3.000 euros y la cifra de capital suscrito.

De forma coherente, sin embargo, el legislador plantea en la Ley la modificación del artículo 5 del TRLSC en relación con la prohibición de elevar a público escrituras de constitución de sociedades de capital que tengan una cifra de capital social inferior al legalmente establecido.

También procede a la modificación del artículo 23 d) del TRLSC, eliminando la referencia a las sociedades limitadas de formación sucesiva.

En conclusión, podemos ver que el legislador ha trazado un nuevo horizonte al respecto de las exigencias que se venían imponiendo a las sociedades limitadas para su constitución. Ha empezado a tomar conciencia de que, por la naturaleza de estas sociedades, las barreras burocráticas estaban impidiendo enormemente un crecimiento y un fortalecimiento del tejido empresarial que estas constituyen en su práctica mayoría.

4.3. Imprecisión del legislador en la Ley en la búsqueda de soluciones a la problemática del tejido empresarial español

Analizado todo aquello que gira en torno al capital social, y a pesar de que siguen existiendo fuertes garantías y protecciones a los acreedores, sí que es cierto que el legislador empieza a orientar el uso del capital social de las sociedades como una herramienta funcional más que de garantía.

Vemos como el legislador trata de establecer un punto intermedio con el que, por un lado, poder proteger a los acreedores frente al impago de deudas contraídas por la sociedad y, por otro lado, permitir una mayor libertad en cuanto a la determinación de los fondos, propios o ajenos, que va a emplear la sociedad para el desarrollo de su actividad, con el objetivo de permitir que la misma crezca.

Además, la Ley busca, con la introducción de esta reducción, incrementar el número de pymes y autónomos que decidan invertir y crear sociedades limitadas con el objetivo de desligar la responsabilidad personal de la responsabilidad de la sociedad, sin tener que realizar un desembolso inicial que les impida poder invertir en activos para la actividad empresarial.

Sin embargo, bajo mi punto de vista, la reducción del capital social al momento de la constitución de las sociedades de 3.000 euros a 1 euro no supone una diferencia trascendental ni, a buen seguro, va a garantizar un aumento significativo del número de sociedades creadas en España.

El problema real que sufren las empresas no pasa por este desembolso inicial. Esta cantidad de 3.000 euros puede ser aportada por los socios sin mayores esfuerzos.

Aunque la tramitación, como vemos, puede ser rápida y económica, en la mayoría de los casos, las sociedades deben hacer uso de asesores y gestorías para poder realizar todos estos trámites, con el desembolso que ello supone. Dependiendo del tamaño y de la actividad de la sociedad, el coste de estas gestiones, incluyendo asesoría, gestión y tasas, puede ser muy superior a los 3.000 euros que se establece de capital social mínimo. Por lo tanto, las sociedades, de una forma u otra, van a tener que desembolsar a su inicio gran cantidad de dinero.

Desde hace algunos años se han venido creando mecanismos de ayuda para la creación de empresas, como el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE). CIRCE es un portal web del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo donde a través de su sede electrónica se puede acceder a documentación e información relevante y se puede tramitar el documento único electrónico (DUE) para la constitución y puesta en marcha de sociedades limitadas, autónomos o sociedades limitadas de formación sucesiva, entre otras. A partir de la Ley 14/2013, se sustituyeron las ventanillas de apoyo a la empresa por los actuales puntos de apoyo al emprendedor (PAE), articulándose también sistemas de constitución telemáticos para las sociedades limitadas.

Sin embargo, y a pesar de los intentos de impulsar este sistema electrónico, como se evidencia en la Ley, los trámites siguen siendo los mismos y, por ende, el tiempo y el coste, también.

La verdadera traba que existe en España para el impulso de la creación de sociedades pasa por la gran carga burocrática y los complejos trámites administrativos que suponen iniciar una actividad económica a través de una sociedad, con el coste añadido que los mismos suponen, tanto en dinero como en tiempo. Y es que, para iniciar una sociedad, se debe solicitar determinadas licencias o autorizaciones (p. ej. autorizaciones medioambientales, sanitarias, etc.), entre otras obligaciones que pueden suponer un coste añadido de tiempo y de dinero. Y es que, en muchas ocasiones, la obtención de estas licencias o autorizaciones está condicionada al inicio de la actividad. Por lo tanto, a mayor tiempo de espera en la aprobación y obtención de las mismas por parte de la Administración, mayor retraso en el inicio de la actividad y, por consiguiente, mayor reducción de los beneficios.

Por ejemplo, pongamos el caso de una sociedad vitivinícola que decide iniciar su actividad. Una vez constituida e inscrita en el Registro Mercantil, la sociedad no puede iniciar inmediatamente la producción ni la venta del producto. En primer lugar, va a necesitar que la Administración local en la que va a radicar la sede le conceda la licencia de apertura de las instalaciones, la cual conlleva la ejecución de un proyecto, con el coste que el mismo supone. Tras ello, será necesario la inscripción de la sociedad en el registro de industrias agroalimentarias y en el registro de envasadores y embotelladores de la comunidad autónoma pertinente, tras la inspección sanitaria favorable y su correspondiente autorización. Sumado a ello, se deben realizar trámites especiales con la Agencia Tributaria, pues este tipo de empresas deben pagar impuestos especiales de fabricación por el tipo de producto que se fabrica. Por último, se debe dar de alta la sociedad en el consejo regulador o entidad de certificación. Como señala el artículo 15 de la Ley 6/2015, de 12 de mayo, de denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas de ámbito territorial supraautonómico²⁷, solo para la resolución de la denominación de origen el organismo competente puede tardar hasta seis meses.

²⁷ Ley 6/2015, de 12 de mayo, de denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas de ámbito territorial supraautonómico, BOE núm. 114, de 13 de mayo de 2015.

Por otro lado, la enorme carga fiscal que soportan las empresas no hace sino mermar las garantías de continuidad de las mismas, haciendo, por lo tanto, insignificante la cantidad de 3.000 euros de desembolso inicial en la sociedad.

Por ello, la Ley busca de forma loable una solución a la problemática que presenta actualmente el tejido empresarial español, pero, a mi modo de ver, el legislador ha optado por la solución más fácil y más políticamente correcta que tenía sin contemplar los problemas reales ante los que los emprendedores se enfrentan a la hora de constituir e iniciar una sociedad en España. Ha buscado una solución «de cobertura» sin entrar, realmente, en el fondo del asunto, que es dar solución y reducir la carga burocrática de la creación de empresas y en una reducción de la carga fiscal.

5. Conclusiones

La cifra del capital social es un instrumento más de información de las sociedades, así como un mecanismo de garantía de pago de las deudas que estas contraigan con los acreedores. Sin embargo, durante mucho tiempo se ha puesto el foco en esta cantidad con el objetivo de, con sus modificaciones, solucionar la débil situación del tejido empresarial español.

Siguiendo la estela del derecho mercantil europeo, el legislador ha tratado de adecuar esta cifra a la realidad económica del país, reduciéndola a mínimos meramente simbólicos, tratando así de impulsar la creación y el fortalecimiento de las empresas y, por ende, de la maltrecha economía española. Este mecanismo ha sido utilizado en numerosas situaciones, creando figuras societarias que, en la práctica, han resultado ser un completo fracaso por no resultar nada útiles en la realidad.

Es por ello que el legislador, en la Ley, reduce el capital mínimo de las sociedades de responsabilidad limitada, siendo estas las más habituales en el tráfico mercantil, de 3.000 euros a la cantidad simbólica de 1 euro, con el objetivo de impulsar la creación de sociedades, abaratando así sus costes de constitución.

El problema de esta reducción a cantidades simbólicas podría plantear situaciones de sociedades infracapitalizadas donde los acreedores quedaran completamente desprotegidos, pudiendo suponer un obstáculo al tráfico mercantil habitual entre sociedades y terceros y recayendo, en determinadas ocasiones, la responsabilidad de esta infracapitalización en los socios y administradores de la sociedad.

La solución al problema de la economía y del tejido empresarial español no pasa solamente por la reducción del capital social a desembolsar en el momento de la constitución de las sociedades. La burocracia que órbita alrededor del proceso de iniciación de una sociedad es obsoleta, lenta e inadecuada. El empresario que busca crear una sociedad se

encuentra con una realidad poco atractiva en la que el tiempo y el coste de los trámites administrativos hacen que, muchas veces, la sociedad no llegue a ser una realidad operativa.

Por ello, y sin negar que este desembolso pueda ocasionar en algún caso un problema, las limitaciones a la creación de más empresas no solo pasa por este matiz. Hay problemas de fondo de mayor calado que sí suponen una limitación al emprendimiento y que, sin embargo, parecen no preocupar al legislador. Quizá una mayor revisión a los procedimientos administrativos, a los tiempos de resolución de procedimientos administrativos en algunas instancias u organismos, una mejor planificación de las autorizaciones de inicio de las actividades de las empresas, así como la reducción de las cargas impositivas a las sociedades, harían mucho más atractiva la inversión y el emprendimiento en España, con independencia de la cantidad que se fijara de capital social mínimo.

Referencias bibliográficas

- Alonso Ledesma, C. (2007). Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores. En *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villa-verde* (vol. 1, pp. 127-158).
- Atanasio, F. (2013). El rol del capital social en la sociedad de responsabilidad limitada simplificada en Italia: análisis comparativo de las experiencias de sociedad de responsabilidad limitada sin capital mínimo en Europa. *Derecho de los Negocios*, 272, 23-33.
- Azofra, F. (2003). El informe Winter sobre modernización del derecho societario en Europa. *Revista de Actualidad Jurídica de Uría Menéndez*, 4.
- Bayona, R. (1996). Una aproximación al problema de la infracapitalización a la luz de la necesaria revisión de las funciones del capital en la sociedad anónima. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 20, 147-212.
- Beltrán Sánchez, E. (1988). El capital social mínimo. Consideraciones de política y de técnica legislativas. *Revista de Derecho Mercantil*, 187-188.
- Candelario Macías, M.^aL. (2020). Sociedad limitada de formación sucesiva (SLFS). En *GPS Derecho de Sociedades* (pp. 376-379).
- Embid Irujo, J. M. (1989). El capital social. El principio de capital mínimo, régimen de las aportaciones sociales y prohibiciones en materia de distribución de beneficios. En *El nuevo Derecho de las sociedades de capital*.
- Gálvez Domínguez, E. (2017). La sociedad limitada en régimen de formación sucesiva. En *Reformas en Derecho de Sociedades* (pp. 307-313).
- García Villaverde, R. (1991). Capital mínimo. En A. Alonso Ureba (Coord.), *Derecho de sociedades anónimas (en homenaje al profesor José Girón Tena)*, vol. 1.

- García Villaverde, R. (1996). El principio del capital mínimo. En J. L. Iglesias Prada (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (vol. 2, pp. 1537-1558).
- Garrigues, J. (1976). *Curso de Derecho Mercantil*.
- Guasch Martorell, R. (1999). La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de las sociedades. *Revista de Derecho Mercantil*, 234, 1.489-1.514.
- Guiusti, C. A. (2006). Il capitale sociale nelle s.r.l.: attualità della regola ed evoluzione funzionale. En L. Enriques (Dir.), *Diritto societario comparato*. Il Mulino.
- Gutiérrez Gilasanz, J. (2021). Artículo 4 bis. Sociedades en régimen de formación sucesiva. En *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital: Tomo I: Disposiciones generales. La constitución de las Sociedades de capital. Las aportaciones sociales* (pp. 195-210).
- Largo Gil, R., Hernández Sainz, E. y Gállego Lanau, M. (2021). Las sociedades de capital. Introducción. En *Derecho Mercantil I, vol. 2: El empresario. El empresario individual y Derecho de Sociedades* (pp. 102-109). (7.ª ed.). Kronos.
- Llebot Majó, J. O. (1999). La geometría del capital social. *Revista de Derecho Mercantil*, 231.
- Lutter, M. (2006). Legal Capital in Europe. *European Company and Financial Law Review*. Special volume I.
- Paz-Ares Rodríguez, J. C. (1983). Sobre la infracapitalización de sociedades. *Anuario de Derecho Civil*, 36.
- Paz-Ares Rodríguez, J. C. (1996). La infracapitalización. Una aproximación contractual. En *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada: estudio sistemático de la Ley 2/1995* (pp. 65-86 y 253-269).
- Sánchez Calero, F. J. (1995). Insuficiencia del capital social y postergación legal de los créditos. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 34, 141-168.
- Rojo, Á. y Beltrán, E. (1988). El capital social mínimo: Consideraciones de política y técnica legislativas. *Revista de Derecho Mercantil*, 187-188, 149-174.
- Rojo, Á. y Beltrán, E. (2011). Artículo 4. Capital social mínimo. En Á. Rojo (Coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (vol. 1, pp. 204-208). Civitas.



La nulidad de las subastas judiciales

M.^a José Achón Bruñén

Doctora en Derecho Procesal

<https://orcid.org/0000-0001-9380-9236>

Extracto

En el presente artículo, a la luz de la jurisprudencia más reciente, analizamos, desde un punto de vista práctico, las causas más comunes de nulidad de las subastas judiciales y sus efectos frente a terceros de buena fe.

Palabras clave: subasta; cláusula abusiva; inembargable; irrevindicable; venta de cosa ajena.

Fecha de entrada: 10-10-2022 / Fecha de aceptación: 11-11-2022

Como citar: Achón Bruñén, M.^aJ. (2022). La nulidad de las subastas judiciales. *Revista CEFLegal*, 264, 67-106.



The nullity of judicial auctions

M.^a José Achón Bruñén

Abstract

In this article, in light of the most recent jurisprudence, we analyze, from a practical point of view, the most common causes of nullity of judicial auctions and their effects against third parties in good faith.

Keywords: auction; abusive clause; unseizable; irrevindicable; sale by someone different from the owner.

Citation: Achón Bruñén, M.^a J. (2022). La nulidad de las subastas judiciales. *Revista CEFLegal*, 264, 67-106.



Sumario

1. Incorrecta fijación del valor por el que el bien sale a subasta
2. Defectos en la identificación del bien subastado
3. Subasta de un bien inembargable
4. Defectuosa notificación de la convocatoria de la subasta al ejecutado
5. Ejecutado declarado en concurso
6. Nulidad de la subasta por apreciar cláusulas abusivas en el título ejecutivo después de su celebración e incluso después de que el adquirente haya inscrito el bien a su nombre
7. Efectos de la declaración de nulidad de la subasta sobre el rematante o adjudicatario y sobre el cesionario de remate
8. Venta en subasta de un bien que no pertenece al ejecutado

Referencias bibliográficas

1. Incorrecta fijación del valor por el que el bien sale a subasta

El Tribunal Supremo¹ ha declarado que la correcta indicación del tipo de subasta es un requisito de ineludible cumplimiento, en evitación de un perjuicio económico tanto del acreedor como del ejecutado.

En el proceso de ejecución los bienes inmuebles o muebles con publicidad registral (art. 655 LEC), en caso de tener cargas anteriores, no salen a subasta por su valor de tasación sino por el de liquidación, el cual se halla descontando del valor por el que hayan sido tasados el importe total garantizado (principal, intereses y costas)² que resulte de la certificación de cargas o, en su caso, el que se haya hecho constar en el registro cuando las deudas garantizadas por las cargas anteriores se han minorado (art. 666 LEC).

Cuando el valor de las cargas o gravámenes anteriores iguale o exceda al determinado para el bien, el letrado de la Administración de Justicia dejará en suspenso la ejecución sobre ese bien, resultando loable que la redacción del artículo 666.2 (dada por la Ley 13/2009), disponga tan solo la suspensión, dado que con anterioridad se establecía que el embargo se alzaba, lo que operaba en detrimento del ejecutante. Si la liquidación de cargas no se encuentra correctamente practicada, la subasta incurrirá en causa de nulidad.

No obstante, la práctica de la liquidación de cargas plantea numerosos problemas que el texto legal no resuelve.

¹ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, núm. 105/2007, de 7 febrero (RJ\2007\780).

² AAP de Salamanca de 29 de mayo de 2006 (rec. núm. 279/2006): «Claramente resulta que el valor de las cargas a descontar del precio del avalúo será el total del importe de las mismas que figure en la correspondiente certificación registral, y no solamente la correspondiente al principal, como pretende la parte ejecutante y ahora recurrente. Y por ello, en el presente caso, es indudable que el valor de las cargas hipotecarias que, según la correspondiente certificación registral, pesan sobre las fincas números 7262 y 7204 es superior al precio de tasación de las mismas, conforme se constata en la oportuna liquidación llevada a cabo por el Secretario judicial y que obra a los folios 625-627 de los autos».

En parecidos términos, autos de las AP de Guadalajara, Sección 1.^a, núm. 109/2004, de 19 de octubre (rec. núm. 274/2004); Cáceres, Sección 1.^a, núm. 31/2007, de 7 de febrero (rec. núm. 50/2007); Lugo, Sección 1.^a, de 25 de abril de 2007 (rec. núm. 198/2007).

En primer lugar, aun cuando el artículo 666 de la LEC impone al letrado de la Administración de Justicia el deber de descontar «todas las cargas y derechos anteriores»³, existen ciertos gravámenes que, constando con anterioridad inscritos en el registro y disminuyendo el valor del bien, resultan muy difíciles de cuantificar como servidumbres, prohibiciones de disponer, derecho de uso a favor del excónyuge del ejecutado, etc. Para evitar este problema, parte de la doctrina⁴ considera que solo han de descontarse aquellas cargas que garantizan el pago de derechos de crédito, excluyendo las de naturaleza no económica, tales como limitaciones de dominio y demás derechos reales que no sean el de hipoteca y que suponen restricción de las facultades dominicales, anotaciones preventivas de demanda, opciones de compra inscritas y, en general, todas aquellas en las que debe subrogarse el adjudicatario y que por su propia naturaleza son inejecutables. A nuestro juicio, esta interpretación no resulta convincente, ya que al rematante o adjudicatario no le va a resultar indiferente la subrogación en estas cargas, no siendo justo que el bien salga a subasta por el mismo precio con independencia de que se encuentre o no gravado por las mismas.

En segundo lugar, cuando no se subaste la propiedad plena de un bien, sino una parte o un derecho real de menor contenido, como la nuda propiedad o el usufructo, el descuento de cargas deberá ser proporcional al derecho que ostente el ejecutado⁵; no obstante, surge el problema de que solo se subaste la mitad de un inmueble y exista una hipoteca anterior, puesto que nuestros tribunales no se ponen de acuerdo acerca de si se debe descontar la mitad de la cantidad pendiente de pago o todo su importe⁶. La razón estriba en que el que adquiera el

³ Cfr. Rivas Torralba (2001, p. 124). Este autor pone de manifiesto que, aunque los asientos sean posteriores, deberán descontarse en la liquidación de cargas los importes de las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor, que a estos efectos se considerarán preferentes (art. 227 RH), las cargas que hayan ganado prioridad registral mediante pacto (posposición, permuta de rango), así como las hipotecas o afecciones legales que no deban ser canceladas a consecuencia de la ejecución.

⁴ Cfr. Sabater Sabaté (2012, p. 36).

⁵ AAP de Zaragoza, Sección 2.ª, núm. 36/2004, de 19 de enero.

⁶ A favor de descontar solo la mitad: AAP de Barcelona, Sección 16.ª, núm. 20/2007, de 12 de febrero (rec. núm. 461/2006): «Se discute en el recurso la forma en que ha de practicarse la liquidación de cargas que regula el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un caso en que se embargó la mitad indivisa de una finca, siendo así que la carga existente grava toda la finca. La secretaria del Juzgado entendió que el total pendiente de pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca había de deducirse del valor de la mitad indivisa embargada. O sea, que no debe deducirse de este valor de la mitad de la finca la mitad del capital del préstamo que grava la totalidad del inmueble, sino todo ese capital. En tales condiciones la liquidación arrojó el resultado de que el bien embargado no tenía valor. El Juzgado comparte el mismo criterio, por razón de la indivisibilidad de la hipoteca, de modo que acuerda alzar el embargo en obediencia a lo dispuesto en el número 2 del repetido artículo 666.

No podemos compartir ese criterio, conforme al cual se haría muy difícil el apremio sobre la mitad indivisa de los inmuebles, dada la frecuencia de ese fenómeno de la indivisibilidad de las cargas que los gravan. Es evidente que frente al acreedor hipotecario responderá del pago de las obligaciones garantizadas la totalidad de la finca. Pero eso no quiere decir que no pueda distinguirse a los efectos de liquidación entre lo que ha de soportar cada una de las mitades indivisas del inmueble. Ya al margen de todo pro-

bien en subasta se va a convertir en tercer poseedor de un bien gravado con una hipoteca, y si fuere demandado en un posterior procedimiento hipotecario, responderá hasta el límite que figure en el registro, por lo que suscribimos la tesis de que lo más oportuno es que se descuenta el total de la hipoteca, ya que, si finalmente el adquirente del inmueble abona la totalidad de la carga, podrá repetir contra el titular de la otra mitad lo que al mismo le correspondiera abonar⁷.

En tercer lugar, puede acontecer que cuando el acreedor que conste en el registro con anterioridad al ejecutante⁸ emita el informe sobre el estado de su carga, ex artículo 657 de la LEC, la deuda sea inexistente, pero que el deudor tenga la posibilidad de disponer hasta una suma máxima que se garantiza con una hipoteca. En estos casos, si se descuenta del valor de tasación el importe total de la hipoteca que figura en el registro, se pueden dejar en suspenso ejecuciones con base en cargas anteriores aparentes⁹; por el contrario, si tan solo se descuenta en la liquidación de cargas el importe adeudado en ese momento, puede ocurrir que el deudor genere con posterioridad una deuda superior y que el adquirente en la subasta se deba subrogar en esa carga¹⁰. En la praxis resulta difícil de solventar esta

cedimiento ejecutivo, desde el punto de vista económico cada propietario soporta una parte de la carga hipotecaria, sin perjuicio, obviamente, de lo que resulte del destino que haya tenido el capital. No se ve ninguna razón para que, trabado el bien, haya de imputarse a cada mitad la totalidad de la responsabilidad hipotecaria, pues, se repite, la indivisibilidad es frente al acreedor y entre los propietarios puede dividirse la responsabilidad y el peso económico del gravamen».

A favor de descontar todo el importe: AAP de Alicante, Sección 5.^a, núm. 133/2008, de 16 de julio (rec. núm. 298/2008): «Los argumentos del apelante no desvirtúan los acertados fundamentos jurídicos de la resolución de instancia, dado que el adquirente en subasta responderá de la totalidad de la hipoteca, y esta supera el valor de la finca según el dictamen que obra en autos, emitido por D. José Pablo, sin perjuicio que pudiera repercutir el 50 %, dado que, en todo caso, es deudor de la totalidad del pago del préstamo y en el supuesto de impago tendría que soportar la ejecución por el importe íntegro de la deuda, y en atención a esa cuantía del préstamo que resta por pagar, resulta superior a la tasación pericial, por lo que en definitiva al ser el valor del bien inferior al de las cargas que lo gravan procede confirmar la resolución de instancia».

⁷ Cfr. Sabater Sabaté (2012, p. 161).

⁸ En la futura Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (actualmente en proyecto), en el artículo 657 de la LEC se añade que también ha de recabarse información sobre la subsistencia de su carga al acreedor que figure en el registro con igual rango al ejecutante.

⁹ Cfr. López Chocarro (5 de noviembre de 2019). Este autor pone como ejemplo un caso que se le planteó en la práctica en que, tras embargar una finca propiedad del ejecutado, en principio con un valor que permitía cubrir el total importe por el que se había despachado la ejecución, en la certificación de cargas aparecía inscrita una hipoteca anterior, lo que dio lugar a que se requiriese al titular de dicha carga con el fin de que informase sobre la subsistencia de la misma y su actual importe. La entidad bancaria informó que se trataba de un contrato modalidad de «crédito abierto» con garantía hipotecaria para responder por todos los conceptos de un total de 400.000 euros, siendo el capital dispuesto y pendiente de amortizar 0 euros y el capital disponible de 365.000 euros. En este caso, al ser la carga hipotecaria superior al valor de tasación del bien, se suspendió la subasta, aunque el deudor no debía cantidad alguna al acreedor anterior, pues se tuvo en cuenta para practicar la liquidación de cargas el importe garantizado por la hipoteca que figuraba en el registro.

¹⁰ RDGRN de 24 de octubre de 2016: «[...] debe tenerse en cuenta, además, que en el presente expediente, la hipoteca preferente se ha constituido en garantía de un crédito abierto, cuyo saldo al día de hoy puede

cuestión; el auto de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.^a, núm. 307/2007, de 25 de abril (rec. núm. 198/2007), resuelve un recurso en el que el apelante pretende que en la liquidación de cargas se tengan en cuenta exclusivamente las cantidades adeudadas que ha manifestado el acreedor anterior, sin atender a las que puedan aparecer reflejadas en la inscripción registral. La audiencia estima el recurso y acuerda sacar el bien a subasta aunque el valor de la carga anterior era superior al de tasación, puesto que dicha carga anterior era una hipoteca de máximo; no obstante, acuerda que en los edictos de la subasta conste la existencia de la hipoteca hasta el límite máximo que figura en la inscripción registral.

En cuarto lugar, si el acreedor con garantía hipotecaria inicia una ejecución ordinaria, en vez de un procedimiento hipotecario, deberá solicitar el embargo del bien hipotecado para sacarlo a subasta¹¹, en cuyo caso, dada la vinculación de la anotación preventiva de embargo y la hipoteca, el letrado de la Administración de Justicia, al practicar la oportuna liquidación de cargas en el proceso de ejecución ordinario, no deberá descontar el crédito subsistente que garantiza la hipoteca ni las cargas intermedias que hayan accedido al registro después de la hipoteca y antes de la anotación preventiva de embargo¹². No obstante, esa preferencia sobre las cargas intermedias, lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria¹³. En este sentido,

ser "cero", pero ello no es impedimento para que la finca siga respondiendo de unas obligaciones que aunque todavía no hayan nacido, nazcan en un futuro, dentro del plazo de vigencia del crédito abierto. Por ello, para el posible postor en la subasta puede resultar perturbador indicar que el saldo es "cero" haciendo pujas por importe superior, sin "descontar" ninguna cantidad».

¹¹ RDGRN de 1 de febrero de 2017 (BOE n.º 45, miércoles 22 de febrero de 2017): «Respecto a la necesidad de practicar embargo cuando se ejecuta la hipoteca por el procedimiento de ejecución ordinaria, así lo presupone el artículo 127 de la Ley Hipotecaria cuando en relación a los terceros poseedores se establece que "cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes". Este mismo criterio ha sido defendido por esta Dirección General en Resoluciones de 10 de diciembre de 1997 y 23 de julio de 1999 recogidas en la más reciente de 14 de diciembre de 2015».

¹² Izquierdo Blanco y Picó i Junoy (2014, pp. 311 y ss.). Añón Calvete (29 de septiembre de 2017).

¹³ RDGRN de 14 de diciembre de 2015 (BOE n.º 312, miércoles 30 de diciembre de 2015): «Como resulta de la Resolución de 10 de diciembre de 1997 si entre la inscripción de la hipoteca y la anotación de embargo practicada por el ejercicio de la acción ejecutiva ordinaria resultan cargas intermedias su cancelación vendría imposible, si dichos titulares no tuvieron en el procedimiento la posición jurídica prevista en el ordenamiento, al ignorar que la ejecución que se llevaba a cabo afectaba a la hipoteca inscrita con anterioridad a sus derechos. Para evitar estos efectos tan distorsionadores, como dijera la misma Resolución, resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización. Así lo consideró igualmente la Resolución de 23 de julio de 1999».

La resolución de la DGRN de 10 de diciembre de 1997 consideró que «para la cancelación, como consecuencia de la ejecución seguida, de los derechos recayentes sobre el bien rematado constituidos

el auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, núm. 189/2021, de 16 de junio (rec. núm. 619/2020), declara que si se inicia un procedimiento de ejecución ordinario por un acreedor hipotecario, este deberá embargar el bien hipotecado; no obstante, dicho embargo quedará vinculado a la hipoteca mediante la correspondiente nota marginal, lo que ocasionará que al practicar la liquidación de cargas no se deba deducir del valor de la finca, a efectos de subasta, el de las cargas posteriores a la hipoteca, pero anterior a la anotación preventiva de embargo, las cuales habrán de ser canceladas en su momento después de destinar a su satisfacción el sobrante del precio del remate, en caso de que lo hubiere, y teniendo en cuenta para su determinación los límites de la garantía hipotecaria; de ahí la posible conveniencia de notificar debidamente todas estas circunstancias a los titulares de las cargas afectadas a fin de darles cumplida oportunidad de intervenir en el proceso o en la subasta o ejercer cualquier otra acción que convenga a su derecho.

En quinto lugar, la regulación de la liquidación de cargas contiene, a nuestro juicio, un defecto reprochable, cual es que el artículo 657.2 de la LEC subordina la publicidad registral de la información facilitada respecto de la minoración o extinción de las cargas anteriores (art. 144 LH)¹⁴ a la previa petición del ejecutante, es decir, en lugar de remitirse de oficio esta in-

después de la hipoteca que se ejecuta y antes de la anotación del embargo de dicho bien, deber acreditarse: a) Que los respectivos titulares no solo tuvieron conocimiento de la ejecución desde su inicio, sino también, de que en esta se estaba haciendo valer la hipoteca preferente a sus derechos, y que, por tanto, comportaría la extinción de estos últimos (en otro caso, bien pudieron desentenderse de la notificación al considerar que la ejecución no afectaba a sus derechos inscritos con anterioridad a la anotación de embargo del bien a ejecutar); b) Que de los autos y, consiguientemente, de la publicidad de la subasta resulte claramente que se estaba ejecutando la referida hipoteca, a fin de que los postores no descontaran en sus pujas el importe económico de los derechos intermedios».

¹⁴ De conformidad con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 657 de la LEC, a la vista de lo que el ejecutado y los acreedores anteriores declaren sobre la subsistencia y cuantía actual de los créditos, si hubiera conformidad sobre ello, el letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución, a instancia del ejecutante, expedirá los mandamientos que procedan a los efectos previstos en el artículo 144 de la LH. El artículo 240 del RH, que desarrolla este último precepto, establece que «también podrá hacerse constar por nota al margen de la inscripción hipotecaria el pago de parte de la deuda cuando no proceda la cancelación parcial». La DGRN en la Instrucción de 12 de diciembre de 2000 consideró que «en cuanto al asiento procedente para hacer constar la manifestación de los acreedores anteriores al gravamen que se ejecuta, sobre subsistencia y cuantía de los créditos, a que se refiere el artículo 657 de la nueva Ley será una nota marginal (cfr. por analogía artículo 240 del Reglamento Hipotecario), cuya vigencia será la del asiento de inscripción o anotación preventiva a cuyo margen se practique».

No obstante, en la Resolución de 21 de junio de 2005 matiza que a los efectos de los artículos 144 de la LH y 657.2 de la LEC el pago de parte de la obligación garantizada con una hipoteca que consta con anterioridad de una anotación preventiva de embargo que va a ser objeto de ejecución puede hacerse constar bien por cancelación bien por nota marginal, pero que para que pueda figurar por cancelación, han de observarse todas las garantías que establece la ley a favor de los titulares de los derechos inscritos, ya que conforme al artículo 82 de la LH las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelan sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la

formación al registro, solo se remite si lo pide el ejecutante; defecto legal que se agrava porque dicha minoración o extinción de la carga solo podrá tenerse en cuenta por el letrado de la Administración de Justicia en la liquidación de cargas si tiene el oportuno reflejo registral¹⁵. Para salvar esta incoherencia legal, algunas resoluciones de la jurisprudencia menor consideran que lo que se debe descontar del valor de tasación es la deuda real que a su favor tiene el acreedor anterior aunque el importe actualizado no se haya hecho constar en el registro¹⁶, pero en sentido contrario otras resoluciones abogan por la literalidad legal¹⁷. El problema de la primera tesis es que el acreedor anterior haya facilitado una información errónea, puesto que si no se hace constar en el registro la minoración de la deuda, pero se descuenta en la liquidación de cargas, dada la falta de constancia registral, debe prevalecer la publicidad registral, es decir, el contenido del registro¹⁸, por lo que el rematante o adjudicatario deberá cargar con gravámenes que creía extinguidos o minorados, lo que suscita la cuestión de si se puede exigir responsabilidad al acreedor que emitió una información errónea que no se hizo constar en el registro, cuestión respecto de la que nuestros tribunales no se ponen de acuerdo¹⁹.

cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos.

En parecidos términos se pronuncia la RDGRN de 7 de marzo de 2012, la cual además declara que «la remisión que hace el artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al artículo 144 de la Ley Hipotecaria, y el desarrollo de este por el 240 del Reglamento Hipotecario, ponen de manifiesto que la minoración de responsabilidad que publica el Registro no es un mero dato informativo, sino que supone una manifestación de la llamada publicidad material, provocando los efectos derivados de los principios hipotecarios, y de las presunciones de veracidad y exactitud de los asientos registrales».

¹⁵ Cfr. Casero Linares (2010, p. 2.867).

¹⁶ Autos de la AP de Murcia, Sección 5.ª, núm. 66/2003, de 2 de septiembre (rec. núm. 269/2003); Barcelona, Sección 14.ª, núm. 79/2006, de 15 de marzo (rec. núm. 636/2005); Sevilla, Sección 5.ª, de 3 de marzo de 2006 (rec. núm. 822/2006), así como la sentencia de la AP de Madrid, Sección 18.ª, núm. 339/2018, de 11 de octubre (rec. núm. 375/2018).

¹⁷ SAP de Toledo, Sección 1.ª, núm. 51/2009, de 29 de septiembre (rec. núm. 31/2009).

¹⁸ En este sentido, en la SAP Valencia, Sección 7.ª, núm. 320/2009, de 12 de junio (rec. núm. 355/2009), se desestima una demanda de juicio ordinario contra una entidad bancaria en que se solicitaba que se declarara que una finca, que el demandante había adquirido en una subasta administrativa, se encontraba libre de una hipoteca anterior, dado que la entidad demandada (titular de dicha carga) así lo había declarado por error. La AP considera que la información sobre el pago de la deuda anterior que no accedió al registro no puede llevar aparejada la cancelación de la hipoteca, a petición del rematante que confió en la información dada por el acreedor.

¹⁹ La SAP de Guadalajara, Sección 1.ª, 222/2014, de 7 de octubre (rec. núm. 114/2014), desestima la acción de los artículos 1.902 y ss. del CC, y considera que la preferencia de la certificación de cargas solo cede ante una información proporcionada por el acreedor cuando esta haya accedido al registro en la forma prevista en el apartado segundo del artículo 657 de la LEC. En otro caso, el tercer adquirente habrá de estar al contenido de la certificación de cargas y no podrá escudarse en lo informado por los acreedores anteriores, pues «una cosa es que haya de asignarse preferencia a la comunicación de los acreedores anteriores cuando de valorar el inmueble se trata y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 666 de la ley procesal, y otra, bien distinta, es apreciar responsabilidad en dichos acreedores cuando facilitan una información errónea que sin embargo no tuvo reflejo registral».

2. Defectos en la identificación del bien subastado

La subasta puede devenir nula por defectos en el edicto de publicación. De los artículos 646 y 668 de la LEC se desprende la rigurosa exigencia de una correcta identificación de la finca objeto de la subasta, así como de cuantos datos y circunstancias sean relevantes para esta, de manera que cualquier dato significativo que pueda inducir a confusión o error en la identificación puede afectar objetivamente a la transparencia y libre concurrencia en el procedimiento de ejecución, al restringir el conocimiento de los posibles postores.

Si la subasta incurre en una causa de nulidad, el ejecutado debe ponerlo de manifiesto tan pronto le conste, habida cuenta de que no puede alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiese quedado indefenso de actuar con la diligencia razonablemente exigible²⁰. Cualquier declaración de nulidad de actuaciones exige que se demuestre una efectiva indefensión (art. 227.1 LEC) o, al menos, una posible indefensión (art. 225. 3.º LEC) causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del artículo 24 de la CE la indefensión debida a la pasividad.

En la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, 34/2020, de 24 de febrero (rec. núm. 529/2019), se estima una demanda de amparo en un caso en que el juzgado erróneamente denegó la declaración de nulidad de la subasta, a pesar de que en el anuncio publicado en el portal del BOE se había hecho constar que la categoría asignada al inmueble objeto de licitación era la de «local comercial», siendo que era un solar, lo que impidió la participación en la subasta de postores que podrían haber estado interesados en la adquisición del bien ofreciendo un precio superior, con el consiguiente perjuicio económico para la demandante de amparo.

Por el contrario, en la SAP de Madrid, Sección 18.^a, núm. 339/2018, de 11 de octubre (rec. núm. 375/2018), se reconoce el derecho a indemnización a un cesionario de remate que había adquirido un inmueble con una hipoteca anterior que creía estaba cancelada, aunque no se había hecho constar en el registro, porque la entidad bancaria acreedora así lo había declarado erróneamente.

Asimismo, parte de la doctrina considera que existen razones para sostener que la declaración errónea emitida por el acreedor preferente que no se hace constar en el registro opera a favor del adquirente del bien y, por tanto, este puede exigir el alzamiento del embargo o la cancelación de la hipoteca anterior (Sabater Sabaté, 2013, p. 129).

²⁰ AAP de Valencia, Sección 7.^a, 4/2009, de 16 de enero (rec. núm. 809/2008) (SP/AUTRJ/460729): «En definitiva, no sufrió el actor indefensión material relevante en el curso del procedimiento hipotecario, cuya nulidad ahora pretende, precisamente por el conocimiento que tuvo de la existencia de la subasta de la finca y del contenido de los edictos publicados, como así lo tiene reconocido. No empleó entonces la mínima diligencia debida en la defensa de sus derechos, que hubiese exigido, cuando menos, poner de manifiesto al Juzgado el error sufrido en la descripción de la finca objeto de licitación al tiempo de publicar la subasta, sin que, por lo demás, pueda ahora el recurrente, para subsanar su falta de diligencia, ampararse en el tenor literal del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, que ciertamente reconduce las reclamaciones sobre nulidad del título o de las actuaciones, entre otras, al declarativo correspondiente, pues pudo y debió solicitar del órgano jurisdiccional la ratificación del edicto, para subsanar el error material contenido en el anuncio».

No obstante, el Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, en la sentencia núm. 968/2007, de 14 de septiembre (rec. núm. 4363/2000), no declaró la nulidad del procedimiento hipotecario en un caso en que hubo error en la publicación de los edictos de la subasta, por no ser correcta la descripción de la finca, al no incluirse seis viviendas efectivamente construidas también hipotecadas, lo que, según el demandante, habría propiciado la presencia de postores, evitando su adjudicación en favor de la entidad ejecutante en condiciones muy ventajosas. El Tribunal Supremo considera que, dado que el ejecutado fue notificado en el curso del juicio sumario de la celebración de la subasta, así como del contenido de los edictos publicados, no tuvo la mínima diligencia en la defensa de sus derechos, la cual habría exigido poner de manifiesto al juzgado el error sufrido en la descripción de la finca objeto de licitación al tiempo de publicar la subasta ante el propio órgano judicial.

Tampoco se declara la nulidad en la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.^a, núm. 255/2005, de 7 junio, en un supuesto en que en el anuncio de la subasta se describe la finca de forma concisa, incluyendo el jardín anexo, sin especificar su superficie. Se considera que tal omisión no constituye causa de nulidad porque los posibles licitadores estaban informados de que el bien principal era la vivienda y de que el jardín constituía un anejo inseparable con independencia de su superficie.

Por lo demás, también puede ser causa de nulidad de la subasta que en edicto se haga mención al articulado relativo a los muebles (arts. 650 y 651 LEC) en el caso de que se subaste un mueble con publicidad registral, dado que en este supuesto los porcentajes de adquisición serán los de los inmuebles (arts. 670 y 671 LEC), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 655 de la LEC. De todos modos, se considera que no existe quebrantamiento esencial de las garantías procesales que determine la nulidad del acto de la subasta cuando se hace referencia por error al articulado relativo a los bienes muebles en lugar del relativo a los inmuebles si no tiene incidencia en el proceso y no causa indefensión²¹.

En la futura Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (actualmente en proyecto) se añade al artículo 649.3 de la LEC un apartado en el que se es-

²¹ AAP de Ciudad Real, Sección 1.^a, núm. 112/2008, de 18 de noviembre (rec. núm. 176/2008): «Aduce el apelante que la subasta realizada en su día es nula, pues en el acta de la misma, la que se celebró en su día y declaró desierta, se hizo constar lo dispuesto en el art. 651 de la LEC –previsto para la subasta de bienes muebles– y no el 671 de la LEC aplicable al caso. Alega que dicho defecto no ha sido subsanado y que en consecuencia la subasta es nula.

Hemos de disentir de la conclusión de la parte recurrente. No existe un quebrantamiento esencial de las garantías procesales que determine la nulidad del acto de la subasta. La subasta se convocó y celebró en forma y fue declarada desierta. De hecho el apelante nada puede oponer en este aspecto. La petición de nulidad es meramente instrumental, y se centra en la referencia por error al articulado relativo a los bienes muebles, en lugar del relato a los bienes inmuebles. Ello es fácilmente advertido como error y en realidad no tuvo incidencia en el procedimiento, no motivó indefensión alguna a la parte apelante. La petición de nulidad es meramente instrumental y dilatoria».

tablece que en el caso de que se compruebe que no se han cumplido las condiciones que garantizan que la subasta se ha celebrado con la máxima publicidad, seguridad, confidencialidad y disponibilidad, o si no han sido respetados los derechos de los postores o no se han cumplido las prescripciones legales, el juez puede dejarla sin efecto.

3. Subasta de un bien inembargable

El embargo de bienes inembargables constituye una vulneración de normas procesales que el ejecutado podrá impugnar conforme a lo establecido en los artículos 609 y 562 de la LEC, sin perjuicio de que pueda ser apreciado de oficio, previa audiencia de las partes (arts. 227.2 y 609 LEC y 240.2 LOPJ).

El artículo 609 de la LEC establece la nulidad de pleno derecho de la traba sobre bienes inembargables, que podrá hacer valer el ejecutado por medio de los recursos ordinarios o por simple comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia si no se hubiera personado ni deseara hacerlo, pues no resultaría justo que se le obligara a contratar los servicios de un abogado y de un procurador, si fueren preceptivos en la ejecución, con el objeto de impugnar una infracción legal que el propio órgano judicial debería haber reparado. Este precepto ha de interpretarse conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 562.1.3.º de la LEC, por lo que, si la traba se hubiera acordado en un acta de embargo, en tanto que la misma no puede ser objeto de recurso, bastará con que el ejecutado presente un escrito expresando la contravención cometida o la alegue en una mera comparecencia si no está personado, ni desearse estarlo, aunque en este último caso una interpretación extensiva del precepto también permitiría al ejecutado presentar un escrito sin firma de abogado ni de procurador aun cuando fueren preceptivos en la ejecución²². Es un caso atípico en que la nulidad puede ser apreciada por el letrado de la Administración de Justicia y no por el juez, como es la regla general.

El *dies ad quem* para hacer valer la nulidad de un bien inembargable no se encuentra previsto expresamente por la ley; no obstante, aunque resulta conveniente que se alegue con anterioridad a la subasta, al tratarse de una nulidad de pleno derecho, puede ser invocada o apreciada de oficio, incluso después de la misma. En este caso, el adquirente o el cesionario de remate no se podrá amparar en la protección que el derecho dispensa a los terceros de buena fe, en tanto que el vicio de nulidad afecta a su propio título de adquisición y no al de su transmitente, al tratarse de un supuesto de nulidad de pleno derecho que no permite convalidación (art. 33 LH)²³.

²² Cfr. Tomé Paule (2003, p. 447).

²³ SSTS, Sala 1.ª, núm. 906/2004, de 23 de septiembre (rec. núm. 344/1999) (NCJ038906), y núm. 76/2005, de 8 de febrero (rec. núm. 3762/2000) (NCJ050360).

En similares términos, AAP de La Rioja, Sección 1.ª, núm. 131/2021, de 1 de septiembre (rec. núm. 330/2020).

4. Defectuosa notificación de la convocatoria de la subasta al ejecutado

El artículo 166.1 de la LEC sanciona con nulidad los actos de comunicación que no se practiquen con arreglo a lo dispuesto en la ley y puedan causar indefensión. No obstante, cuando, pese al defecto, un acto de comunicación viciado de nulidad llegue a conocimiento de su destinatario, este puede, o bien darlo por válido y conservar las actuaciones (art. 166.2 LEC), o bien impugnarlo cuando haya sufrido un menoscabo procesal. Lo que no procede es dejar que las actuaciones avancen sin hacer notar la falta y, posteriormente, cuando a la parte le interese, pretender la declaración de nulidad de una notificación que, si bien inicialmente fue nula, luego ha quedado subsanada al no haber sido impugnada su irregularidad y haberse dado por enterado el interesado²⁴.

En este sentido el Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, en la sentencia núm. 116/2021 (NCJ065597), de 31 de mayo (rec. núm. 1619/2020), resuelve un recurso de amparo en que la entidad ejecutada, a pesar de tener conocimiento del procedimiento de ejecución e incluso de la convocatoria de la subasta de un bien de su propiedad, no se personó formalmente en las actuaciones, mediante procurador y abogado, hasta mucho después de haberse adjudicado el bien en pública subasta y puesto en posesión del adjudicatario, a los únicos efectos de interponer un incidente de nulidad de actuaciones. La situación de indefensión alegada por la entidad recurrente como lesiva de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se considera imputable a su propia conducta, y no a una infracción del deber de diligencia del órgano judicial, lo que determina la desestimación del recurso de amparo.

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en la sentencia de 22 de junio de 2022 (rec. núm. 5557/2021, res. núm. 493/2022), ha declarado que:

Los actos de comunicación producen efectos cuando su frustración se debe, únicamente, a la voluntad expresa o tácita de su destinatario, o a la pasividad, desinterés, negligencia, error, o impericia de la persona a la que va destinada [...]. La naturaleza recepticia, que corresponde a toda notificación o requerimiento, legalmente practicado, exige la colaboración del destinatario, en el sentido de que admita y no obstaculice intencionada o negligentemente su recepción, de manera tal que la frustración de su práctica no responda a causas que le sean directamente imputables y no al requirente. No es posible que la eficacia de un acto jurídico penda de la voluntad del requerido.

No obstante, la posible negligencia, descuido o impericia imputables a la parte, o el conocimiento extraprocesal de la causa judicial, no puede fundarse sin más en una presunción

²⁴ STS, Sala 1.^a, de lo Civil, Sección 1.^a, núm. 171/2019, de 20 marzo.

cimentada en simples conjeturas, pues lo presumido es, justamente, el desconocimiento del proceso por quien lo alega²⁵. Para destruir la presunción de desconocimiento del proceso, por causa no imputable a quien así la opone, es necesario probar el conocimiento extraprocesal o una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja de esa marginación.

La falta de notificación de la subasta al ejecutado o la notificación defectuosa que le produzca indefensión será causa de nulidad (arts. 225.3.º LEC y 238.3.º LOPJ), salvo que este se haya dado por enterado y no haya denunciado dicha irregularidad, en cuyo caso la nulidad quedará subsanada (art. 166.2 LEC).

La ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (actualmente en proyecto), acertadamente, suprime del artículo 645.1 de la LEC la referencia a que el anuncio en el BOE sirve de notificación al ejecutado no personado, ya que dicha previsión normativa (incluida por la Ley 19/2015, de 13 de julio), le puede causar autentica indefensión, dado que el ciudadano medio no consulta normalmente este periódico oficial, y aun cuando lo consulte, hay que tener en cuenta que en dicho anuncio ni siquiera se identifica el bien que se subasta ni su propietario, por lo que es difícil enterarse por este medio de que un bien propio va a ser subastado²⁶. En el artículo 644 de la LEC se establece que la notificación al ejecutado no personado del decreto convocando la subasta deberá practicarse en la forma prevista en el artículo 155 de la LEC. De todos modos, el inicio de la subasta y su resultado no va a serle notificado personalmente, sino que será facilitado por el portal de subastas, teniendo la posibilidad de registrarse como usuario y utilizar su sistema de alertas.

Por consiguiente, atendiendo a la futura redacción del artículo 155 de la LEC la notificación de la subasta en la legislación proyectada se deberá practicar del siguiente modo cuando el ejecutado no esté representado por procurador:

- *Cuando venga obligado legal o contractualmente a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia:* el acto de comunicación se realizará por medios electrónicos de conformidad con el artículo 162 de la LEC, aunque también podrá practicarse mediante entrega de la copia de la resolución si el obligado se

²⁵ SSTC núms. 219/1999, de 29 de noviembre; 268/2000, de 13 de noviembre (NCJ051799); 34/2001, de 12 febrero (NCJ051708); 61/2010, de 18 de octubre (NCJ052966), y 30/2014, de 24 de febrero (NCJ058325).

²⁶ Cfr. Font de Mora Rullán (23 de mayo de 2018). Este autor pone de manifiesto que el problema no es solo que se utilice la cuestionable técnica de publicación del anuncio de subasta en el BOE como método de notificación, sino que lo especialmente preocupante es que esa publicación resulta del todo ineficaz a los efectos de que el interesado pueda llegar a tener noticia de que se ha iniciado el proceso de venta forzosa sobre sus bienes, pues resulta que el anuncio que se publica en el boletín no contiene los datos básicos e indispensables para identificar a las partes ni el bien a subastar, por lo que incluso en el hipotético supuesto de que el demandado llegara a consultar su nombre o la dirección del bien de su titularidad en cualquiera de los buscadores de internet, no obtendría ninguna información de utilidad o relevante a tales efectos.

personase en la sede del órgano judicial, dejando constancia de ello en la diligencia que se extienda.

- *Cuando no esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia:* dado que es un acto que no supone el primer emplazamiento ni citación ni la realización o intervención personal en determinadas actuaciones procesales, la notificación surtirá plenos efectos en cuanto se acredite la correcta remisión de lo que haya de comunicarse a cualquiera de los lugares que se hayan designado como domicilio aunque no conste su recepción por el destinatario, o cuando el destinatario, sin estar obligado, haya optado por el uso de medios electrónicos y la comunicación se haya remitido en los términos previstos en el artículo 162, habiendo transcurrido tres días sin que el destinatario acceda a su contenido.

En la exposición de motivos de la ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia se declara que esta modificación obedece a la necesidad de reforzar las garantías y derechos del ejecutado en el proceso, máxime teniendo en cuenta la gran trascendencia que, desde el punto de vista patrimonial, presenta el acto de subasta.

No es ocioso recordar que el Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, núm. 126/2014 (NCJ058625), en la sentencia de 21 de julio (rec. núm. 3652/2012), declaró que, dada la finalidad y relevancia del trámite, la comunicación de la subasta por exigencias del artículo 24.1 de la CE tiene que realizarse en la forma que garantice su efectividad si es posible hacerlo porque se conozca el domicilio del interesado²⁷. Asimismo, el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 144/2014 (NCJ059889), de 13 de marzo (rec. núm. 755/2012)²⁸ consideró la notificación de la subasta al ejecutado como un acto de comunicación esencial²⁹.

²⁷ STC, Sala Primera, núm. 126/2014 (NCJ058625), de 21 de julio (rec. núm. 3652/2012): «La defectuosa notificación llevada a cabo por el Juzgado les ocasionó una situación de indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE. La anterior conclusión no resulta alterada por el hecho de que los demandantes hubieran tenido conocimiento, dos años atrás, de la existencia del procedimiento, y que hubieran decidido no personarse. Es cierto que los demandantes de amparo no intervinieron en ningún momento en el proceso. Pero, al margen de ello, no puede llegarse a la conclusión de que no hubiera que notificárseles las incidencias que les pudieran afectar y, por lo que ahora importa, la celebración de la subasta [...]. En este caso, dada la finalidad y relevancia del trámite, esta comunicación, por exigencias del art. 24.1 CE, tiene que realizarse en forma que garantice su efectividad si, como es el caso, es posible hacerlo porque se conozca el domicilio del interesado, y no a través de un acto ficticio de comunicación como es la notificación edictal (STC 104/2008, 15 de septiembre [NCJ046804], FJ 4)».

²⁸ Véase comentario de esta sentencia en Callejo Carrión y Prada Rodríguez (1 de febrero de 2015).

²⁹ El Tribunal Supremo, Sala 1.^a, en la sentencia núm. 144/2014 (NCJ059889), de 13 de marzo (rec. núm. 755/2012) (SP/SENT/758023), declara la nulidad del procedimiento hipotecario por la defectuosa realización del requerimiento judicial de pago, de la notificación del señalamiento de la subasta y de la notificación al ejecutado de que la mejor postura ofrecida en la subasta era inferior al 70 % del tipo de la subasta a los efectos de que pudiera presentar un tercero que adquiriera el bien (art. 670.4 de la LEC). El Tribunal Supremo reconoce que es cierto que el ejecutado podía haber actuado con una mayor diligencia en la

Por todo ello, resulta reprobable que el legislador haya tardado siete años en modificar una previsión legal que ocasiona auténtica indefensión al ejecutado.

5. Ejecutado declarado en concurso

El artículo 551.3, *in fine*, de la LEC establece que el letrado de la Administración de Justicia debe poner en conocimiento del Registro Público Concursal la existencia del auto por el que se despacha la ejecución, con expresa especificación del número de identificación fiscal del deudor, persona física o jurídica contra el que se despache la ejecución. El Registro Público Concursal notificará al juzgado que esté conociendo de la ejecución la práctica de cualquier asiento que se lleve a cabo asociado al número de identificación fiscal notificado a los efectos de suspender la ejecución. De conformidad con el artículo 568 de la LEC el letrado de la Administración de Justicia ha de dictar decreto acordando la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle. Si la ejecución siguiera adelante, la subasta sería nula.

De todos modos, y sin perjuicio de lo antedicho, la DGSJFP³⁰ admite la inscripción del testimonio del decreto de adjudicación en el registro cuando, dictada dicha resolución con anterioridad a la declaración de concurso, ha devenido firme con posterioridad y el testimonio se expide después. Considera que, aun cuando el decreto de adjudicación adquiera firmeza declarado el concurso, no puede verse afectado por esta, ya que la paralización o suspensión de ejecuciones motivadas por la declaración del concurso se refiere a procedimientos iniciados o que se inicien después de la fecha de la declaración del concurso, pero no a los ya concluidos con el correspondiente decreto de aprobación de la adjudicación. Los actos anteriores a la declaración del concurso no se invalidan, sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de las acciones de rescisión cuando sea procedente, posibilidad que, por esencia, no puede darse respecto a actos aprobados en un procedimiento judicial³¹, y ello con independencia de que el documento judicial de

designación de su domicilio, y lo mismo quien había sido su abogado, pues debió comunicar a la comisión judicial un domicilio donde el ejecutado pudiera recibir efectivamente el acto de comunicación, y no limitarse a rechazar la notificación, ya que su cese no le eximía de observar las exigencias mínimas que se derivan del deber general de buena fe, máxime cuando su despacho estaba designado por su cliente para la práctica de comunicaciones, pero el Tribunal Supremo considera que dichos defectos no alcanzan la gravedad que exige el Tribunal Constitucional para excluir la indefensión, pues no hay prueba de que el ejecutado se hubiera colocado al margen del proceso mediante una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja de esa marginación ni que poseyera un conocimiento extraprocésal de la existencia del litigio en el que no fue personalmente emplazado, ya que el ejecutado estuvo en la cárcel durante prácticamente todo el desarrollo del proceso de ejecución hipotecaria, lo cual, sumado a las irregularidades de los actos de comunicación, resta fuerza a la imputación de negligencia como causa de su ausencia del proceso.

³⁰ Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2012.

³¹ Resoluciones de la DGRN de 21 de abril de 2006 y de 28 de noviembre de 2007.

adjudicación se presente cuando ya constare inscrita la declaración del concurso, pues dicha declaración no constituye, propiamente, una carga específica sobre una finca o derecho, que haya de ordenarse registralmente con otras cargas o actos relativos al dominio conforme al principio de prioridad consagrado por el artículo 17 de la LH, sino que hace pública la situación subjetiva en que se coloca al concursado en cuanto al ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre sus bienes y en cuanto a la ejecución judicial o administrativa sobre los mismos, obligando al registrador a calificar los actos cuya inscripción se solicite con posterioridad a la luz de tal situación, teniendo siempre en cuenta las fechas del auto de declaración del concurso y la del acto cuya inscripción se solicita³².

En cuanto al inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados, el párrafo segundo del artículo 568 de la LEC remite a lo previsto en la Ley concursal, actualmente el texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo (modificado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre), conforme al cual se pueden realizar las siguientes afirmaciones:

Los titulares de derechos reales de garantía sean o no acreedores concursales, sobre bienes o derechos de la masa activa *no necesarios* para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado pueden iniciar procedimientos de ejecución o rea-

³² Asimismo, en el AAP de Orense, Sección 1.ª, de 13 de diciembre de 2021 (rec. núm. 499/2020, res. núm. 207/2021), se considera correcta la actuación del juzgado que no suspendió la subasta, a pesar de que se declaró el concurso el mismo día de conclusión de la subasta: «En todo caso, el recurrente considera infringidos los artículos 568.2 y 649.1 de la LEC al alegar que "dicho juzgado no paralizó la subasta judicial ya iniciada, pese a tener conocimiento indubitado de la declaración de concurso de la ejecutada –concurrada– propietaria del subastado bien" puesto que la ejecutada comunicó y solicitó al juzgado su suspensión en fecha 30.10.2019, "es decir, un día antes de la finalización de la subasta", sin que el juzgado suspendiera la subasta judicial ni se inhibiera a favor del juzgado de lo mercantil "tan pronto como tuvo conocimiento de un concurso en el que ejecutada y concursada son la misma persona, ni preguntó a su administrador concursal si el bien subastado se encontraba afecto al concurso antes de finalizar la subasta"».

Ahora bien, del relato de hechos efectuado y de la documental obrante en autos se desprende que no concurren las infracciones que se mencionan, por cuanto tanto el artículo 568.2 como el artículo 649.1, ambos de la LEC, parten de la declaración de concurso. Así, el primero de ellos dispone que «el secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración del concurso [...]. El segundo de los preceptos que se considera infringido por el recurrente, esto es, el artículo 649.1 LEC establece que "en el caso de que el secretario judicial tenga conocimiento de la declaración de concurso del deudor, suspenderá mediante decreto la ejecución y procederá a dejar sin efecto la subasta, aunque esta ya se hubiera iniciado. Tal circunstancia se comunicará inmediatamente al portal de subastas". Para ello es precisa la constancia de la declaración de concurso del deudor y, en el presente caso, la subasta judicial objeto de litis tenía como fecha de apertura el 11.10.2019 y como fecha de cierre el 31.10.2019. Siendo así que el auto de declaración de concurso voluntario es de fecha 31.10.2019 –y aparece aportado a la causa mediante escrito de la ejecutada de 04.11.2019–. Por tanto, se estima correcta la actuación del juzgado en la ejecución litigiosa sin que concurren las infracciones indicadas por el recurrente en su escrito».

lización forzosa sobre esos bienes o derechos, así como alzar la suspensión decretada a causa de la declaración de concurso³³. Para ello deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento cuya tramitación hubiera sido suspendida el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. Cumplido ese requisito, podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el órgano originariamente competente para tramitarla, siendo válida la subasta que se celebre con independencia de la declaración de concurso del ejecutado (art. 146 TRLC).

Por el contrario, desde la declaración de concurso, los titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores concursales, sobre bienes o derechos de la masa activa *necesarios* para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos (art. 145 TRLC). Si se desprendiera del registro que el bien es necesario para la actividad profesional o empresarial del deudor y el juzgado continuara la ejecución, el registrador denegará la expedición de la certificación de dominio y cargas³⁴.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, núm. 191/2011 (NCJ056027), de 12 de diciembre, estima un recurso de amparo por vulneración del derecho de tutela judicial efectiva, en un caso en que el juzgado de 1.^a instancia no acordó la suspensión de las subastas en el procedimiento hipotecario, a pesar de ser los bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor.

No obstante, la previa declaración del carácter necesario de un bien o derecho no impedirá que se presente por el titular del derecho real una solicitud posterior para que se declare el carácter no necesario de ese mismo bien o derecho cuando hayan cambiado las circunstancias (art. 147.3 TRLC).

Por lo demás, hay que tener en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el artículo 148 del TRLC, los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa, sean o no acreedores concursales, podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida (aunque sean bienes necesarios para actividad profesional o empresarial del deudor) en los siguientes casos:

³³ Las acciones o participaciones de sociedades cuyo objeto real exclusivo sea la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad, salvo que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas fuera causa de modificación o de resolución de las relaciones contractuales que permitan al concursado mantener la explotación de ese activo (art. 147.2 TRLC).

³⁴ SSTS, Sala 1.^a, de 28 de junio de 2013 (rec. núm. 554/2011) (NCJ058098), y núm. 674/2013, de 13 de noviembre (rec. núm. 2087/2011).

- 1.º Desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada sobre esos bienes o derechos.
- 2.º Desde que hubiera transcurrido un año a contar de la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación.

En este supuesto, la demanda de ejecución o la solicitud de reanudación de las ejecuciones suspendidas se presentará por el titular del derecho real ante el juez del concurso (juez de lo mercantil), el cual, de ser procedente la admisión a trámite de la demanda o la solicitud de reanudación, acordará la tramitación en pieza separada dentro del propio procedimiento concursal, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda. Una vez iniciadas o reanudadas las actuaciones ejecutivas, no podrán ser suspendidas por razón de las vicisitudes propias del concurso.

En todo caso, cuando se abra la fase de liquidación se producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso o no las hubieran iniciado transcurrido un año desde la declaración de concurso. Los titulares de garantías reales recuperarán el derecho de ejecución o realización forzosa cuando transcurra un año desde la apertura de la liquidación sin que se haya enajenado el bien o derecho afecto (art. 149 TRLC).

Ahora bien, lo antedicho opera si el declarado en concurso es el deudor, puesto que la declaración de concurso del tercer poseedor no afecta a la ejecución de la garantía real (art. 151 TRLC), en cuyo caso podrá iniciarse y tramitarse el procedimiento hipotecario, aunque el bien sea necesario para su actividad profesional y empresarial. El hecho de que la ley autorice a iniciar un procedimiento hipotecario y a no suspenderlo, cuando el concursado tiene la condición de tercer poseedor, tiene como finalidad evitar que cualquier deudor pretenda perjudicar a su acreedor transmitiendo los bienes gravados a un concursado o a una persona cercana al estado de insolvencia³⁵.

Más complicado resulta deslindar qué ocurre cuando el hipotecante no deudor se encuentra declarado en concurso y no el deudor, dado que la legislación concursal no establece ninguna previsión normativa al respecto. Alguna resolución entiende que lo más coherente es otorgarle el mismo tratamiento que al tercer poseedor, aun cuando la ley no lo disponga expresamente, habida cuenta de que la situación es muy similar, dado que ambos son titulares de bienes hipotecados sin ser deudores, por lo que su declaración de concurso tampoco tiene que afectar a la ejecución de la garantía real, dado que el acreedor hipotecario no ostenta un derecho de crédito contra el concursado, aunque la garantía se haga efectiva contra un bien hipotecado que forma parte de su patrimonio³⁶. No obstan-

³⁵ RDGRN de 1 de abril de 2014.

³⁶ SAP de Orense, Sección 1.ª, núm. 214/2018, de 27 de julio, rec. núm. 19/2018.

te, en contra se pronuncia, *obiter dicta*, el Tribunal Supremo, Sala 1.^a, en la sentencia núm. 313/2014, de 18 de junio (rec. núm. 711/2012), que, en un caso de concurso del hipotecante no deudor, considera oportuno paralizar la ejecución de la garantía real. Asimismo, la DGSJFP/DGRN³⁷ considera que no se puede otorgar el mismo tratamiento al hipotecante no deudor que al tercer poseedor, puesto que, mientras que aquel es parte en el negocio jurídico de constitución de la garantía y, normalmente, parte en la obligación garantizada, sin embargo, el tercer poseedor resulta ajeno a la obligación garantizada. El bien inmueble hipotecado se encuentra integrado en el inventario de bienes de la masa activa del concurso del hipotecante no deudor, de acuerdo con el principio de universalidad de la masa activa, de manera que, a efectos de ejecución, debería someterse a las reglas generales y no aplicar por analogía la regulación del tercer poseedor, por lo que el acreedor tendrá que solicitar que el juez del concurso se pronuncie sobre si el activo hipotecado es o no necesario para la actividad del deudor y, si así fuere, no se podrá iniciar la ejecución hasta que no se apruebe un convenio que no impida el ejercicio de ejecución separada o transcurra un año sin que se abra la fase de liquidación.

Distinto será el caso de que el deudor se encuentre declarado en concurso, pero no el hipotecante no deudor. En estos casos, no ofrece duda que esta declaración no presenta relevancia alguna para la sustanciación del procedimiento hipotecario y la subasta del bien³⁸, puesto que si la propia legislación concursal admite la iniciación o prosecución del procedimiento cuando se hallan hipotecados bienes no necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor, cuanto más en el caso de que tales bienes sean del todo ajenos a la masa por ser de titularidad de un tercero³⁹. Si está declarado en concurso el deudor, pero no el hipotecante no hipotecante, la finca que sirve de garantía a dicho crédito, al ser propiedad de un tercero, está excluida de su activo y de la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, que tampoco tendrá competencia para la eventual ejecución de la garantía que deberá seguirse ante el juzgado que corresponda, según las normas procedimentales generales, sin perjuicio, naturalmente, de que el resultado de esa ejecución tenga las consecuencias correspondientes en el procedimiento concursal del deudor⁴⁰. Por lo demás, el juez del concurso carece de legitimación para cancelar una hipoteca cuando el hipotecante no es el deudor concursado, dado que el bien hipotecado no puede formar parte de la masa activa, al pertenecer a un tercero⁴¹.

³⁷ RDGSJFP de 19 de octubre de 2020.

³⁸ STS, Sala 1.^a, de 18 de junio de 2014, res. núm. 313/2014: «Por consiguiente, el acreedor que ha recibido del fiador una garantía real (prenda), en caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor aun hallándose este en concurso, puede ejecutarla en los términos convenidos, hasta donde alcance la garantía».

³⁹ AAP de Granada, Sección 5.^a, núm. 245/2015, de 28 diciembre.

⁴⁰ DGSJFP de 19 de octubre de 2020. Sobre este particular, *cfr.* Sánchez Pérez (2014) y Cano (s. f.).

⁴¹ DGRN/DGSJFP de 10 de diciembre de 2019.

Otro supuesto de prohibición de iniciar ejecuciones o de suspensión de las iniciadas acontece cuando el deudor (persona natural o jurídica) haya comunicado al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra (art. 585 TRLC).

Hasta que transcurran tres meses a contar desde la presentación de la comunicación, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 600 TRLC). Asimismo, desde que reciban la resolución del juzgado teniendo por efectuada la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores, las autoridades que estuvieren conociendo de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional las suspenderán automáticamente hasta que transcurran tres meses a contar desde la comunicación efectuada por el deudor al juzgado competente, salvo que el deudor acredite haber solicitado la prórroga (art. 601 TRLC)⁴².

A solicitud del deudor, presentada en cualquier momento, el juez podrá extender la prohibición de iniciación de ejecuciones, judiciales o extrajudiciales, o la suspensión de las ya iniciadas sobre todos o algunos de los demás bienes o derechos distintos de los necesarios para la actividad empresarial del deudor, contra uno o varios acreedores individuales o contra una o varias clases de acreedores, cuando resulte necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones (art. 602 TRLC).

6. Nulidad de la subasta por apreciar cláusulas abusivas en el título ejecutivo después de su celebración e incluso después de que el adquirente haya inscrito el bien a su nombre

Otro motivo de nulidad de la subasta es la apreciación después de su celebración de cláusulas abusivas en el título ejecutivo.

El artículo 552.1.II de la LEC dispone que si el título ejecutivo no es de carácter procesal, arbitral ni acuerdo de mediación el juez tiene la obligación de analizar, antes de despachar ejecución, si alguna cláusula es abusiva. Asimismo, el artículo 556 del mismo texto

⁴² No obstante la comunicación, los titulares de derechos reales de garantía, incluso por deuda ajena, cuando el deudor de esta sea una sociedad del mismo grupo que la sociedad que haya hecho la comunicación, podrán iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes o derechos gravados. Si la garantía recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se suspenderá por el juez que esté conociendo del mismo hasta que transcurran tres meses a contar desde la comunicación (art. 603.1 TRLC).

legal concede al ejecutado un plazo preclusivo de 10 días siguientes a la notificación del auto despachando ejecución para oponerse por este motivo.

El problema es que el artículo 552.1.II de la LEC tan solo limita dicha obligación al momento anterior a despachar ejecución, siendo que, según la doctrina del TJUE, la obligación del juez de apreciar de oficio cláusulas abusivas se ha de extender a todo el curso del proceso hasta el efectivo lanzamiento.

El TJUE, ya desde la sentencia de 27 de junio de 2000 (caso *Océano vs. Murciano Quintero*), viene declarando la obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello⁴³.

Asimismo, la Corte de Luxemburgo, en la sentencia de 21 de noviembre de 2002, 473/00 (caso *Cofidis*), consideró que la fijación de un límite de tiempo a la facultad reconocida al juez para declarar de oficio la ilegalidad de una cláusula abusiva es contraria a los objetivos de la Directiva 93/13/CEE⁴⁴.

El tribunal tiene facultades de oficio para apreciar cláusulas abusivas incluso en segunda instancia, aun cuando el objeto del recurso haya sido otro y no se haya suscitado esta cuestión en primera instancia (STJUE de 30 de mayo de 2013)⁴⁵. Asimismo, el TJUE, Gran Sala, en sentencia de 17 de mayo de 2022, recurso C-869/19, considera que, conforme a la normativa europea, el tribunal nacional que conozca en apelación de un recurso por cláusulas abusivas puede de oficio acordar la restitución íntegra de lo pagado cuando el consumidor

⁴³ STS, Sala 1.^a, núm. 705/2015, de 23 de diciembre (NCJ060752).

⁴⁴ STJUE, Sala 5.^a, de 21 de noviembre de 2002: «Por lo tanto, resulta que, en aquellos procedimientos que tengan por objeto el cumplimiento de cláusulas abusivas, incoados por profesionales contra consumidores, la fijación de un límite de tiempo a la facultad del juez para no aplicar tales cláusulas, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, puede atentar contra la efectividad de la protección que es objeto de los artículos 6 y 7 de la Directiva».

⁴⁵ El Fővárosi Bíróság de Hungría, mediante resolución de 12 de julio de 2011, planteó al TJUE una cuestión prejudicial en que se preguntaba si debía interpretarse la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por el profesional, está facultado para examinar el carácter abusivo de las cláusulas discutidas, cuando esa causa de invalidez no se haya suscitado en primera instancia, siendo así que, según el derecho nacional, como regla general, en apelación no se pueden alegar hechos o pruebas nuevos. El TJUE, en la sentencia de 30 de mayo de 2013, respondió afirmativamente, considerando que: «En lo que atañe al principio de equivalencia, hay que señalar que se deduce de él que cuando el juez nacional que resuelve en apelación esté facultado, u obligado, a apreciar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las reglas nacionales de orden público, aunque esa disconformidad no se haya suscitado en primera instancia, debe ejercer también esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva».

no pidió el pago íntegro porque en ese momento la jurisprudencia del Tribunal Supremo no lo reconocía, y la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este⁴⁶.

Resulta posible apreciar de oficio la existencia de una cláusula abusiva a lo largo del procedimiento en el momento en que se tenga conocimiento de dicha abusividad, aun cuando dicho conocimiento provenga de las manifestaciones del ejecutado, precluido el plazo de oposición⁴⁷. En el auto de la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 2.ª, 77/2020, de 24 de febrero (rec. núm. 656/2017), incluso se considera oportuno que en un auto resolviendo un recurso de revisión contra el decreto de adjudicación se aprecie la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que hasta entonces no se había analizado. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación contra dicho auto, considerando que a ello no es óbice que no se haya dado audiencia a las partes por 15 días conforme prevé el artículo 552.1.II de la LEC, al no tratarse de una apreciación de oficio de cláusulas abusivas antes del despacho de la ejecución.

El TJUE obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente (STJUE de 26 de enero de 2017 [C421/14])⁴⁸. Solo en el caso en el que el consumidor, habiendo sido informado por

⁴⁶ STJUE, Gran Sala, de 17 de mayo de 2022, recurso C-869/19: «En el asunto principal, queda acreditado que el consumidor no interpuso recurso de apelación ni impugnó la sentencia de primera instancia que imponía una limitación en el tiempo de los efectos restitutorios en relación con las cantidades percibidas en virtud de la cláusula abusiva.

Sin embargo, es preciso subrayar que, en las circunstancias del presente asunto, el hecho de que un consumidor no haya interpuesto recurso en el plazo oportuno puede imputarse a que, cuando el Tribunal de Justicia pronunció la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980), ya había transcurrido el plazo en el que se podía interponer recurso de apelación o impugnar la sentencia en virtud del Derecho nacional [...]. Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este».

⁴⁷ AAP de Málaga, Melilla, Sección 7.ª, núm. 38/2019, de 11 de noviembre (rec. núm. 64/2019).

⁴⁸ El TJUE, en su sentencia de 26 de enero de 2017 (C421/14 [NCJ062005], parágrafo 52, declaró: «[...] en el supuesto de que, en un anterior examen de un contrato controvertido que haya concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio, a la luz de la Directiva 93/13, una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, dicha Directiva impone a un juez nacional, como el del presente asunto, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato».

el órgano judicial, manifieste su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de la cláusula, quedará liberado el órgano judicial de efectuar dicho control⁴⁹.

La doctrina del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, por lo que el juez, aun de oficio, puede realizar los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen de la fase en que se suscite⁵⁰.

Con base en la sentencia del TJUE 26 de enero de 2017, deben distinguirse los supuestos en los que hay un pronunciamiento expreso sobre la no abusividad de una cláusula de aquellos en los que no lo hay, aunque se pudo plantear, y, solo en el primer caso, siendo la resolución firme, se cerraría la posibilidad de su revisión en fases o procedimientos sucesivos.

La sentencia del pleno del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2019 (rec. núm. 1086/2018 [NCJ063894]), secundando los postulados del TJUE, estimó un recurso de amparo en un supuesto en que la recurrente denunció la eventual abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado fuera del plazo de oposición a la ejecución a través de un incidente de nulidad, que fue inadmitido. El Tribunal Constitucional considera que no había precluido la posibilidad de apreciar cláusulas abusivas, por no haber formulado oposición a la ejecución en el plazo legal establecido de 10 días siguientes a la notificación del despacho de ejecución, dado que el TJUE obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula siempre que esta no hubiera sido examinada previamente⁵¹. En similares términos, se pronuncia la Sala 1.^a del Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 8/2021,

En similares términos, en relación con el juicio monitorio, se ha pronunciado el ATJUE, Sala 10.^a, C-122/14, de 21 de junio de 2020 (NCJ061516), conforme al cual la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se opone a una normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución de una resolución de conclusión de un proceso monitorio, aun cuando disponga de todos los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluida en el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que haya dado lugar a ese auto cuando, por falta de oposición del consumidor en el proceso monitorio, el juez que haya dictado el auto no estuviera facultado para proceder a ese examen.

⁴⁹ STJUE de 4 de junio de 2009, Pannon, asunto C-243/2008.

⁵⁰ STS, Sala 1.^a, núm. 52/2020, 23 de enero (rec. núm. 1957/2017) (NCJ064771).

⁵¹ El Tribunal Constitucional entiende que el juzgado de primera instancia, al no atenerse a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, secundada por el TJUE en la sentencia de 26 de enero de 2017, por no analizar la posible nulidad de la cláusula contractual de vencimiento anticipado objeto del incidente de nulidad, ni plantear cuestión prejudicial, había infringido el principio de primacía del derecho de la Unión, incurriendo, por ello, en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso, y, consiguientemente, vulnerando, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (art. 24.1 CE). Por ello, otorga el amparo al recurrente, con declaración de nulidad y retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que el órgano judicial dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

No obstante, esta sentencia contiene un voto particular contrario a la estimación del amparo.

de 25 de enero (NCJ065331) (rec. núm. 4319/2019), y la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 150/2021, de 13 de septiembre (rec. núm. 3866/2019) (NCJ065727)⁵².

No obstante, en algunas ocasiones incluso se permite alegar cláusulas abusivas ya analizadas por el juez antes del despacho de ejecución, por concurrir determinadas circunstancias.

En este sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.^a, núm. 300/2021, de 2 de julio (rec. núm. 716/2019), declara que como el auto dictado en el trámite del artículo 552.1.II de la LEC únicamente es apelable por la parte ejecutante si, a consecuencia de la nulidad por abusiva de una cláusula contractual, se deniega el despacho de ejecución, pero no si se acuerda despachar ejecución (en cuyo caso es irrecurrible para la parte ejecutada), a esta le sigue asistiendo el derecho a formular oposición y recurrir luego en apelación el auto que se dicte, sin que se pueda apreciar cosa juzgada⁵³.

Por lo demás, el TJUE, Gran Sala, en la sentencia de 17 de mayo de 2022, recurso C-600/19 (NCJ066164), ha considerado que cuando el juez, al inicio del procedimiento de

⁵² STC, Sala 2.^a, núm. 150/2021, de 13 de septiembre (rec. núm. 3866/2019) (NCJ065727): «En conclusión, hemos de declarar que la resolución impugnada ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la recurrente (art. 24.1 CE), pues tanto por la falta de motivación material de la misma, en cuanto a la justificación de que se había efectuado una revisión de oficio de todas las cláusulas del contrato de préstamo, como por la decisión de no atender la revisión interesada por la recurrente por ex-temporaneidad, el auto de 24 de mayo de 2019 infringió el principio de primacía del Derecho de la Unión».

⁵³ AAP de Barcelona, Sección 19.^a, núm. 300/2021, de 2 de julio (rec. núm. 716/2019): «El auto de 3 de septiembre de 2018 a que se refiere la resolución apelada, fue dictado en el trámite previo al despacho de ejecución, al dar el juzgado traslado a las partes para que alegasen lo que estimasen oportuno sobre la eventual nulidad, por abusivas, de cláusulas contractuales. Es decir, se procedió al examen de oficio previsto en el art. 552.1 LEC. El citado auto declaró nulas, por abusivas, las cláusulas contractuales referidas a los intereses moratorios y gastos y comisiones por impagos, desestimado la nulidad de otras cláusulas, entre ellas la que prevé el vencimiento anticipado del préstamo al entender que no se había aplicado en el caso de autos al cerrarse la cuenta el 24 de marzo de 2017 y se presenta la demanda de ejecución en mayo de dicho año. Según se infiere de los arts. 551 y 552 LEC, el auto dictado en esa fase previa de control de oficio únicamente es apelable por la aparte ejecutante si, a consecuencia de la nulidad, por abusiva, de una cláusula contractual, se deniega el despacho de ejecución. Pero si se acuerda despachar ejecución, aun cuando se apreciase la nulidad de alguna cláusula que afectase a la cantidad reclamada, el auto es irrecurrible para la parte ejecutada, a la que sigue asistiendo el derecho a formular oposición al auto despachando ejecución y recurrir luego en apelación el auto que se dicte (art. 551.4 LEC). Por tanto, cabe revisar en apelación los pronunciamientos del auto dictado en el incidente de oposición, como es el caso, sin que haya cosa juzgada al respecto, a diferencia de lo que dice el juez *a quo*, salvo por lo que respecta a las cláusulas cuya abusividad fue apreciada en el control *ab initio*.

Por ello, los ejecutados podían oponer la existencia de cláusulas abusivas en el momento en que lo hicieran, es decir, en el trámite de oposición a la ejecución en cuanto a las cláusulas no declaradas abusivas. Esta posibilidad deriva del hecho de que dicho trámite no "consume" su derecho a la oposición, que permanece incólume».

ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el título ejecutivo, pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen, ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez no podrá ya cuestionarse, no opera la cosa juzgada y, por tanto, podrán volverse a analizar esas mismas cláusulas⁵⁴.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha declarado que si el órgano judicial despacha ejecución realizando únicamente una general referencia a que el título ejecutivo no adolece de ninguna irregularidad formal, pero ninguna mención respecto de la inexistencia de abusividad en el clausulado que permita evidenciar que existió siquiera un control judicial externo sobre dicho extremo, incurre en causa de nulidad de actuaciones⁵⁵.

Cabe incluso apreciar la abusividad de una cláusula después de que el rematante en la subasta haya inscrito el bien a su nombre en el registro si no ha tenido lugar el lanzamiento⁵⁶.

⁵⁴ TJUE, Gran Sala, en la sentencia de 17 de mayo de 2022, recurso C-600/19 (NCJ066164): «Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo».

⁵⁵ STC, Sala 2.^a, núm. 154/2021, de 13 de septiembre (rec. núm. 3929/2020) (NCJ065734): «En atención a estos antecedentes y tomando en consideración la jurisprudencia establecida en la citada STC 31/2019, el tribunal concluye, de conformidad con lo también solicitado por el Ministerio Fiscal, que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que (i) la genérica y formularia mención en el auto despachando la ejecución a la inexistencia de irregularidad formal en el título no judicial que da lugar a la ejecución no satisface las exigencias que respecto de la obligación de control judicial sobre la abusividad del clausulado se derivan de la jurisprudencia constitucional y (ii) tampoco lo hace el efecto preclusivo que pretende proyectar el órgano judicial sobre el trámite de oposición por tratarse de una obligación judicial de control que debe ejercerse incluso de oficio.

Por tanto, debe otorgarse el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) con los efectos de la declaración de nulidad las resoluciones impugnadas y la retroacción de actuaciones para que haya un pronunciamiento respetuoso con el derecho constitucional reconocido».

En similares términos, STC, Sala 2.^a, núm. 101/2021, de 10 de mayo (rec. núm. 63/2020) (NCJ065565).

⁵⁶ Sobre este particular la STJUE (Gran Sala) de 17 de mayo de 2022, recurso C-600/19 (NCJ066164), da respuesta a la cuestión prejudicial relativa a si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a una legislación nacional que no permite que un órgano jurisdiccional nacional examine el eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre el bien objeto del contrato en cuestión. La Corte de Luxemburgo responde que «los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 de-

El decreto de adjudicación no fija el *dies ad quem* hasta el que se pueda examinar la posible abusividad de cláusulas del préstamo, sino la entrega judicial de la posesión inmediata de la finca al adquirente, y si, a consecuencia de la abusividad de la cláusula, se declara la nulidad del procedimiento hipotecario, el adjudicatario de la subasta no es tercero protegido por el artículo 34 de la LH, ya que la inscripción no convalida el acto nulo. Una cosa es que se haya perfeccionado la transmisión de la propiedad en el seno del proceso de ejecución hipotecaria, conforme a la teoría del título y el modo, y otra diferente es la fijación del momento preclusivo del deber de controlar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas que conforman el título ejecutivo.

Como dispone el auto de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 4.ª, núm. 211/2021, de 15 de noviembre (rec. núm. 278/2021):

No es el decreto de adjudicación el último hito procesal a partir del cual no es posible ya declarar abusiva una cláusula, sino que dicho momento es la entrega judicial de la posesión inmediata de la finca al adquirente.

Asimismo en el auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, núm. 75/2021, de 15 de abril (rec. núm. 484/2019), se declara:

Aun dictado decreto de adjudicación, puede verificarse el control de oficio de las cláusulas abusivas con el límite previsto en el artículo 695.1.4 de la LEC, es decir, el examen de oficio debe limitarse a la cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o haya determinado la cantidad exigible.

El auto de la Audiencia Provincial de Lérida, Sección 2.ª, núm. 227/2020, de 19 de noviembre (rec. núm. 352/2020), versa sobre un supuesto en que después del decreto de adjudicación y de acordado el lanzamiento, pero dejado sin efecto por el juez al conceder una mora, el ejecutado se opone alegando la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. La Audiencia Provincial declara que en el procedimiento hipotecario en el que se ha producido la adjudicación, pero no la entrega de la posesión material o real, puede oponerse la abusividad de las cláusulas del contrato hasta el momento de entrega de la misma. Se distingue, de esta manera, lo que es la entrega de la posesión mediata de la posesión inmediata, que mientras no se produzca se permite el examen de la abusividad de las cláu-

ben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación nacional que no permite que un órgano jurisdiccional nacional, actuando de oficio o a instancias del consumidor, examine el eventual carácter abusivo de cláusulas contractuales cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien, a condición de que el consumidor cuyo bien ha sido objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria pueda hacer valer sus derechos en un procedimiento posterior con el fin de obtener la reparación, en virtud de la citada Directiva, de las consecuencias económicas resultantes de la aplicación de cláusulas abusivas».

sulas contractuales. Se acuerda el archivo del procedimiento con declaración de nulidad de lo actuado sin que ello impida una nueva demanda ejecutiva basada en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Asimismo, el auto de la Audiencia Provincial Barcelona, Sección 14.^a, núm. 249/2021, de 9 de julio (rec. núm. 672/2020), considera posible la oposición del ejecutado por cláusulas abusivas en el procedimiento hipotecario en un caso en que el ejecutante había procedido a inscribir el inmueble que se había adjudicado en el Registro de la Propiedad, habiéndose producido una *traditio ficta*, aunque no había tenido lugar el lanzamiento⁵⁷.

En este mismo sentido, el auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.^a, núm. 131/2021, de 1 de septiembre (rec. núm. 330/2020), entiende que «poner en posesión» debe interpretarse como el trámite de entregar la posesión inmediata del inmueble, dado que contamos con una interpretación legal para fundamentar esta conclusión, toda vez que la disposición transitoria 4.^a de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y la disposición transitoria 3.^a de la Ley 5/2019, de 15 de mayo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, se refieren a la puesta en posesión del inmueble como el trámite previsto en el artículo 675 de la LEC.

El Tribunal Constitucional considera que a los efectos del deber del órgano judicial de conocer, bien de oficio o a instancia de parte, del posible carácter abusivo de una cláusula contractual, poco importa el momento y cómo llegaron a él los elementos de hecho y de derecho necesarios para verse compelido a hacerlo. En la sentencia de la Sala 1.^a, núm. 44/2022, de 21 de marzo (rec. núm. 3171/2021 (NCJ066050)), conoce de un caso en que no se admitió la oposición del ejecutado por cláusulas abusivas después del decreto de adjudicación, pero antes del lanzamiento, dado que este no se había podido practicar por la conducta de los ejecutados que habían propiciado en dos ocasiones la suspensión del mismo. El Alto Tribunal estima el amparo considerando que la revisión de la abusividad de las cláusulas es factible hasta que no se haya verificado la entrega de la posesión del inmueble al adjudicatario del mismo. Al responsabilizar a los ejecutados de que la toma de posesión del inmueble por

⁵⁷ AAP de Barcelona, Sección 14.^a, núm. 249/2021, de 9 de julio (rec. núm. 672/2020): «La puesta en posesión de la finca a favor del adquirente y el lanzamiento de los ocupantes no es tan siquiera una diligencia necesaria del procedimiento de ejecución, conforme al art. 675 LEC, donde se determina que es una posibilidad que puede instar el adjudicatario pudiendo ser innecesaria porque el bien esté desocupado o simplemente no interesar a este dicha ocupación, por lo que el proceso puede considerarse, dada la eventualidad de esta toma de posesión, concluido en todas sus fases con el dictado del decreto de adjudicación. Sin embargo, en el presente caso, no podemos considerar acreditada la entrega de la posesión mediante la *traditio ficta* prevista en el art. 1.462 CC como sostiene el apelante, cuando consta en el expediente que los deudores residen actualmente en la finca (en el traslado para solicitar oposición a la ejecución en diligencia de 19 de junio de 2019, consta que el procedimiento está pendiente de lanzamiento) y la adjudicataria reconoce implícitamente que no dispone de la posesión, al haberla interesado en varias ocasiones. En consecuencia, procede la desestimación del recurso de apelación al entender la Sala que, en el presente caso, no ha tenido lugar la entrega de la posesión al adquirente y, por ello, es posible el control de abusividad realizado en la resolución recurrida, la cual se entiende perfectamente aplicada en la resolución recurrida».

el adquirente no se llevara a cabo, el órgano judicial que conoció de la apelación no tuvo en cuenta que las suspensiones del lanzamiento fueron fruto de decisiones procesales que dieron respuesta a peticiones legítimas, sin que la parte ejecutante las impugnara.

En conclusión, resulta posible declarar la abusividad de una cláusula en el seno de un proceso de ejecución una vez adquirido el bien en subasta o cedido el remate y antes del lanzamiento, en cuyo caso, si la nulidad por abusividad supusiera el sobreseimiento del procedimiento, afectaría al adjudicatario y también al cesionario del remate⁵⁸, aunque no a un tercero al que estos hubieran enajenado con posterioridad el inmueble que reuniera los requisitos para quedar protegido por el artículo 34 de la LH.

7. Efectos de la declaración de nulidad de la subasta sobre el rematante o adjudicatario y sobre el cesionario de remate

En el caso de que el proceso de ejecución sea declarado nulo, en todo o en parte, por haberse infringido normas esenciales del procedimiento causantes de indefensión (arts. 225.3.º y 562.2 LEC y 238.3.º LOPJ), la venta judicial se verá afectada por dicho pronunciamiento (*quod nullum est nullum producit effectum*).

Si la subasta fuere declarada nula, afectará al rematante, pues para que el artículo 34 de la LH pueda aplicarse debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido, ya que si fuere nulo, entonces se aplicará el artículo 33 de la misma ley, puesto que el artículo 34 protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio⁵⁹; no obstante, si el

⁵⁸ SSTS núms. 906/2004, de 23 de septiembre (rec. núm. 344/1999) (NCJ038906), y 76/2005, de 8 de febrero (rec. núm. 3762/2000) (NCJ050360).

AAP de La Rioja, Sección 1.ª, núm. 131/2021, de 1 de septiembre de 2021 (rec. núm. 330/2020).

⁵⁹ STS núm. 906/2004, de 23 de septiembre (rec. núm. 344/1999) (NCJ038906): «El artículo 33 de la Ley Hipotecaria dispone que "la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes". Cuya norma puede parecer que choca con el artículo 34, primer párrafo, que proclama el principio de fe pública registral y dispone: "El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro". El primero de estos alcanza al adquirente por el negocio jurídico que sea declarado nulo, y no alcanza al subadquirente, tercero hipotecario, que no ha participado en el negocio nulo y queda protegido por el segundo de estos. En consecuencia, si es nulo el procedimiento judicial sumario, el adjudicatario de la subasta no es tercero protegido por el artículo 34, ya que la inscripción no convalida el acto nulo».

AAP de Madrid, Sección 12.ª, núm. 831/2009, de 16 diciembre (AC\2010\396): «En consecuencia, declarada la nulidad de la hipoteca y por ello del procedimiento judicial sumario, el adjudicatario de la subasta, en este caso el acreedor hipotecario en virtud de la cesión del crédito y por ello la novación del contrato no es tercero hipotecario protegido por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, ya que la inscripción no convalida el acto nulo».

rematante o adjudicatario hubiera enajenado a su vez el inmueble a un tercero de buena fe, este se encontrará protegido por dicho precepto si se cumplieren los demás condicionantes que establece el mismo (STS, Sala 1.^a, de lo Civil, núm. 139/2017, de 1 de marzo [rec. núm. 2146/2014] [NCJ062243]), siendo el ejecutante el que debe probar la mala fe del adquirente⁶⁰. De todos modos, si constara en el Registro de la Propiedad la anotación preventiva de la demanda del juicio solicitando la nulidad, el tercer adquirente no podrá alegar buena fe.

La declaración de nulidad de un negocio jurídico transmisivo conlleva la nulidad de la adquisición por razón del mismo, pero si hay una nueva transmisión a un tercero, ajeno a aquel negocio declarado nulo, este es tercero hipotecario, siempre que reúna los presupuestos que exige la LH. En la resolución de la DGSJFP de 15 de octubre de 2021 la cuestión objeto de recurso es la inscripción en el Registro de la Propiedad de un testimonio firme y posterior mandamiento en el que, como consecuencia de haberse declarado nula por abusiva la cláusula de vencimiento anticipado en una ejecución hipotecaria, se ordena la cancelación de una inscripción de adjudicación, así como la nulidad de todas las actuaciones judiciales desde el auto despachando la ejecución. El problema que se plantea es que el adjudicatario ha enajenado a su vez el bien a un tercero. La DGSJFP considera que no se puede cancelar su inscripción por no haber sido parte dicho tercer adquirente en el procedimiento.

Si el bien subastado ha sido enajenado por el rematante o adjudicatario a un tercero con carácter irrevindicable, el ejecutado se deberá conformar con una indemnización pecuniaria.

El Tribunal Supremo⁶¹ considera que se debe aplicar como valor de restitución el que tenían las fincas al tiempo de ser adquiridas por terceros de buena fe a quienes el rematante enajenó el bien, y no al tiempo de la subasta, porque la fecha en que la cosa «se perdió» (art. 1.307 CC) no pudo ser la de la subasta y la consiguiente adjudicación de las fincas, sino la de su posterior transmisión a terceros, por no constar en el Registro de la Propiedad la causa de nulidad.

La normativa aplicable es la contenida en el artículo 1307 del CC, que fija el valor de restitución en el que tenía el bien cuando se perdió, que en este caso se debe identificar con el de enajenación a un tercero, pues ello determina su irrevindicabilidad y la imposibilidad de restitución *in natura*. El cumplimiento por equivalencia trae causa directa de la sobrevenida imposibilidad de cumplimiento de la obligación de devolver los inmuebles por encontrarse legítimamente en poder de terceros registralmente protegidos. La subasta, por sí sola, no supone la pérdida de la cosa a los efectos del artículo 1307 del CC, pues mientras no concurra la enajenación irrevindicable, puede ser recuperada por el ejecutado y, de ser así, resultaría improcedente el cumplimiento por equivalencia. Esta cantidad hay que incrementarla

⁶⁰ Cfr. Díaz Martínez (2001, pp. 143 y 144).

⁶¹ SSTS, Sala 1.^a, de lo Civil, de 11 de febrero de 2003 (rec. núm. 1835/1997, res. núm. 81/2003), y núm. 474/2013, de 17 de julio (rec. núm. 567/2011).

con los intereses legales desde la transmisión de las fincas, sustituidos por los procesales desde la fecha de esta sentencia, que fija la cantidad debida⁶².

La solución es distinta en caso de cesión de remate, ya que el Tribunal Supremo⁶³ ha entendido que la protección que el artículo 34 de la LH dispensa no alcanza al cesionario de remate, al cual le es de aplicación el artículo 33 de la LH, toda vez que su adquisición no es independiente ni autónoma respecto de la del ejecutante, pues la adjudicación del remate para cederlo a un tercero se configura como una cesión del contrato que, en realidad, supone la transferencia de un sujeto a otro de los elementos activos y pasivos derivados del contrato, siendo objeto de cesión el conjunto de efectos contractuales considerados como un *totum*, por lo que, tratándose de un negocio unitario, aunque se produzca sustitución de una parte, la nulidad o ineficacia del mismo alcanza a todos los sujetos. Esta doctrina de nuestro Alto Tribunal resulta coherente con el hecho de que la cesión de remate sea un «contrato por persona a designar» (*per personam nominandam*), conforme al cual el que efectúa dicha designación o *electio* desaparece de la relación jurídica como si nunca hubiera intervenido en la misma y con efectos *ex tunc*, por lo que no se han producido dos enajenaciones consecutivas del bien, sino una sola.

8. Venta en subasta de un bien que no pertenece al ejecutado

En caso de que el ejecutado no sea propietario del bien por pertenecer a un tercero, lo más oportuno es que este interponga una tercería de dominio antes del momento en que el rematante o adjudicatario adquiera el bien subastado.

⁶² SAP de Alicante, Sección 9.ª, núm. 453/2010, de 11 noviembre.

⁶³ STS 906/2004, de 23 de septiembre (rec. núm. 344/1999) (NCJ038906): «En el caso presente, pues, la protección del artículo 34 no alcanza al adjudicatario, la sociedad codemandada Industrias Isla Color, S. L. Esta, como dijo la sentencia de 18 de febrero de 1994, que ahora se reitera, adquirió la finca objeto de ejecución hipotecaria, por cesión de remate y esta no es sino una aplicación concreta del negocio jurídico por persona a designar, por el que una parte se reserva la facultad de designar a una persona determinada para que ocupe el puesto de parte en el negocio jurídico que el anterior perfeccionó [...].

La protección al tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, uno de cuyos presupuestos es la adquisición del titular registral, exige que la titularidad registral exista en el momento de la perfección del contrato, no en el momento de la inscripción a favor del adquirente. Así lo expresa la sentencia de 22 de abril de 1994 y ahora se reitera, en estos términos: "En el momento de esa adquisición (esto es, con independencia del posterior en el tiempo acceso en el Registro, porque, en efecto, el precepto con ese requisito se refiere al acto adquisitivo en sí) no podía ser persona que, según la constancia del mundo registral, apareciese con facultades para transmitirlo".

En similares términos, STS, Sala 1.ª, núm. 76/2005, de 8 de febrero (rec. núm. 3762/2000) (NCJ050360). Véase el comentario de esta última sentencia de Diéguez Oliva (2006, pp. 171 y ss.).

Secundando esta jurisprudencia, AAP de La Rioja, Sección 1.ª, núm. 131/2021, de 1 de septiembre [rec. núm. 330/2020].

El problema es que no haya interpuesto en tiempo y forma dicha tercería, en cuyo caso resulta difícil de solventar el conflicto de intereses que existe entre el tercero, propietario de un bien embargado por error en una ejecución ajena, y el rematante en la subasta que haya confiado en la publicidad registral; especialmente, resulta conflictivo si podrá ser cancelada tras la subasta la inscripción del *verus dominus* cuando este hubiera inscrito el bien a su nombre después de la anotación preventiva de embargo.

A favor de que prevalezca el derecho del *verus dominus* y de que el rematante no pueda inscribir a su favor el bien adquirido en pública subasta se ha alegado lo siguiente⁶⁴:

En primer lugar, que las anotaciones de embargo no otorgan preferencia sobre los actos dispositivo anteriores, aunque no hayan sido inscritos (arts. 44 LH y 1.923.4 CC).

En segundo lugar, que el rematante no cumple la exigencia de tracto sucesivo, proclamada en el artículo 20 de la LH, pues no trae causa del ejecutado, ya que este enajenó el bien antes del embargo y, por tanto, como la traba recayó sobre cosa ajena, es nula.

En tercer lugar, que resulta inaplicable el artículo 34 de la LH, pues este tan solo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio, respecto del que –si es inexistente, nulo o anulable– la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria.

⁶⁴ Resoluciones de la DGRN de 16 de octubre de 1974, 5 de marzo de 1982, 12 de septiembre de 1983 y 3 de octubre de 1985. Estas resoluciones estiman que si la escritura pública a favor del tercer adquirente es de fecha anterior a la traba, aunque acceda al registro tras la anotación preventiva de embargo, no puede ser cancelada por el que haya resultado adjudicatario en la subasta, sin perjuicio del derecho de los interesados, conforme al artículo 66 de la LH, de acudir a los tribunales para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de sus respectivos títulos o de la preferencia de sus derechos.

En similares términos, Fernández Cabaleiro (1975, p. 156). En opinión de este autor, si un tercero que adquirió el bien con anterioridad al embargo lo inscribe a su favor tras la anotación preventiva de embargo, cuando el rematante en la subasta pretenda inscribir el bien a su nombre, se deberá denegar por el defecto insubsanable de figurar inscrito a favor de persona distinta de aquella contra la que se siguió el procedimiento. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 8 de julio de 1975, declara procedente la cancelación de las anotaciones y el levantamiento de los embargos trabados con posterioridad a la enajenación del bien por recaer sobre bienes ajenos. Asimismo, en la STS de 8 de marzo de 1993 confirma la decisión de la audiencia provincial que había declarado la nulidad del embargo, de la subasta, de la cesión del remate, de la escritura pública otorgada, de la diligencia de entrega de la vivienda y de los asientos o inscripciones registrales realizados con base en la escritura pública de adjudicación. El Tribunal Supremo, en estas sentencias, parte de que el embargo de bienes del deudor solo puede recaer sobre los que estén incorporados a su patrimonio y de que la anotación preventiva de embargo no produce efectos contra terceros cuyo derecho sea anterior, aunque no haya sido registrado.

De fecha más reciente, véanse las SSTS de 10 de junio de 2003 (rec. núm. 3102/1997) (NCJ038414), 16 de junio de 2003 (rec. núm. 3385/1997) y 25 de mayo de 2006 (rec. núm. 3844/1999) (NCJ050378).

En cuarto lugar, que en estos supuestos no se da una doble venta, pues esta requiere que, cuando se perfeccione la segunda enajenación, la primera no haya sido todavía consumada, pues si la que fue concertada en primer lugar hubiera quedado totalmente consumada, ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena o una inexistencia de la segunda venta por falta de objeto.

Por el contrario, en pro de amparar el derecho del rematante en la subasta se puede argumentar:

En primer lugar, que del contenido de la regla 2.^a del artículo 175 del RH se deduce la procedencia de cancelar la inscripción que el tercer adquirente haya realizado a su favor con posterioridad a la anotación preventiva de embargo, y ello con independencia de que su adquisición fuera anterior a la traba, pues el tercero, aun propietario del bien, no solo retrasó la inscripción de su derecho, sino que además se abstuvo de interponer una tercera de dominio; por lo que, del mismo modo que la apariencia registral de que el ejecutado era propietario del bien posibilitó el embargo, también ha de posibilitar la inscripción a favor del rematante, correspondiendo a quien contradiga dicha apariencia la carga de la iniciativa procesal.

En segundo lugar, al acceder al registro el remate, lo procedente es que se cancelen todas las inscripciones posteriores a la traba, aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores (art. 674 LEC)⁶⁵, subsistiendo aquellas enajenaciones o gravámenes basados en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo y no afectados por ella.

En tercer lugar, el artículo 34 de la LH ampara las adquisiciones a *non domino*, precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente, que según el registro aparezca con facultades para transmitir el inmueble⁶⁶.

En cuarto lugar, esta postura no causa indefensión al *versus dominus*, especialmente si ha inscrito su derecho con anterioridad a la expedición de la certificación de cargas⁶⁷, ya que el registrador le deberá comunicar la existencia de la ejecución, por ser titular de un derecho que figura en un asiento posterior al del ejecutante, y si ha inscrito su derecho con posterioridad, conocerá el apremio por la nota marginal (art. 659 LEC).

⁶⁵ Cfr. Sarmiento Ramos (1993, p. 23), Rica Arenal (1958, p. 794), Pardo Núñez (1997, p. 113) y Sánchez Gil y González-Haba Guisado (1995, pp. 91 y 92).

⁶⁶ SSTS de 19 de octubre de 1998 (rec. núm. 938/1998), 24 de junio de 2004 (rec. núm. 2193/1998 (NCJ036013), 25 de octubre de 2004 (rec. núm. 2274/2001) (NCJ039303), 30 de diciembre de 2005 (rec. núm. 1973/1999) (NCJ042775), 21 de julio de 2006 (rec. núm. 3824/1999) (NCJ050375), y, pleno de lo Civil, de 5 de marzo de 2007.

⁶⁷ Cfr. Talma Charles (2001, pp. 558 y 559).

El artículo 594 de la vigente LEC secunda esta última tesis, al establecer que el embargo trabado sobre bienes que no pertenecen al ejecutado es, no obstante, eficaz si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no pudiendo impugnar la enajenación de bienes embargados si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva, todo ello sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación.

La acción de enriquecimiento injusto o de resarcimiento de daños y perjuicios contra el ejecutado es consecuencia de que este no realizara las diligencias necesarias para que se pudiera conocer la existencia de la venta privada anterior al embargo⁶⁸. El ejecutado que se haya enriquecido injustamente a causa de la venta en pública subasta de un inmueble perteneciente a un tercero responderá por la cantidad por la que verdaderamente se haya enriquecido, *id est*, el precio obtenido en la subasta, y no propiamente por el valor de mercado del bien, por lo que la diferencia se le habrá de reclamar en concepto de daños y perjuicios, pudiéndose ejercitar ambas acciones contra el ejecutado conjuntamente.

Por lo demás, aunque el artículo 549.2 de la LEC reconoce la posibilidad de interesar la nulidad de la subasta, esta no procederá por el mero hecho de haberse enajenado un bien ajeno, sino por otros motivos de nulidad, como haberse infringido las normas que regulan su celebración si se ha ocasionado indefensión o cuando, habiendo interpuesto una tercería de dominio, no se hubiera suspendido indebidamente la realización forzosa⁶⁹.

⁶⁸ STS núm. 510/2002, de 29 de mayo (rec. núm. 3964/1996) (NCJ042270): «Son requisitos del enriquecimiento sin causa: a) Un aumento en el patrimonio o una disminución del mismo con relación al demandado; b) un empobrecimiento del actor representado por un daño positivo o por un lucro frustrado; y c) inexistencia de una causa justa, entendiéndose por tal aquella situación jurídica que autorice al beneficiario de un bien a recibirle, sea porque existe una expresa disposición legal en este sentido, o sea porque se ha dado un negocio jurídico válido y eficaz –sentencias de 23 may. y 23 nov. 1989, 21 ene., 5 y 23 feb., 7 mar., 23 abr., 22 oct. y 13 dic. 1991, 23 feb. 1992, 30 sep. 1993, 31 oct. 1994 y 19 dic. 1996, entre otras muchas–».

⁶⁹ STS núm. 139/2017, de 1 de marzo (rec. núm. 2146/2014) (NCJ062243): «En consecuencia nos encontramos ante un supuesto de nulidad de la adjudicación, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 598.1 LEC la ejecución debió quedar paralizada respecto de dicho bien inmueble desde el momento de la interposición de la demanda de tercería hasta que se dictara resolución firme sobre la misma, ya que la tercería se interpuso antes de la transmisión de la propiedad del bien subastado, que se produce mediante el otorgamiento del auto o decreto de adjudicación. Así lo reitera la sentencia de esta sala 414/2015, de 14 de julio (NCJ060226), al decir que:

En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 de diciembre de 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009, de 3 de

Asimismo, si el tercero a quien el ejecutado ha enajenado la finca antes del embargo pretende defender su derecho sobre el bien, no le bastará con alegar que el embargo se trabó sobre un bien que no pertenecía al ejecutado⁷⁰, sino que deberá desvirtuar la buena fe del rematante probando que conocía que el contenido del registro era inexacto⁷¹ o que el proceso de ejecución que originó la anotación preventiva de embargo fue fraudulento (v. gr., por connivencia entre el aparente acreedor y el ejecutado simulado)⁷².

El pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de marzo de 2007 (rec. núm. 5299/1999) (NCJ042848), determinó que la circunstancia de no pertenecer al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a un tercero que no inscribió la enajenación a su favor, no ocasiona la nulidad de la subasta, pues no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el registro y a su vez inscribió a su nombre el bien, lo que supone un efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el registro. Podrían tal vez objetarse en contra razones de justicia material, que pueden parecer especialmente poderosas respecto de los compradores de viviendas en documento privado, impedidos por ello de inscribir su adquisición, que se ven privados de su propiedad, pese a haber entrado en posesión de las viviendas compradas, cuando se sigue un procedimiento de apremio contra la entidad vendedora, titular registral, y tal procedimiento culmina con la venta judicial o administrativa a un tercero que inscribe su adquisición. Pero no lo es menos que tal situación es una consecuencia necesaria de nuestro sistema registral y que su remedio habrá de buscarse, *en la etapa inicial*, en las garantías normativas y contractuales de las cantidades entregadas a cuenta del precio; *en su etapa intermedia*, en la tercería de dominio; y *en su etapa final*, en la demostración de la ausencia de buena fe del tercero o, incluso, en la tercería de mejor derecho sobre el producto de la venta judicial o administrativa, y desde luego siempre sin perjuicio de las acciones personales, e incluso penales, que procedan contra el vendedor o, en su caso, de los derechos cuyo reconocimiento proceda obtener en el concurso⁷³. El Tribunal Supremo declara en esta sentencia que:

noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil».

⁷⁰ La nulidad de la enajenación no puede sostenerse por el mero hecho de que el bien no pertenezca al deudor (cfr. Salas Carceller, 2006, p. 3).

⁷¹ El artículo 34 de la LH exige que concurra buena fe en el momento de la adquisición del bien, y no la hay cuando se conoce o pudo conocer con una mínima diligencia la existencia de la traba.

Cfr. Vela Sánchez (2007). A juicio de este autor: «En el caso de doble venta judicial de un inmueble inscrito es de preferente aplicación el principio de fe pública del artículo 34 LH que consagra una adquisición a *non domino*, por lo que deben cumplirse todos sus presupuestos, incluido el de la registración a favor del tercero, de modo que el momento decisivo para apreciar su buena fe no es –como suele entender el Tribunal Supremo– el de la consumación de la compra por conjunción de título y modo (ex artículo 609 CC), sino el de la propia inscripción en el Registro».

⁷² Cfr. Alfint Massot (1996, pp. 307-308).

⁷³ Cfr. López de la Peña Saldías (2007) y Castillo Martínez (19 de diciembre de 2008, pp. 1 y 7).

La doctrina sobre el artículo 34 LH que procede dejar sentada comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones a *non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente.

La ulterior sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, núm. 928/2007, de 7 de septiembre (rec. núm. 3150/2000) (NCJ039224), viene a sentar esta doctrina, declarando que no cabe sostener que la segunda venta sea nula o inexistente por falta de objeto o de poder de disposición del transmitente, y en similares términos se pronuncian otras sentencias posteriores⁷⁴ en que el Tribunal Supremo considera que la protección del tercero que adquiere en pública subasta un bien que no pertenece al ejecutado se encuentra justificada por la necesidad de reforzar la confianza en el registro, garantizando a los que adquieren derechos inscritos que van a ser mantenidos en dicha titularidad con independencia de que su título inscrito no coincida con la realidad extrarregistral.

La doctrina de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo es que si se produce una venta que no se inscribe en el Registro de la Propiedad y posteriormente ese bien se embarga al titular registral, que ya no es propietario, y se subasta, adquiriéndose por un tercero, se produce una adquisición a *non domino* por este segundo comprador y una pérdida de la propiedad por el primero.

De todos modos, en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2012 (rec. núm. 89/2009), se considera inaplicable la protección que brinda el artículo 594 de la LEC al adjudicatario en subasta de una finca embargada no perteneciente al ejecutado en los supuestos de doble inmatriculación⁷⁵.

⁷⁴ Reiteran esta doctrina: SSTS, Sala 1.^a, de lo Civil, núm. 980/2008, de 3 de noviembre (rec. núm. 204/2003); núm. 1128/2008, de 20 de noviembre (rec. núm. 2402/2003), núm. 147/2009, de 6 de marzo (rec. núm. 251/2004); núm. 344/2008, de 5 de mayo (NCJ045907), y núm. 541/2017, de 4 de octubre (NCJ062849).

⁷⁵ STS, Sala 1.^a, de lo Civil, núm. 17/2012, de 25 de enero (rec. núm. 89/2009): «Lo regulado en el artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es el supuesto de embargo de un bien como de titularidad del deudor cuando no lo es, exigiéndose entonces al verdadero titular una determinada conducta activa. Pero en un caso como el de la doble inmatriculación, ante el que nos hallamos, resulta que lo realmente embargado ha sido la finca registral n.º ..., inscrita a nombre del deudor, y no la n.º ..., inscrita a nombre de los demandantes, con independencia de la coincidencia física entre una y otra, por lo que no podían estos ejercer acción de tercería de dominio aunque hubieran conocido la traba ni podía el Juzgado adoptar previsión alguna según lo establecido por el artículo 593 de la Ley Procesal. La protección que da el artículo 594 al adjudicatario en subasta de la finca embargada al deudor se refiere a la titularidad

Por lo demás, no se puede considerar irrevindicable la adquisición del bien por el rematante o adjudicatario que no ostentó buena fe, en cuyo caso el *verus dominus* podrá ejercitar una acción reivindicatoria o una declarativa de dominio⁷⁶. El adjudicatario de un bien que no pertenece al ejecutado y que inscribe su adquisición, para quedar protegido frente a la acción del verdadero propietario debe ser de buena fe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la LH.

Bien es cierto que aunque el *verus dominus* inscriba su adquisición antes que el rematante en el registro, no evitará la cancelación de dicha inscripción tras la subasta (art. 674 LEC), pero la cancelación de la inscripción del primer adquirente lo único que hace es colocar al adjudicatario en la cómoda posición pasiva de ser demandado y obligar al verdadero propietario a presentar un juicio declarativo.

El Tribunal Supremo⁷⁷ ha declarado que en dicho juicio declarativo hay que demandar no solo al actual propietario del inmueble, sino también al ejecutado y al ejecutante, pues la declaración de nulidad de la subasta como consecuencia de haberse seguido indebidamente la ejecución contra un bien, por no ser de titularidad del deudor en el momento en que se produjo la traba, implica efectos jurídicos directos no solo contra el adjudicatario del bien, sino también contra el deudor ejecutado (*que vería renacer su responsabilidad sin posibilidad de atacar la validez de la enajenación que se le atribuye y de sostener que el bien continuaba siendo de su propiedad*) e incluso para el ejecutante (*que podría verse obligado a devolver lo percibido para la satisfacción de su crédito en virtud de un negocio jurídico declarado nulo*). Se trata de afectaciones directas y no de meros efectos reflejos o indirectos, que imponen la presencia de los citados sujetos en el proceso.

La jurisprudencia⁷⁸ identifica la buena fe con la creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si se quiere, con el desconocimiento de que la misma se ha vendido antes a otro con eficacia traslativa; sin embargo, también se considera desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuen-

de la misma, que efectivamente adquiere, pero no sana el defecto en la inscripción, bien esté referido tal defecto a la propia existencia real de la finca o a sus circunstancias físicas, como tampoco decide inexorablemente a su favor la situación de patología registral en que consiste la doble inmatriculación».

⁷⁶ La acción reivindicatoria y la acción declarativa del dominio son acciones reales dirigidas a la protección del derecho de propiedad, pero mientras que la acción reivindicatoria la ejercita quien, siendo propietario de la cosa, no es poseedor, la acción declarativa de dominio la puede ejercitar el propietario que está en posesión del bien, frente a perturbaciones que afectan a su derecho.

Véanse, sobre la acción reivindicatoria y su problemática, Botana García (1 al 15 de junio de 2004, p. 1.318 y ss.) y Sánchez-Calero Arribas (1 al 15 de febrero de 2010, p. 343).

⁷⁷ STS núm. 941/2006, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 2 octubre (NCJ047147).

⁷⁸ SSTS, Sala 1.ª, núm. 890/1999, de 25 de octubre (rec. núm. 545/1995); núm. 235/2001, de 8 de marzo, (rec. núm. 473/1996) (NCJ039851); 962/2006, de 11 de octubre (rec. núm. 4490/1999) (NCJ047155), y 928/2007, de 7 de septiembre (rec. núm. 3150/2000) (NCJ039224).

cia de la negligencia del adquirente. La concepción «ética» de la buena fe, según la cual no basta la simple ignorancia de la realidad, sino que se precisa una actuación diligente, que va más allá de la simple consulta del registro, ha sido confirmada por el Tribunal Supremo (sentencias de la Sala 1.^a, de 12 de enero de 2015 [rec. núm. 967/2012] [NCJ059438], y núm. 541/2017, 4 de octubre [NCJ062849]). La protección registral se limita cuando el adquirente no ha desplegado una diligencia acorde con las circunstancias para cerciorarse de que hay coincidencia entre la realidad y el registro, es decir, cuando tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída, de hecho y a título de dueño, por persona distinta de su transmitente.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, núm. 208/2020, de 29 de mayo versa sobre una demanda interpuesta por la propietaria de una plaza de garaje que no había inscrito su título en el Registro de la Propiedad cuando se decretó su embargo en ejecución de una sentencia dictada en un monitorio seguido contra quien se la había vendido años atrás y continuaba figurando como titular registral. La propietaria se personó en el procedimiento de ejecución, impugnó el decreto de adjudicación y promovió incidente de nulidad de actuaciones antes de que se inscribiera la adjudicación en el Registro de la Propiedad, pero sus solicitudes fueron desestimadas por considerar el órgano ejecutante que en ese momento el reconocimiento del derecho de propiedad excedía del ámbito de la ejecución y debía ventilarse en el declarativo correspondiente. La propietaria interpone entonces demanda contra el ejecutante, deudor ejecutado y adjudicatario mediante la que solicita que se declare la nulidad de la ejecución. Solicita también que se declare su derecho de propiedad sobre la plaza de garaje que no habría sido adquirida de manera irrevocable por la adjudicataria, dada la ausencia de buena fe. El Tribunal Supremo da la razón a la propietaria considerando que se le generaría indefensión si, en atención a las circunstancias del caso, se consolidara la adquisición de la adjudicataria que no había inscrito cuando se personó en el ejecutivo la verdadera propietaria, a la que se remitía a un declarativo para debatir sobre la titularidad del bien mientras seguía avanzando y culminaba la ejecución. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 594 de la LEC, el límite para la tutela real del verdadero propietario es la adquisición irrevocable del adjudicatario y esa situación de irrevocabilidad requiere buena fe e inscripción. La inscripción a favor del adjudicatario no excluye la posibilidad de que en un juicio declarativo se ejerciten con éxito las acciones correspondientes al propietario, cuyo límite de defensa se encuentra en que la adquisición del adjudicatario sea irrevocable conforme al derecho sustantivo, tal y como con claridad resulta del artículo 594 de la LEC.

En parecidos términos se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Cartagena, Sección 5.^a, núm. 13/2022, de 18 de enero (rec. núm. 224/2020), que da la razón al *versus dominus*, al considerar que la adjudicataria en la subasta no había adquirido la propiedad de forma irrevocable frente a quien había adquirido antes de la anotación de embargo y había inscrito antes de la inscripción del decreto de adjudicación⁷⁹.

⁷⁹ SAP de Murcia, Cartagena, Sección 5.^a, núm. 13/2022, de 18 de enero (rec. núm. 224/2020): «Por tanto, aplicando la anterior Jurisprudencia a este asunto (que es reiterada desde antiguo) nos encontramos

Referencias bibliográficas

- Alfint Massot, J. M. (1996). Registro de la propiedad y vía de apremio. Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de apremio. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 29. CGPJ.
- Añón Calvete, J. (29 de septiembre de 2017). Ejecución de hipoteca en procedimiento declarativo (Comentario a la RDGRN de 1 de febrero de 2017). *Noticias Jurídicas*.
- Botana García, G. A. (1 al 15 de junio de 2004). Acción reivindicatoria. *Actualidad Civil*, 11(1).
- Callejo Carrión, S. y Prada Rodríguez, M. de (1 de feb. de 2015). El requerimiento de pago en el proceso de ejecución hipotecaria (A propósito de la STS de 13 de marzo de 2014). *Actualidad Civil*, 2. Wolters Kluwer.
- Cano, V. (s. f.). La figura del hipotecante no deudor en el procedimiento concursal (parte I). Chavarri Abogados. <http://chabogados.es/wp-content/uploads/2017/03/ART-3-CONCURSAL-NEWSCHAVA-RRRI-01.pdf>
- Casero Linares, L. (2010). En J. Garberí Llobregat (Dir.), *Los procesos civiles*. Bosch.
- Castillo Martínez, C. (19 de diciembre de 2008). El nuevo planteamiento jurisprudencial de los arts. 1.473 CC y 34 LH (revisión crítica SSTS, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, de 7 de septiembre de 2007 y de 5 de mayo de 2008). *Diario La Ley*, 7080.
- Díaz Martínez, A. (2001). *La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Aspectos civiles y registrales*. Aranzadi.
- Diéguez Oliva, R. (2006). La cesión de remate en las ventas judiciales y la figura del negocio para quien corresponda. Comentario a la STS de 8 de febrero de 2005. *Revista de Derecho Patrimonial*, 17.
- Fernández Cabaleiro, E. (1975). Comentario a la Resolución de 16 de octubre de 1974. *RCDI*, 506.
- Font de Mora Rullán, J. (23 de mayo de 2018). El talón de Aquiles de la subasta judicial electrónica: la notificación de la convocatoria de la subasta a los demandados no personados. Crítica al artículo 645 de la LEC. *Diario La Ley*, 9203. Wolters Kluwer.
- Izquierdo Blanco, P. y Picó i Junoy, J. (Dirs.). (2014). *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente*. Bosch.
- López Chocarro, I. (5 de noviembre de 2019). La liquidación de cargas como paso previo a la subasta judicial. Problemas prácticos y posibles fraudes que justifican una futura reforma. Análisis arts. 657.2 y 666.2 LEC. *Diario La Ley*, 9511. Wolters Kluwer.
- López de la Peña Saldías, F. (2007). El tercero hipotecario: fin de una controversia. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 14.

con que el recurso debe prosperar, siendo estimada la demanda y desestimada la reconvencción, pues lo cierto es que los demandados han adquirido en una subasta judicial derivada de una ejecución de un título judicial de una entidad que no era la real propietaria del inmueble (incumpliendo por tanto lo previsto en el art. 1.911 del Código Civil), habiendo procedido los verdaderos titulares a presentar e inscribir su título anterior a la anotación preventiva, antes de la inscripción de los Decretos del Juzgado ejecutante que motivaron la adjudicación del bien a los apelados, por lo que concurren los supuestos previstos en la Jurisprudencia citada (la adquisición del verdadero titular es muy anterior a la anotación preventiva de embargo), debiendo por todo ello, como ya se ha expuesto, estimar el recurso de apelación en los términos interesados por los actores reconvenidos».



- Pardo Núñez, C. (1997). *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*. Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña.
- Rica Arenal, R. de la (1958). *Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas*. *RCDI*, XXXI.
- Rivas Torralba, R. (2001). *Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución*. Centro de Estudios Registrales. Fundación Benéficientia et Peritia Iuris.
- Sabater Sabaté, J. M. (2012). *La liquidación de cargas en el proceso de ejecución* [Tesis doctoral]. Universitat Rovira i Virgili.
- Salas Carceller, A. (2006). *La venta de cosa ajena al deudor en una subasta judicial*. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 7.
- Sánchez Gil, J. L. y González-Haba Guisado, V. (1995). *Cien cuestiones registrales*. Tecnos.
- Sánchez Pérez, L. (2014). *El hipotecante no deudor en concurso: un falso amigo para el acreedor garantizado*. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10. BIB 2014\482.
- Sánchez-Calero Arribas, B. (1 al 15 de febrero de 2010). *La acción reivindicatoria*. *Actualidad Civil*, 3(1).
- Sarmiento Ramos, J. (1993). *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- Talma Charles, J. (2001). *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*. Centro de Estudios Registrales.
- Tomé Paule, J. (2003). *El requerimiento de pago y el embargo*. *Estudios Jurídicos. Secretarios Judiciales*, 1.
- Vela Sánchez, A. J. (2007). *La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios*. *ADC*, LX, fasc. I.

Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos en la demanda

Comentario a la STS de 27 de abril de 2022

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

El comentario de esta reciente sentencia del Tribunal Supremo se centra en una demanda interpuesta por un particular contra una entidad bancaria, que solicita la devolución de las cantidades de dinero entregadas a cuenta a la cooperativa de viviendas por el concepto «adquisición de una vivienda nueva». Nada extraordinario en este aspecto, simplemente se está instando a la devolución del dinero que se deposita como forma normal de comprar una vivienda en el futuro; algo absolutamente habitual, que tiene su causa en la declaración concursal de la cooperativa y la frustración de la construcción prevista. Lo excepcional radica en analizar si el juicio anterior con sentencia firme, que ya se ha pronunciado sobre la garantía de esas cantidades entregadas, tiene o no efecto de cosa juzgada (más adelante se aclara), al demandar varios cooperativistas a la entidad bancaria –entre ellos el mismo que ahora demanda nuevamente–, y si lo alegado con posterioridad pudo haberse alegado en el juicio anterior para eludir la excepción de litispendencia. Nos estamos refiriendo al valor de una posible acción declarativa previa sobre el reconocimiento de un derecho a los efectos de poder condicionar la demanda posterior de condena. Es la litispendencia, la preclusión de los actos procesales por el impedimento claro del artículo 400.2 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) cuando nos dice: a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este. O bien, el artículo 222 en el mismo sentido: «La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo». La posibilidad o no de entablar un nuevo pleito

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de diciembre de 2022).

por el cooperativista, una vez deducido otro con sentencia firme anterior, a los efectos de identidad subjetiva u objetiva, es lo que ocupa el razonamiento de esta sentencia del Tribunal Supremo, destacada también por la exposición resumida y actual que hace de estos temas invocados como excepciones procesales (cosa juzgada, preclusión, litispendencia...).

La perspectiva jurídica que aquí nos interesa, por consiguiente, es la argumentación que se realiza de la oposición a la demanda en cuanto al fondo se refiere y, para el caso de la desestimación de esta pretensión principal, la consecución del mismo objetivo alegando la prescripción de la acción y las excepciones de cosa juzgada y preclusión de la reclamación. En estos aspectos procesales se centra el comentario y el análisis que se hace del recurso de casación interpuesto por el particular cooperativista, pues en apelación se le da la razón al banco y, evidentemente, es el actor quien ahora interpone la casación, anunciando por adelantado que el Tribunal Supremo va a aceptar su recurso por infracción procesal. El banco, en esencia, se había opuesto alegando haber «transcurrido sin interrupción más de cinco años desde que se pudo ejercitar la pretensión, la cosa juzgada material, porque sobre la misma pretensión ya había recaído sentencia firme en el anterior litigio entre las mismas partes, la preclusión de la acción, dado que el demandante pudo ejercitar la acción de condena en ese mismo litigio precedente», entre otros motivos.

En la primera instancia, el banco es condenado a pagar la cantidad de 73.709,85 euros, así como al pago del interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda. Interpuesto el correspondiente recurso de apelación, que se tramitó con el n.º 249/2018 de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, la sentencia de 14 de noviembre de 2018 estima la apelación.

La base del recurso de casación que se interpone a continuación está en efecto de cosa juzgada, que puede o no tener la sentencia recaída en otro proceso anterior, en el que se le da la razón al mismo particular y a otros cooperativistas que habían demandado al mismo banco como depositario de las cantidades anticipadas por la adquisición futura de la vivienda. El efecto preclusivo que tiene lo juzgado con anterioridad y el negativo de la cosa juzgada son los temas a tratar (arts. 222 y 400.2 LEC). Porque el efecto material excluye un nuevo proceso que tenga por fin el idéntico objeto y lo resuelto en el juicio, vincula «al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal». De otro lado, cuando se habla de preclusión nos estamos refiriendo a la alegación de hechos y fundamentos jurídicos en un litigio posterior que pudieron y debieron alegarse en el anterior. Concretamente, y como dispone el artículo 400.2 en el que se basa el recurso, «a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este».

Al margen de lo anteriormente indicado, es lógico también que invoque la aplicación del artículo 1.2.ª de la Ley 57/1968, de 27 de julio (actual disposición adicional primera de la

Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación) sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que garantiza la devolución del dinero; porque el fundamento de esa ley consiste en evitar los abusos reiterados y la alarma que genera la frustración de la ejecución de la vivienda y el desembolso producido. En términos parecidos se pronuncia la exposición de motivos de esa ley:

La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que esta no se lleve a efecto.

Y de ahí que el precepto indicado de esta norma contemple el reintegro de ese dinero como una garantía previa al depósito. Las promotoras de viviendas que no sean de protección oficial deben cumplir una serie de exigencias. Por lo que a este asunto se refiere:

Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior.

Como la sentencia no comenta nada al respecto, conviene hacer referencia a esa especial garantía legal, porque un cooperativista que deposita importantes cantidades de dinero en una cuenta bancaria para la adquisición de una vivienda debe hacerlo con la confianza de que la operación, de no llegar a buen fin –como fue en el caso– tiene garantizada el reintegro, y esta circunstancia es especialmente importante como para dejarla de lado.

Empezamos por un breve repaso legislativo, que nos pondrá al día en esta materia:

Primero tenemos la ley mencionada, Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Luego se modifica la Ley 57/1968, y se promulga la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación. El 1 de enero de 2016 entra en vigor la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Su disposición final tercera modifica la Ley 38/1999 y deroga la Ley 57/1968. Finalmente, la regulación actual vigente sobre las cantidades entregadas a cuenta se contempla en la Ley 38/1999 y en la Ley 20/2015.

Seguidamente, se indican algunos aspectos legales de la regulación que pretenden dar confianza al depositario:

- a) El cedente se obliga a la devolución al cesionario de las cantidades percibidas a cuenta más los intereses y para el caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos o no se obtenga la cédula de habitabilidad.
- b) Se obliga a firmar un aval o contrato de seguro.
- c) Se designa una entidad bancaria o caja de ahorros y la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado.
- d) Es importante resaltar también, en caso de no iniciación de obras o de entrega de la vivienda, que la ley faculta al cesionario para optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, o conceder al cedente prórroga.
- e) Nada desdeñable es el carácter ejecutivo que tiene el contrato de seguro o el aval, a los efectos de lo dispuesto en el título XV del libro II de la LEC.
- f) La publicidad de la obra debe contener que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente ley; haciendo mención expresa de la entidad garante, así como de las bancarias o cajas de ahorro.
- g) Finalmente, está prevista la responsabilidad penal del promotor por la no devolución del dinero anticipado.

Expuesto lo anterior, lo importante se halla en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, que expone la doctrina de la cosa juzgada, la preclusión y las acciones mero declarativas (a su lectura remito al lector). Si hubiera que encontrar un fundamento resumido para este instituto procesal, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva serían la respuesta correcta. Además, hay una clara relación con la litispendencia. En ambos supuestos nos hallamos ante excepciones procesales que tratan de asegurar el efecto negativo de una sentencia anterior y la aplicación de los artículos 9.3 y 24 de la CE. Por el efecto negativo, preclusivo o excluyente, la sentencia dictada con anterioridad impide un nuevo pronunciamiento (esto es lo que invoca el banco). El tribunal posterior (bien el juzgado de 1.ª instancia de Valladolid que estimó la demanda, bien la audiencia que revocó esta decisión en apelación) debe aceptar la decisión judicial firme, o resolver las cuestiones conexas en el mismo sentido, manteniendo la coherencia. Por ejemplo, las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad y medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, la cosa juzgada tiene efectos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil (art. 222.3, 2.º párrafo de la LEC). Y no se trata aquí del efecto formal de la cosa juzgada, en cuanto a la inimpugnabilidad por la firmeza de la resolución, sino del ma-

terial o del efecto negativo apuntado. Por otro lado, al analizarse en el recurso las acciones meramente declarativas, se llega a la conclusión de su admisibilidad, pero hallando el fundamento en una tutela jurisdiccional; pues, si bien el artículo 5 de la LEC prevé esta posibilidad, es el órgano jurisdiccional el que debe poner certeza donde no la hay en «torno a la relación jurídica de que se trate», a una relación jurídica cuestionada.

Otra cuestión importante, no tratada en la sentencia que comentamos, radica en el efecto que podría tener el paso del tiempo en un proceso posterior con sentencia anterior. Aquí, lo subyacente es que el pleito anterior acumuló la solicitud de varios cooperativistas contra el banco, que había garantizado las cantidades depositadas. El banco recibe una condena anterior por la cual se le declara responsable. Lo pedido en las demandas de ambos litigios contra el mismo banco es, por tanto, diferente: «en el primer litigio, la declaración de su responsabilidad se produce con base en el artículo 1.2.^a de la Ley 57/1968 frente a los veinticuatro cooperativistas demandantes; en el segundo, su condena a pagar a uno de esos mismos demandantes» se basa en la sentencia firme estimatoria del primer litigio. Pero esa sentencia inicial opera con un efecto positivo, no negativo o excluyente, por la inferencia ingeniosa de que la pretensión del cooperativista en la segunda demanda tiene su fundamento en esa condena previa de la que deriva su declaración de su responsabilidad. Es decir, el litigio precedente es el presupuesto del litigio posterior. Esto, y conectamos con la inicialmente señalado, no tiene nada que ver con el transcurrir del tiempo que ha podido cambiar, no hechos, pero sí circunstancias a analizar sobre la posible preclusión. Lo que pide ahora el cooperativista tiene su fundamento en la obtención de una tutela jurisdiccional para el presente, aunque se proyecte hacia el futuro. Solo si la situación así cambiara, diríamos que no surte efectos la cosa juzgada del proceso anterior contra el banco. Pero es evidente que esto no se plantea aquí y que por ello el Tribunal Supremo no lo analiza al exponer la doctrina; sin embargo, parece oportuno completar el análisis aludiendo al efecto perturbador que tiene el tiempo sobre la eficacia de la cosa juzgada material en su versión negativa. Ahora bien, lo importante es saber que la pérdida del efecto de la cosa juzgada se produce, en realidad, más que por el paso del tiempo, porque la situación ha podido cambiar, de ahí que sea determinante la definición de esos nuevos elementos fácticos. Obsérvese que la sentencia del Supremo no se está refiriendo a elementos fácticos nuevos, sino a un proceso anterior, que es el antecedente de la petición diferente en otro posterior por la mera declaración del banco como responsable y garante del depósito de unas cantidades de unos cooperativistas.

Esa declaración de responsabilidad anterior supone la concreción de tutela por el órgano jurisdiccional, dando certeza a una situación incierta, derivada de una relación entre el cliente-cooperativista y el banco, que asume la responsabilidad de la garantía establecida en el artículo 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Hay una parte cuestionable en la sentencia, o por lo menos la que tiene una argumentación más delicada; es la referida a la posibilidad que tuvo el cooperativista de alegar en el primer pleito la devolución de los anticipos depositados en la cuenta bancaria, con lo cual, la pre-

clusión adquiere relevancia y da sentido a la invocación del artículo 219 de la LEC sobre las sentencias con reserva de liquidación, con una mera declaración de derechos futuros a percibir, y con el fin de evitar una sucesión de juicios que podrían haberse evitado con el anterior.

Ahora bien, la desestimación de esa preclusión está en el interés que despierta obtener un simple pronunciamiento «declarativo de la responsabilidad del banco con base en el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968», porque en el caso que comentamos se produjo un concurso de la cooperativa y la falta de las garantías que deberían haberse constituido por aplicación de la norma, lo cual provocaba una inseguridad acerca de los créditos reclamados. La sentencia, que expone la jurisprudencia sobre las demandas o acciones meramente declarativas, impeditivas de la preclusión, se centra en el interés legítimo en obtener esa declaración, para poder, posteriormente, concretar las cuantías a devolver, porque se sustenta en un derecho a obtener la tutela judicial por los cauces legales (art. 5 LEC). Y por ello se menciona la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1992, de 30 de noviembre (NSJ000635), reiterando la 71/1991, de 8 de abril de 1991 (NSJ001743), la cual, precisa, que

la admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate.



Retos jurídicos de la operatividad en España de los reactores modulares pequeños (SMR) como solución a la dependencia energética de la Unión Europea

María de los Ángeles Díez Moreno

Profesora doctora de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA

angeladies@cef.es | <https://orcid.org/0000-0003-3428-2715>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Nicolás González-Deleito y Domingo, don José Damián Iranzo Cerezo, don Fabio Pascua Mateo y don Ángel José Sánchez Navarro.

Extracto

Los reactores modulares pequeños (SMR) son una de las soluciones que ofrece el mercado frente al encarecimiento del precio de la electricidad, que se ha venido produciendo debido al aumento del precio del gas en el último año. La Organización Internacional de la Energía Atómica está promoviendo una nueva iniciativa normativa que agrupa a los encargados de diseñar las políticas energéticas nucleares, reguladores, y al sector industrial y comercial de equipos nucleares, con el fin de establecer las bases comunes para todos los Estados de la futura regulación de la operación, producción y suministro industrial de los SMR. Estos nuevos reactores serán aliados necesarios de las energías renovables para abordar la crisis climática y lograr la neutralidad medioambiental en 2050, pero para su despliegue resulta necesario diseñar unas hojas de ruta con planes de acción concretos. Hasta entonces su operación deberá ceñirse al procedimiento establecido en nuestro derecho administrativo para las instalaciones nucleares, lo cual supone un obstáculo en sí mismo y podría desincentivar su desarrollo, pese a ser una tecnología catalogada como «verde» por la taxonomía de la Unión Europea, alejando la inversión privada de estas actividades, que redundará en otras opciones menos sostenibles.

Palabras clave: energía nuclear; SMR; autorización; licencia.

Fecha de entrada: 04-05-2022 / Fecha de aceptación: 08-09-2022

Cómo citar: Díez Moreno, M.^a Á. (2023). Retos jurídicos de la operatividad en España de los reactores modulares pequeños (SMR) como solución a la dependencia energética de la Unión Europea. *Revista CEFLegal*, 264, 113-138.



Legal challenges of the operation in Spain of small modular reactors (SMR) as part of the solution to the great energy dependency of the European Union

María de los Ángeles Díez Moreno

Abstract

Small modular reactors (SMR) are one of the solutions offered by the market in the face of the rise in the price of electricity that has been reached due to the increase in the price of gas in the last year. The International Atomic Energy Organization is promoting a new normative initiative that brings together those responsible for designing nuclear energy policies, regulators, and the industrial and commercial sector of nuclear equipment, to establish common bases for all the States of the future regulation of the operation, production and industrial supply of the SMR. These new reactors will be necessary allies of renewable energies to address the climate crisis and achieve environmental neutrality in 2050, but for their deployment it is necessary to design roadmaps with specific action plans. Until then, its operation must adhere to the procedure established in our administrative law, for nuclear installations, which is an obstacle and could discourage its development despite being a technology classified as «green» by the European Union taxonomy, distancing private investment in these activities that will result in other less sustainable options.

Keywords: nuclear energy; SMR; authorization; license.

Citation: Díez Moreno, M.^a Á. (2023). Retos jurídicos de la operatividad en España de los reactores modulares pequeños (SMR) como solución a la dependencia energética de la Unión Europea. *Revista CEFLegal*, 264, 113-138.



Sumario

1. Introducción
 2. Los reactores modulares pequeños
 - 2.1. Definición
 - 2.2. Presencia en el mercado
 - 2.3. Ventajas
 - 2.4. Limitaciones o cuestiones a tener en cuenta
 3. Los nuevos reactores nucleares como solución a la dependencia energética de la UE
 - 3.1. Política energética de la UE
 - 3.2. Taxonomía verde europea
 - 3.3. REPowerEU
 4. Retos jurídicos para la operatividad de los reactores modulares pequeños en España
 - 4.1. La regulación del sector nuclear en España
 - 4.2. El riesgo de las actividades nucleares
 - 4.3. Régimen de autorización y licencia
 5. A modo de reflexión
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Los reactores modulares pequeños son un tipo de reactores de cuarta generación que, como su propio nombre indica, tienen un tamaño más reducido y una potencia inferior a la de los reactores convencionales, y que se presentan como una de las soluciones que ofrece el mercado para abaratar el precio de la luz y reducir la dependencia energética de la Unión Europea (en adelante, UE).

Durante estos dos últimos años el precio de la electricidad ha experimentado un fuerte incremento, debido en gran medida al aumento del precio del gas. Este hidrocarburo ha llegado a multiplicar por siete su precio en los mercados mayoristas durante el último año 2021, y durante los primeros meses de 2022 esta situación ha empeorado con la invasión de Ucrania por Rusia.

Este conflicto, además de provocar un incremento aún mayor del precio del gas, ha puesto de manifiesto la gran debilidad energética de la UE, pues ante este episodio muchos países de la UE no han podido prescindir del gas que les suministraba Rusia, que era la base de su suministro eléctrico.

El aumento del precio del gas, por apuntarlo aquí de forma resumida y sencilla para no desviar el tema de este trabajo, se debe a un desajuste entre la oferta y la demanda, que no solo está motivado por el conflicto desatado en Ucrania, sino que también ha sido provocado por otros factores como el cambio climático y las políticas de transición energética adoptadas por determinados países, que optaron por utilizar el gas como tecnología de respaldo de las energías renovables. Al ser el mercado gasista muy inelástico, estas oscilaciones o desequilibrios en la demanda y en la oferta provocan una fuerte oscilación del precio, que inexorablemente lleva aparejado el incremento del precio de la electricidad.

La invasión rusa de Ucrania ha llevado a la Comisión Europea a diseñar un nuevo plan de acción para reducir la enorme dependencia de Europa de los combustibles fósiles rusos, conocido como REPowerEU¹ (que veremos con mayor detalle en el punto dedicado a este

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. REPowerEU: Acción conjunta para una energía más asequible, segura y sostenible. COM(2022) 108 final.

instrumento normativo), y que está dirigido a reducir las importaciones europeas de gas, petróleo y carbón rusos, ya que actualmente la UE importa el 90 % del gas que consume, siendo ruso más del 40 %, y el 27 % de las importaciones de petróleo y el 46 % del carbón utilizados en la UE también proceden de Rusia.

Ante acontecimientos como este la seguridad del suministro de algunos Estados de la UE se ha visto seriamente amenazada, debido a la fuerte dependencia energética de la UE de los combustibles fósiles y, en este caso, en mayor medida a aquellos de origen ruso.

Para solventar este problema resulta necesario acelerar la transición hacia una energía limpia, objetivo plasmado en el Pacto Verde Europeo² y fin último de la política energética europea.

Para la consecución de este objetivo tendremos que considerar y contar con todas las tecnologías disponibles, pues aunque las energías renovables como la eólica y la solar liderarán la lucha contra el cambio climático, será necesaria una tecnología de respaldo para contrarrestar su intermitencia, y en este caso es aquí donde entran en juego estos pequeños reactores modulares, cuyo papel puede llegar a ser esencial, o cuando menos importante, en este proceso de descarbonización de la economía, si bien será necesaria la regulación oportuna para su penetración en los mercados en general, y en el español en particular. Por esto, en el futuro debemos ser capaces de sincronizar la energía nuclear de base y las energías renovables intermitentes para garantizar la seguridad del suministro, y en lo que a la energía nuclear se refiere deberemos garantizar tanto la seguridad de las instalaciones nucleares como los esfuerzos dirigidos a minimizar el impacto de los residuos radiactivos (Bello Paredes, 2009). Esta es la línea que siguen las investigaciones actuales, ya que un grupo de investigadores chino está desarrollando una tecnología que permite emplear en un ciclo infinito el uranio del combustible irradiado ya utilizado en un reactor, consiguiendo la eliminación de los residuos radiactivos, el gran problema de la energía de fisión nuclear (El Confidencial, 2022).

2. Los reactores modulares pequeños

2.1. Definición

La Organización Internacional de la Energía Atómica (OIEA) define a los pequeños reactores modulares, o centrales nucleares de baja potencia, conocidos por las siglas SMR (*small modular reactors*), como «reactores nucleares avanzados con una capacidad de potencia de hasta 300 MW por unidad, lo que representa cerca de un tercio de la capacidad de generación de los reactores nucleares de potencia tradicionales» (OIEA, 2021), produciendo grandes cantidades de electricidad con muy pocas emisiones de CO₂.

² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo. COM (2019) 640 final.

La industria nuclear española los define como:

Un tipo de reactor de fisión nuclear, de un tamaño y potencia más pequeños que los reactores convencionales, inherentemente seguro y basado en sistemas de seguridad pasivos. Estos reactores serían fabricados en una factoría, y posteriormente transportados a un emplazamiento para su ensamblaje y puesta en funcionamiento, consiguiendo de este modo que la cadena de producción sea competitiva y reduciendo significativamente los tiempos de puesta en marcha (Tecnatom, 18 de diciembre de 2019).

La importancia de estos reactores reside, al igual que ocurre con los grandes reactores de fisión, en su alto poder energético o su alta densidad de energía: «la fisión de 1 gramo de U-235 libera unos 24,5 MWh, energía equivalente a la de la combustión de 2,7 toneladas de carbón o 2,1 tonelada de petróleo» (Foro Nuclear, 2022), lo cual reafirma el importante papel que debe jugar la energía nuclear en tanto no tengamos la plena penetración de las energías renovables en nuestros sistemas energéticos.

Se denominan «pequeños» porque su potencia es un tercio de la de un reactor convencional. En general la potencia de estos pequeños reactores es de unos 300 MW por unidad. Por otro lado, se trata de reactores modulares, ya que se ensamblan en fábrica y se instalan como una «unidad». Estos pequeños reactores reaparecen así como alternativa sostenible a las plantas de combustión de gas y carbón para la producción de electricidad, ya que mediante el proceso de fisión nuclear no se liberan emisiones de gases de efecto invernadero y el vapor liberado puede utilizarse en la producción de hidrógeno verde, que es el hidrógeno generado a partir de electricidad renovable, a partir el agua, mediante un proceso de electrólisis (MITERD, 2020).

En esta hoja de ruta del hidrógeno se excluye abiertamente el hidrógeno producido a partir de la energía nuclear como hidrógeno verde, en la medida que sostiene que «existen otros tipos de hidrógeno con un impacto medioambiental muy diverso, como el hidrógeno negro o marrón, cuya materia prima es el carbón, la energía nuclear o la electricidad de la red». Si bien este informe es anterior a la nueva etiqueta otorgada a esta tecnología por la taxonomía verde de la UE³, no solo no hemos observado ningún cambio por parte de nuestro Gobierno al respecto, sino que ha venido a reafirmarse en su posición inicial y ha manifestado su oposición a este acto delegado de la Comisión (El Mundo, 2 de enero de 2022); e incluso una de las vicepresidentas del Gobierno instó a la UE a reconsiderar su propuesta de catalogar como verde a la energía nuclear.

³ Commission Delegated Regulation (EU) .../... of 9.3.2022 amending Delegated Regulation (EU) 2021/2139 as regards economic activities in certain energy sectors and Delegated Regulation (EU) 2021/2178 as regards specific public disclosures for those economic activities. C(2022) 631 final.

2.2. Presencia en el mercado

El nacimiento de estos reactores tuvo lugar a principios de la década de 2010 con motivo del desarrollo del programa International Project on Innovative Nuclear Reactors and Fuel Cycle (INPRO) del organismo internacional de energía atómica de las Naciones Unidas (OIEA) y como iniciativa del Departamento de Energía de los Estados Unidos (Foro Nuclear, 2022).

Actualmente existen en el mercado más de 70 diseños de SMR en distintos puntos de desarrollo y con distintos resultados y aplicaciones, pues no todos están dirigidos a producir electricidad. Los reactores modulares pueden tener otras aplicaciones adicionales a la de producción de electricidad, configurándose como sistemas energéticos híbridos. Otros reactores modulares simplemente están orientados a otras finalidades, como los sistemas de calefacción, la desalación del agua o la producción de vapor para aplicaciones industriales (OIEA, 2021), por lo que sus aplicaciones pueden ser distintas y muy variadas, con lo que proporcionan soluciones a distintos problemas energéticos y climáticos.

Entre los proyectos existentes en fase más avanzada de diseño que recoge Foro Nuclear en la monografía dedicada a los SMR (Foro Nuclear, 2022), encontramos los canadienses, que se han desarrollado bajo el Canada's SMR Action Plan, impulsado desde todos los ámbitos territoriales del gobierno de ese país con el objetivo de implicar al máximo a la sociedad civil. De esta familia de reactores destaca el Integral Molten Salt Reactor, que utiliza sales fundidas para su refrigeración para producir electricidad y calor de alta temperatura para su utilización en otras aplicaciones industriales. En España, la multinacional IDOM es la única que diseña bienes de equipo para este tipo de reactores, y participa en el prototipo que está diseñando la canadiense Moltex Energy, uno de los más avanzados del mundo (Cinco Días, 2022).

En China, se está impulsando por parte de las autoridades reguladoras y administrativas la construcción de un reactor de agua a presión de 125 MW para la producción de electricidad, vapor industrial y desalación de agua de mar, así como para alimentar redes de calor y frío y la producción de hidrógeno.

En los Estados Unidos, la sociedad General Electric Hitachi desarrolla distintos diseños de reactores de agua en ebullición con una potencia de 300 MW. La empresa NuScale trabaja en unos módulos sumergibles en agua de 60 MW, de pequeño tamaño, que dentro de una vasija de presión contienen el reactor, el generador de vapor y el presionador. También encontramos el diseño incipiente de un reactor –del tipo de onda de propagación (*travelling wave reactor*)– que utiliza uranio empobrecido o uranio natural como combustible y tiene una potencia de 345 MW. Finalmente, no podemos olvidar el Natrium, reactor que genera y almacena energía, diseñado por la compañía de Bill Gates (TerraPower) y GE Hitachi Nuclear Energy, y que combina un reactor rápido de sodio con un sistema de almacenamiento de sales fundidas (López Redondo, 2020).

Francia también ha demostrado su interés por los SMR, y la compañía eléctrica estatal francesa EDF lidera el proyecto Nuward, que desarrolla el diseño de reactores de 170 MW, que se pueden agrupar en bloques.

En el Reino Unido, la compañía Rolls Royce ha diseñado un nuevo módulo compacto de 220 MW, que se puede acoplar uno a otro, en función de la potencia que se quiera instalar.

Desde mayo de 2020 en Siberia se encuentra en funcionamiento la primera central nuclear flotante del mundo, compuesta por dos reactores modulares de diseño ruso de 35 MW cada uno sobre una barcaza. Aunque los reactores rusos ahora mismo no pueden considerarse una opción debido a las sanciones de la comunidad internacional, lo cierto es que Rusia lidera el despliegue de los SMR.

Otro ejemplo de reactor modular pequeño en funcionamiento lo encontramos en China, que a finales del año 2021 conectó a la red un reactor modular del tipo HTR-10 de 200 MW, que consta de una base cerámica refrigerada por helio (Foro Nuclear, 2022).

También podemos encontrar algunos modelos de SMR en los submarinos nucleares, pero será en estos próximos años cuando esta «mini» energía nuclear experimente su propia revolución, a la que España no parece querer apuntarse (Martín, 2022), ya que nuestro Gobierno continúa dando la espalda a esta tecnología y mantiene el calendario de cierre de nuestras centrales nucleares en 2035, mientras que otras fuerzas políticas del país consideran la nuclear como energía clave y fundamental para el desarrollo económico. El Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 recogió el calendario de cierre del parque nuclear español desde 2027 (Almaraz) hasta 2035 (Trillo)⁴. Además, en España se ha establecido la prohibición de extraer uranio⁵, la negativa reiterada a acometer la construcción del almacén temporal centralizado (ATC) (Bello Paredes, 2015) y, por último, encontramos ahora la negativa a aceptar a la taxonomía verde de la energía nuclear reconocida por la UE.

2.3. Ventajas

Aunque no todo son ventajas, ya que, como veremos, la industria nuclear encierra ciertos inconvenientes, no son pocos los beneficios que enumera Foro Nuclear en España y

⁴ Resolución de 25 de marzo de 2021, conjunta de la Dirección General de Política Energética y Minas y de la Oficina Española de Cambio Climático, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021, por el que se adopta la versión final del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (BOE de 31 de marzo de 2021)

⁵ Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (BOE de 21 de mayo de 2021)

la OIEA, a nivel internacional respecto de los SMR, y que en su mayor parte derivan de su propio diseño y tamaño, es decir, al ser pequeños y modulares ya tenemos grandes ventajas respecto de los reactores tradicionales.

Debido a su tamaño, es decir, al ser pequeños, se reducen los costes de construcción, lo cual facilitará las inversiones, a la vez que el tiempo de construcción también se reduce, junto con el capital necesario para afrontar la inversión inicial. Su reducido tamaño también permite ubicarlos en zonas aisladas o de difícil acceso o zonas con cobertura de red eléctrica limitada, como las zonas rurales.

En cuanto a su funcionamiento, destaca la posibilidad de uso para más de una aplicación, como ya hemos visto anteriormente, es decir, pueden utilizarse para la producción de energía eléctrica, producción de calor para procesos industriales, producción de hidrógeno, etc.

La ventaja que a nuestro juicio estimamos más importante es su posible acoplamiento a otras fuentes de energía, lo cual permite esta función de apoyo o respaldo de la energía nuclear a las energías renovables. Por tanto, vemos aquí cómo los SMR podrán desempeñar un papel importante en la consecución de los objetivos climáticos globales, a la vez que podrán contribuir firmemente a la seguridad del suministro de energía.

Como son modulares, los SMR pueden fabricarse y luego enviarse de una pieza hasta su lugar de instalación, evitando retrasos en la construcción y siendo más fácil la supervisión o inspección de la construcción del reactor.

Finalmente, y en lo que a seguridad se refiere, en el caso de los SMR, al ser reactores con una potencia y una presión de funcionamiento bajas, el riesgo de fallos o de que se produzcan emisiones peligrosas de radiactividad en caso de accidente es mínimo.

En cuanto al combustible, los SMR consumen muy poco y pueden llegar a funcionar sin recargar hasta 30 años, dependiendo del modelo, frente a los 2 años de duración del combustible en las centrales nucleares convencionales, por lo que además de evitar los riesgos de la recarga del combustible, ello supone un gran ahorro de este (OIEA, 2019).

También encontramos algunos modelos de SMR que utilizan el mismo combustible que las grandes centrales nucleares convencionales, por lo que el abastecimiento no supondrá ningún problema adicional ni tampoco la gestión del combustible gastado.

Otros modelos de reactores modulares de baja potencia, como los reactores de alta temperatura refrigerados por gas, pueden utilizar combustible contenido en bloques prismáticos de grafito o bolas de grafito, que algunos países como España, que ha rehusado la opción de reprocesar el combustible nuclear irradiado, conservan almacenados en las piscinas de las centrales u otras instalaciones donde se gestiona el combustible gastado, reduciendo así el volumen de residuos nucleares y utilizando dichos residuos como combustible.

2.4 . Limitaciones o cuestiones a tener en cuenta

Además de las desventajas que se predicen de los reactores convencionales, que veremos en el punto dedicado a los retos jurídicos para la operatividad de los reactores modulares pequeños en España, y que tienen que ver con los residuos y la seguridad de las instalaciones, esta nueva generación de reactores cuenta con una limitación añadida: la ausencia de un marco regulatorio específico.

Como hemos visto, estos pequeños reactores no están en funcionamiento aún en la UE, y en países como España no cuentan tampoco con un marco regulatorio o un «lugar específico» dentro de las políticas de descarbonización del Gobierno, lo que dificulta su posible implantación.

Esta carencia normativa, denominador común en la mayoría de los Estados miembros de la UE, es el motivo por el cual la OIEA está promoviendo una nueva iniciativa que agrupa encargados de diseñar las políticas energéticas, y en concreto las relativas a la energía nucleoelectrónica, junto con los reguladores, el sector industrial encargado del diseño de los pequeños reactores modulares, así como proveedores y operadores, con el fin de establecer las bases comunes para todos los Estados de la futura regulación de la operación, producción y suministro industriales comunes para los SMR, y se prevé que los planes de acción y hojas de ruta, fruto de esta Iniciativa de Normalización y Armonización Nuclear, verán la luz en 2024.

Hasta entonces, tendremos que seguir el procedimiento establecido en nuestro derecho administrativo para cualquier otra instalación nuclear, lo cual supone un obstáculo en sí mismo y que no responde al tratamiento favorable y de impulso que cabría esperar respecto a una tecnología que está catalogada por la UE como «verde» o necesaria para alcanzar la neutralidad climática, con el fin de orientar la inversión privada al desarrollo de estas actividades en detrimento de otras opciones más perjudiciales para el medio ambiente.

3. Los nuevos reactores nucleares como solución a la dependencia energética de la UE

3.1. Política energética de la UE

El artículo 194 del TFUE proclama que la política energética de la UE deberá

garantizar el funcionamiento del mercado de la energía; garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión; fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables; y fomentar la interconexión de las redes energéticas⁶.

⁶ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE de 30 de marzo de 2010)

Desde 2015 el objetivo de la UE en materia energética es la articulación o creación de una Unión Europea de la Energía, tal y como se plasmó en la estrategia elaborada por la Comisión al efecto⁷, y con el objetivo de construir una unión de la energía que proporcione a los hogares y las empresas de la Unión un suministro de energía seguro, sostenible, competitivo y asequible.

Esta estrategia marcó el inicio de una política climática cada vez más ambiciosa para la UE, y junto a esta estrategia, mediante el acuerdo sobre el marco de clima y energía para 2030, se adopta el compromiso de reducir en la UE las emisiones de CO₂ en al menos un 40 % respecto a los niveles de 1990, objetivo necesario para el cumplimiento de los compromisos acordados con la firma del Acuerdo de París, que persigue limitar el efecto del calentamiento global del planeta, y en virtud de este acuerdo los Estados se comprometen a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero para:

mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 °C con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático⁸.

Desde entonces la UE y sus Estados miembros, cumpliendo con este compromiso, han acordado una serie de estrategias legislativas encaminadas a convertirse en la primera región económica climáticamente neutra en 2050.

En un primer momento aprobó el paquete de medidas «Energía limpia para todos los europeos», compuesto por distintos instrumentos normativos, que abarcan el diseño del mercado eléctrico⁹, la eficiencia energética¹⁰, la energía renovable¹¹ y la gobernanza¹², entre otras, con el fin de transformar la UE en una economía hipocarbónica de aquí a 2030.

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de inversiones. Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva. COM(2015) 080, final.

⁸ Acuerdo de París (DOUE de 19 de octubre de 2016).

⁹ Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE (DOUE de 14 de junio de 2019).

¹⁰ Directiva (UE) 2018/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética (DOUE de 21 de diciembre de 2018)

¹¹ Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (DOUE de 21 de diciembre de 2018).

¹² Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima (DOUE de 11 de diciembre de 2018).

Siguiendo la senda del paquete legislativo anterior, la Comisión aprobó en julio de 2021 El Pacto Verde Europeo¹³, con el objetivo de reducir las emisiones al menos en un 55 % de aquí a 2030, en comparación con los niveles de 1990, y lograr la neutralidad de la UE en materia de emisiones de carbono en 2050, objetivo que dio lugar a la aprobación del paquete de medidas Objetivo 55¹⁴ o *Fit for 55*, cuyas acciones concretas están dirigidas a reformar el régimen de comercio de derechos de emisión de la UE para ampliar su ámbito de aplicación a nuevos sectores y endurecer su aplicación, impulsar las energías renovables y la eficiencia energética, acelerar el uso de medios de transportes que emitan bajas emisiones, así como mejorar las infraestructuras necesarias para ello, y finalmente se prevé la implantación del mecanismo de ajuste de carbono en frontera (CBAM) y la revisión de la fiscalidad de los productos energéticos.

En todas estas previsiones las alusiones a la energía nuclear por parte de la Comisión Europea son nulas, ya que, como hemos dicho anteriormente, la energía nuclear no forma parte de la política energética de la UE.

Sin embargo, tanto la UE como otros organismos internacionales reconocen que para alcanzar la neutralidad climática perseguida es necesario que la energía nuclear contribuya a la generación de electricidad baja en carbono como tecnología de respaldo de las renovables, al menos hasta 2050, ya que los sistemas de almacenamiento todavía no han logrado llegar al punto de madurez necesario para ofrecer una solución viable económicamente. Como prueba de estas informaciones podemos reseñar el informe *World Energy Outlook 2021* (International Energy Agency, 2021b), en el que se afirma que en 2050 el sistema eléctrico operará de forma muy flexible con redes sólidas, se contará con sistemas de almacenamiento en baterías y fuentes de electricidad de bajas emisiones (como energía hidroeléctrica, geotérmica y bioenergía, así como plantas que funcionen con hidrógeno y amoníaco, o pequeños reactores nucleares modulares). En sentido similar se pronuncia el informe de la Agencia Internacional de la Energía *Net Zero by 2050: A Roadmap for the Global Energy Sector* (International Energy Agency, 2021a), donde se presenta un escenario en 2050 donde la energía eólica y la fotovoltaica representarán prácticamente el 90 % de la generación eléctrica, y el 10 % restante se cubrirá con energía nuclear.

Si los reactores modulares pequeños se están haciendo un sitio en el mercado y desde la OIEA ya empieza a vislumbrarse una incipiente regulación de cara a su futura autorización y licencia, lo más sensato sería que en un Estado como España, de larga tradición nuclear, y que como hemos visto cuenta con una industria de fabricación y construcción de bienes de equipo nucleares muy potente, y con una gran reputación en los mercados internacio-

¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo. COM(2019)640 final.

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Objetivo 55»: cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática. COM(2021) 550 final.

nales, al menos no se dinamite la posibilidad de que operen este tipo de reactores con normativas excluyentes de la energía nuclear, porque todo apunta a que al menos hasta 2050 estará presente en nuestros sistemas energéticos.

3.2. Taxonomía verde europea

El Pacto Verde Europeo, como cualquier otra política, necesita recursos económicos para financiar las distintas actuaciones dirigidas a la consecución de sus fines, y en este caso no nos encontramos ante una política «barata». La Comisión ha calculado que para lograr los objetivos de este pacto será necesaria una inversión de al menos un billón de euros, hasta 2030. Parte de dicha financiación, en concreto el 30 %, provendrá del presupuesto de la UE, que se canalizará a través del fondo InvestEU, así como también se destinará a este fin parte de los fondos NextGenerationEU.

Sin embargo, estos recursos no son suficientes y la Comisión se ha visto en la necesidad de hacer un llamamiento al sector privado para que con sus inversiones financien actividades que contribuyan a alcanzar la neutralidad climática en 2050, es decir, que lleven a cabo actuaciones o programas medioambientalmente sostenibles.

Tanto es la necesidad de que el sector privado contribuya a financiar actuaciones de esta índole que en 2020 se aprobó el Reglamento sobre taxonomía¹⁵, en el que se enumeran a modo de lista las actividades económicas que son susceptibles de ser calificadas como sostenibles desde el punto de vista medioambiental, lista que se ha ido concretando y ampliando mediante los dos actos delegados complementarios¹⁶, siendo el segundo de ellos el que resulta de vital importancia para los fundamentos de este trabajo, cuyo fin último viene a poner de manifiesto las necesidades regulatorias a las que debemos enfrentarnos para permitir la entrada en explotación de estos minirreactores, que, como hemos visto en el punto anterior de este trabajo, salvarían muchos de los argumentos que los detractores de esta tecnología sostienen en contra de la energía nuclear. Es por ello que la inclusión de

¹⁵ Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 (DOUE de 22 de junio de 2020).

¹⁶ Reglamento Delegado (UE) 2021/2139 de la Comisión, de 4 de junio de 2021, por el que se completa el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se establecen los criterios técnicos de selección para determinar las condiciones en las que se considera que una actividad económica contribuye de forma sustancial a la mitigación del cambio climático o a la adaptación al mismo, y para determinar si esa actividad económica no causa un perjuicio significativo a ninguno de los demás objetivos ambientales (DOUE de 9 de diciembre de 2021), y Reglamento Delegado (UE) .../... de la Comisión por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2021/2139 en lo que respecta a las actividades económicas en determinados sectores energéticos y el Reglamento Delegado (UE) 2021/2178 en lo que respecta a la divulgación pública de información específica sobre esas actividades económicas C/2022/0631 final.

la energía nuclear en la taxonomía verde no ha sido fruto de una decisión unánime, ni absoluta, pues el Grupo de Expertos Técnicos sobre Finanzas Sostenibles ha afirmado que aunque la energía nuclear puede contribuir sustancialmente en la lucha contra el cambio climático, hay que tener en cuenta la gestión de residuos, el impacto en la biodiversidad y en el agua, motivo por el cual las actuaciones relacionadas con la energía nuclear serán «verdes», conforme a este segundo acto delegado de la taxonomía verde europea cuando:

El cumplimiento de las disposiciones de la legislación y los procesos de concesión de licencias de EURATOM ofrece suficientes garantías de que el impacto de todo el ciclo de vida de la energía nuclear –incluida la fase final del ciclo del combustible nuclear– sobre las personas y el medio ambiente sigue estando por debajo de los niveles nocivos¹⁷.

Siendo este el caso de la energía nuclear que se produce en España, en el caso de la posible implantación de estos nuevos reactores modulares bajo el régimen de licencias y autorizaciones actual tampoco cabría encender las alarmas y tachar de no sostenibles a estos pequeños reactores, ya que tal y como se afirma en este instrumento normativo, las actividades nucleares son actividades con bajas emisiones de carbono.

Y lo que es más importante, en este segundo acto delegado encontramos la referencia explícita a los reactores de cuarta generación, tipología o «familia» a la que pertenecen nuestros SMR, al abordar los posibles avances en cuanto a la reprocesación o reutilización de los residuos nucleares, si bien en España esa opción o posibilidad fue rechazada respecto a los reactores convencionales. Aunque este acto parte del hecho de que en este momento, marzo de 2022, los reactores de cuarta generación están en fase experimental y todavía no han llegado al mercado, señala la conveniencia de fijar los criterios técnicos de selección para que los SMR puedan ser llamados a contribuir al cumplimiento de los objetivos de descarbonización, y si así se permitiera, a la reducción de residuos radiactivos.

3.3. REPowerEU

La coyuntura geopolítica y energética ha llevado a la Comisión Europea a aprobar un nuevo plan de choque para acelerar la transición hacia una energía limpia y reducir la fuerte dependencia energética de Europa frente a los combustibles fósiles que importa de otros países. Es el conocido plan REPowerEU, que sienta las líneas de acción conjunta para que la UE cuente con una energía más asequible, segura y sostenible. Como vemos, alcanzar la neutralidad cli-

¹⁷ Reglamento Delegado (UE) .../... de la Comisión, de 9 de marzo de 2022, por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2021/2139 en lo que respecta a las actividades económicas en determinados sectores energéticos y el Reglamento Delegado (UE) 2021/2178 en lo que respecta a la divulgación pública de información específica sobre esas actividades económicas C/2022/0631 final.

mática viene siendo el objetivo último que persigue la política energética de la UE, sin embargo, a la hora de alcanzar este objetivo no podemos descuidar los otros dos que conforman el trilema del suministro eléctrico: que debe ser garantizado, asequible y sostenible (Ferrer, 2021).

Para ello se considera necesario diversificar los suministros de gas y reducir la dependencia de los combustibles fósiles en hogares, edificios industria, así como en el sistema energético. En este documento normativo, entre las medidas que se proponen para frenar la escalada del precio del gas en el mercado (diversificación del suministro del gas y duplicar el objetivo de la producción europea de biometano producido a partir de biomasa sostenible establecido en el paquete *Fit for 55*), encontramos una medida que favorece o sirve para potenciar el desarrollo de estos nuevos reactores modulares, que consiste en la necesidad de producir 15 millones de toneladas de hidrógeno verde o renovable adicionales a los 5,6 previstas en el Objetivo 55.

Ello pone de manifiesto la necesaria y fundamental «colaboración» de la energía nuclear en el proceso de descarbonización de la economía en general y en este plan de choque contra la fuerte dependencia de la UE respecto de los combustibles fósiles de origen ruso.

El hidrógeno verde o renovable puede tener origen nuclear, ya que para la producción a gran escala y de forma continua de hidrógeno verde se necesita disponer de una fuente de electricidad baja en emisiones y capaz de generar energía ininterrumpidamente los siete días de la semana durante 24 horas al día (24/7), condición o requisito que hasta ahora solo cumple la tecnología nuclear, tecnología que puede acelerar la implantación de este nuevo vector energético, al permitir su producción de forma continua, estable, masiva y de manera competitiva (SNE, 2021).

Esta tímida aparición de la energía nuclear en el plan REPowerEU es todo un gran empujón a la industria nuclear para que se tenga en cuenta como uno de los agentes o tecnologías esenciales en la transición energética hacia la neutralidad climática. Conviene recordar que el uso de la energía nuclear permanece al margen de la política energética común, y la UE únicamente garantiza la seguridad de las centrales nucleares y de los residuos nucleares, aunque también financia actividades de formación e investigación. Es este el motivo por el que no encontramos ninguna referencia a esta tecnología en los distintos paquetes legislativos adoptados para conseguir el fin de la política energética y medioambiental de la UE que venimos indicando a lo largo de este trabajo.

4. Retos jurídicos para la operatividad de los reactores modulares pequeños en España

4.1. La regulación del sector nuclear en España

Llegamos ahora al punto central de este trabajo ya que, ante la posible pujanza en el mercado de estos pequeños reactores, nuestro derecho administrativo debería estar pre-

parado para no obstaculizar su posible conexión a la red o al menos contemplar dicha posibilidad en el caso de que el mercado lo demandase. Lo deseable sería que las posibles soluciones tecnológicas que encontrásemos para afrontar el reto de la descarbonización de nuestra economía, teniendo en cuenta el trilema de la sostenibilidad, asequibilidad y seguridad del suministro de electricidad, fuesen contempladas con objetividad técnica y no bajo las ideologías partidistas.

La energía nuclear no es de izquierdas ni de derechas, sino una tecnología que en estos momentos es crucial para luchar contra el calentamiento global, pues a pesar del desarrollo de las energías renovables, es necesario que la energía nucleoelectrónica se mantenga en el *mix* energético para contrarrestar la intermitencia de las energías de origen renovable y no poner en peligro la seguridad del suministro eléctrico, puesto que la descarbonización de la economía se basa fundamentalmente en la electrificación del sistema.

España es un país de una larga tradición nuclear; en concreto el primer reactor que se conectó a la red en nuestro país fue el de la central José Cabrera, en Almonacid de Zorita, en 1968, y desde entonces el parque nuclear, junto con la energía térmica procedente del carbón, han sido los dos pilares básicos de nuestro sistema eléctrico hasta la irrupción de las energías renovables. Sin embargo, en 1984, el partido político en el poder de aquel momento tomó la decisión política de paralizar la construcción de siete reactores (Lemóniz I y II, Valdecaballeros I y II, Trillo II, Regodola I y Sayago I), algunos casi terminados, mediante la Ley de ordenación del sistema eléctrico¹⁸, que estableció la moratoria nuclear, también conocida como «parón nuclear». Esta norma supuso la revocación de las autorizaciones concedidas para la ejecución de dichos proyectos. Al tratarse de una decisión política, la Administración debía asumir los costes de la inversión improductiva que dicha paralización suponía para las empresas propietarias de las centrales. El coste de esta decisión fue de unos 5.000 millones de euros de la época, casi 15.000 millones actuales, que corrió en buena parte a cargo del Estado, pero otra parte pasó a formar parte de la tarifa eléctrica que debía ser satisfecha por los consumidores del suministro eléctrico, y que los españoles hemos estado pagando hasta octubre de 2015.

Aunque la regulación de la actividad de producción nuclear aborda muchas perspectivas y se compone de multitud de reglamentaciones e instrucciones técnicas a fin de mantener el riesgo de esta actividad dentro de los límites permitidos por el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN), podemos establecer como marco regulatorio principal el siguiente:

En primer lugar, la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear¹⁹, como indica en su artículo primero, «establece el régimen jurídico para el desarrollo y puesta en práctica de

¹⁸ Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1994).

¹⁹ Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear (BOE de 4 de mayo de 1964).

las aplicaciones pacíficas de la energía nuclear y de las radiaciones ionizantes en España, de manera que se proteja adecuadamente a personas, cosas y medio ambiente». Y como estos nuevos reactores constituyen una aplicación pacífica de la energía nuclear, su operación deberá someterse a esta ley. Esta norma establece también el marco legal de las autorizaciones para las instalaciones nucleares y las instalaciones radiactivas, y de la tenencia y utilización de materiales radiactivos, que se desarrolla por el Real Decreto 1836/1999²⁰, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, en el que se establece la documentación requerida en las distintas fases de autorización conforme a las exigencias y directrices del CSN, que es nuestra autoridad reguladora y se erige como un «Ente de Derecho Público, independiente de la Administración Central del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los del Estado, y como único Organismo competente en materia de seguridad nuclear y protección radiológica», de acuerdo con el artículo primero de la Ley de creación del Consejo de Seguridad Nuclear²¹. Su naturaleza jurídica debería poder asegurar la independencia en la toma de decisiones que atañen a las instalaciones nucleares de nuestro país respecto del Gobierno central, y haciendo uso de esta independencia podría diseñar una instrucción específica para la autorización y licencia de los SMR en consonancia con la que sea aprobada por la OIEA próximamente.

Nuestra normativa interna se encuadra necesariamente en el marco establecido por el derecho de la Unión Europea, donde la energía nuclear está íntimamente unida al nacimiento de las instituciones comunitarias, y podemos decir que forma parte del corazón mismo de la Unión, ya que con la firma del tratado Euratom²² los Estados fundadores advirtieron de la necesidad de regular la utilización de la energía nuclear, creando la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), que durante más de medio siglo ha venido impulsando en el espacio europeo la investigación y la innovación en el campo de la tecnología nuclear, garantizando la protección radiológica para los ciudadanos dentro de unos estándares cada vez más ambiciosos de protección medioambiental. Respecto al derecho derivado de este tratado destacamos la Directiva 2009/71/Euratom²³, que, además de establecer un marco común para los Estados miembros en materia de energía nuclear, garantiza, y esta debería ser la norma a la cual podría apelarse para la posible implantación de estos pequeños reactores modulares en el caso de que las decisiones de las autoridades nacionales no respondieran a los criterios, una intervención administrativa de las autoridades nacionales en materia de elección del lugar de instalación, de construcción, de mantenimiento y de explo-

²⁰ Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas (BOE de 31 de diciembre de 1999).

²¹ Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear (BOE de 25 de abril de 1980).

²² Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom). Versión consolidada. DOUE C 203, de 7 de junio de 2016.

²³ Directiva 2009/71/Euratom del Consejo, de 25 de junio de 2009, por la que se establece un marco comunitario para la seguridad nuclear de las instalaciones nucleares (DOUE de 2 de julio de 2009).

tación, así como la creación de un organismo nacional de control de la seguridad nuclear independiente, que en España es el Consejo de Seguridad Nuclear, como ya hemos dicho. Esta norma en su considerando 13 prevé que los Estados miembros, al aplicar esta directiva, deberán tener en cuenta los principios fundamentales de seguridad establecidos por el OIEA, así como las normas o guías de seguridad que viene publicando este organismo.

Además de las normas a las que ya me he referido, la operación de estos reactores modulares deberá ceñirse a lo preceptuado en el Real Decreto 102/2014²⁴, sobre gestión responsable y segura del combustible nuclear gastado y los residuos radiactivos, y en última instancia a los mandatos contenidos en la Directiva 2011/70/Euratom del Consejo, de 19 de julio de 2011²⁵, por la que se establece un marco comunitario para la gestión responsable y segura del combustible nuclear gastado y de los residuos radiactivos, norma a la que se remite como complemento necesario la Directiva 2009/71/Euratom del Consejo, de 25 de junio de 2009, por la que se establece un marco comunitario para la seguridad nuclear de las instalaciones nucleares, a la que nos hemos referido anteriormente y que además establece en su último considerando la recomendación a los Estados miembros de que establezcan, en su propio interés y en el de la Comunidad, sus propios cuadros, que muestren, en la medida de lo posible, la concordancia entre la presente directiva y las medidas de transposición, y a hacerlos públicos conforme al mandato contenido en el acuerdo institucional «Legislar mejor»²⁶. En este acuerdo institucional se consagra el respeto a principios tan elementales como el de legitimidad democrática, subsidiariedad, proporcionalidad y seguridad jurídica, principios que no deberían dejar margen para que fundamentos ideológicos desvíen o impidan que la normativa interna responda a los principios o a los objetivos perseguidos por las distintas políticas europeas, incluida la relativa a la energía nuclear. El fomento de la energía nuclear constituye un objetivo de interés «común», tal y como reconoció el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) el 12 de julio de 2018 en el asunto T-356/15²⁷, ratificado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 22 de septiembre de 2020, asunto C-594/18 P²⁸, que desestimó el recurso de casación contra aquella sentencia (Díez Moreno, 2020). En estas sentencias se resolvió respecto a la oposición frontal de algunos Estados miembros a la construcción de centrales nucleares, en el caso de autos, Austria. Aunque el conflicto se enmarca en el ámbito de la prohibición de ayudas de Estado contenida en el artículo 107 del TFUE, el TGUE primero y después el TJUE convinieron en que la concesión de ayudas

²⁴ Real Decreto 102/2014, de 21 de febrero, para la gestión responsable y segura del combustible nuclear gastado y los residuos radiactivos (BOE de 8 de marzo de 2014).

²⁵ Directiva 2011/70/Euratom del Consejo, de 19 de julio de 2011, por la que se establece un marco comunitario para la gestión responsable y segura del combustible nuclear gastado y de los residuos radiactivos (DOUE de 2 de agosto de 2011).

²⁶ Parlamento Europeo, Consejo, Comisión, acuerdo interinstitucional «Legislar mejor» (2003/C 321/01).

²⁷ Sentencia del TGUE de 12 de julio de 2018, asunto T-356/15 (ECLI:EU:T:2018:439).

²⁸ Sentencia del TJUE de 22 de septiembre de 2020, asunto C-594/18 P (ECLI:EU:C:2020:742).

a los proyectos que impulsan la energía nuclear, como la construcción de la central Hinkley Point en el caso de autos, por otros Estados miembros que, como el Reino Unido (aunque ahora ya no forme parte de la UE), sí son partidarios de la energía nuclear no constituye una ayuda de Estado prohibida por los diversos tratados que rigen la UE. La cuestión de fondo era si la construcción de una central nuclear es un objetivo legítimo de interés de la Unión, analizando la relación entre el tratado Euratom y las disposiciones del TUE y el TFUE. Sobre estas cuestiones el Abogado General manifestó que el desarrollo de la energía nuclear es un objetivo definido en el derecho primario de la Unión (tratado Euratom), que no puede quedar jurídicamente supeditado a otros objetivos (incluso contradictorios) del TFUE, que además reconoce en su artículo 194 el derecho de los Estados miembros a elegir «entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético», derecho que debe ampliarse al desarrollo de la energía nuclear y a las centrales nucleares, como parte de sus fuentes de energía. En este sentido se pronunciaron ambos tribunales europeos, sentenciando que en materia de energía nuclear las disposiciones del tratado Euratom constituyen normas especiales en relación con las disposiciones del TFUE y prevalecen sobre estas últimas en caso de conflicto. Y además, al tener los Estados miembros derecho a elegir entre diferentes fuentes de energía, no puede cuestionarse la elección hecha por el Reino Unido para otorgar ayudas para la promoción de la energía nuclear, a pesar de que los recursos públicos utilizados para ese fin no están disponibles para otros proyectos.

El marco conformado por el Reglamento de gestión responsable y segura del combustible nuclear gastado y los residuos radiactivos y la Directiva 2011/70/Euratom garantizan la gestión segura y sin riesgos del combustible nuclear gastado, que exige el acto complementario de la taxonomía para considerar que las actividades nucleares son actividades favorables al medio ambiente. Por ello, respetando la actividad de los SMR este marco normativo, ningún inconveniente deberíamos encontrar para admitir que tales actividades o tecnologías contribuyen a la descarbonización de la economía europea.

Por tanto, en un futuro, esperemos no muy lejano, los nuevos reactores convivirán también con las nuevas tecnologías de generación eléctrica de origen renovable, y esta convivencia, si no se lleva ningún cambio normativo al respecto, deberá someterse a estas reglas, si bien el CSN podrá articular un sistema de licencia y autorización específico para los SMR inspirado en las normas de la OIEA, que son de obligado cumplimiento para los Estados miembros, ya que constituyen estándares básicos de seguridad, le guste o no al Gobierno del momento.

4.2. El riesgo de las actividades nucleares

El sector nuclear es el ejemplo clásico que utilizan los autores para definir la sociedad del riesgo, y por eso surge aquí un nuevo dilema respecto a la energía nuclear que hace referencia al riesgo permitido (Espinosa, 2015). Este dilema es inherente a la sociedad del

riesgo a la que se refirió Beck en su obra (Beck, 1998), autor que en múltiples ocasiones se refirió a la industria nuclear como máximo exponente de esta sociedad del riesgo que entraña un riesgo ambiental.

Este previsible riesgo debe ponderarse con la aportación de la energía nuclear e intentar lograr un equilibrio entre el progreso tecnológico y el riesgo que entrañan las actividades nucleares, y para ello el órgano que debe evaluar y ponderar ese riesgo y articular los procedimientos necesarios para que no sea superado es o debe ser el CSN (Ruiz de Apodaca Espinosa, 2015), axioma con el que coincide también el profesor Esteve Pardo al afirmar que la complejidad tecnológica provoca que la Administración deba tecnificarse (Esteve Pardo, 1998), siendo un ejemplo de esta Administración tecnificada el propio CSN.

La función principal del CSN es la de vigilar que el riesgo de la actividad nuclear se mantenga en los límites permitidos, y para ello se somete a una fuerte regulación y control a dichas actividades, controles que se concretan en el régimen de autorización y licencias, que está presente en todas las fases de las actividades nucleares y se aplica sobre todos los sujetos involucrados, como veremos a continuación.

4.3. Régimen de autorización y licencia

El régimen de autorización y licencia al que deberán someterse estos reactores para iniciar su explotación, en tanto no contemos con una normativa específica, es el contenido en el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas. Conforme a este régimen (previo informe del CSN) deberán obtener una autorización previa o de emplazamiento, una autorización de construcción y una autorización de explotación.

Conforme a su regulación reglamentaria, la autorización previa o de emplazamiento implica «un reconocimiento oficial del objetivo propuesto y de la idoneidad del emplazamiento elegido, cuya obtención faculta al titular para solicitar la autorización de construcción de la instalación e iniciar las obras de infraestructura preliminares que se autoricen». Esta autorización podría ser un trámite simplificado en el caso de que los SMR se colocaran en emplazamientos donde ya estuvieran emplazadas o hubiesen estado ubicadas otras instalaciones nucleares, por ejemplo, en los terrenos que ocupaba el reactor de la central Santa María de Garoña, u otras centrales nucleares. Debido a su reducido tamaño podrían colocarse en estos terrenos, y podría decirse que en el caso de que el modelo de SMR instalado pudiera utilizar como combustible los residuos de nuestras antiguas centrales, estos lugares quedarían como el mejor de sus emplazamientos.

La segunda de estas autorizaciones sería la de construcción, que «faculta al titular para la construcción de la instalación y para solicitar la autorización de explotación», pero como estos SMR se trasladarían desde las instalaciones industriales, esta autorización se limitaría únicamente a la instalación, y la labor del CSN consistiría en verificar que la instalación en

el emplazamiento elegido se lleva a cabo de la forma correcta. Cuando llegue el momento de la comercialización de estos SMR, aunque para ello todavía faltan unos años, como se trata de diseños modulares, la construcción de los mismos se llevaría a cabo en las distintas instalaciones industriales, y una vez terminada debería establecerse, en nuestra opinión, un control de seguridad por la OIEA que atendiera a un estándar homogéneo, consiguiendo así aumentar la confianza de los inversores y de la sociedad respecto a estos nuevos reactores, dado que de dichas instalaciones los SMR podrán ser trasladados al emplazamiento elegido por los inversores, ya sean estos públicos o privados.

Finalmente, en el caso de que los SMR se implantaran en España, deberá obtenerse la autorización de explotación, que «faculta al titular a cargar el combustible nuclear e introducir sustancias nucleares en la instalación, a realizar el programa de pruebas nucleares y a operar la instalación dentro de las condiciones establecidas en la autorización. Se concederá en primer lugar con carácter provisional hasta la finalización satisfactoria de las pruebas nucleares», si bien será necesario el desarrollo de la normativa del CSN oportuna que responda al verdadero ciclo de operación de estos minireactores, ya que las normas de seguridad existentes no responden a su funcionamiento, y por ello resulta tan necesaria la cooperación en el seno de la OIEA de nuestro organismo regulador a la hora de diseñar el marco normativo adecuado a estos nuevos reactores, para que así la normativa interna de las instalaciones nucleares, al tratarse de un sistema tecnológico altamente complejo, no se limitará a establecer cláusulas de «mejora tecnológica» o de «máxima seguridad» según el *state of art*, sino que además de implementar la adecuada evaluación del riesgo que se derive de su explotación, que deberá ser controlado necesariamente por los técnicos del organismo regulador, aunque en el caso de los SMR, podría venir certificado por los controles ya establecidos por la OIEA, conforme a ese estándar técnico homogéneo y neutro ideológicamente, que debería lograrse en materia nuclear.

Estas serían las primeras autorizaciones que deberían obtener los SMR en caso de querer comenzar su explotación en España. Mientras que en el caso de los reactores tradicionales este proceso puede ser muy largo y costoso, en el caso de los pequeños reactores nucleares, del propio diseño, de su baja potencia y de su reducido tamaño cabe inferir que la fase de autorización y licencia podría reducirse enormemente, ya que los aspectos a considerar son menores, como también es menor el riesgo que entrañan, debido a su baja potencia y reducido tamaño.

En caso de que se modificase el reactor modular instalado sería necesario solicitar las autorizaciones correspondientes que se prevén para ello: autorización de modificación, autorización de ejecución y montaje de la modificación. La regulación de ambos instrumentos deberá ser igualmente actualizada para adaptarla a los nuevos diseños, y que así responda al estado de la ciencia. Ya en el momento final de explotación el titular del reactor deberá conseguir la autorización de desmantelamiento primero, y, finalmente, la autorización de desmantelamiento y cierre. Adicionalmente, deberá ser autorizado también el almacenamiento temporal de sustancias nucleares en una instalación en fase de construcción que

no disponga de autorización de explotación y el cambio de titularidad de las instalaciones nucleares, tal y como se recoge en la normativa de la OIEA en la Guía de seguridad específica núm. SSG-12 referida al «Proceso de concesión de licencias para los establecimientos nucleares»:

Para lograr el nivel de seguridad tecnológica más alto que pueda razonablemente alcanzarse en la evaluación de emplazamientos y en el diseño, la construcción, la puesta en servicio, la explotación, la modificación y la clausura de establecimientos nucleares y actividades conexas, así como en su liberación del control reglamentario, es preciso contar con lo siguiente: una base jurídica sólida; proveedores, fabricantes y entidades explotadoras con la debida cualificación; y una infraestructura gubernamental apropiada que incluya un órgano regulador con responsabilidades y funciones bien definidas. Una de las principales funciones de un órgano regulador consiste en la autorización de actividades específicas y de establecimientos nucleares, o de partes de ellos, mediante un proceso de concesión de licencias. Este proceso puede conducir a la concesión de una o más licencias durante la vida útil de un establecimiento nuclear, según se establezca en los reglamentos y las leyes nacionales (OIEA, 2011).

Por tanto, ante la ausencia de regulación específica, los reactores modulares deberán adaptarse a este marco regulatorio, que resultará de aplicación teniendo en cuenta las distintas peculiaridades que encierra su diseño.

Sin embargo, esta ausencia de regulación específica y el rechazo, manifestado de forma expresa por la Administración española, pueden suponer un obstáculo a la hora de autorizar este tipo de proyectos, ya que el poder público cuenta así con un amplio margen discrecional y puede no atender a los informes técnicos emitidos por el organismo regulador, burlando así la propia independencia del mismo, que no es una cualidad que se le concede de forma caprichosa, sino que supone una exigencia de la OIEA (OIEA, 2017).

5. A modo de reflexión

El triple dilema de la seguridad del suministro eléctrico (sostenibilidad, asequibilidad y seguridad) al que debe enfrentarse el diseño de las políticas públicas energéticas, en nuestra opinión aconseja tener en cuenta los tres factores a la hora de descartar una determinada tecnología como actor del cambio o transición energética.

A fin de conseguir este equilibrio parece adecuado contar con una diversificación del *mix* energético, sobre todo cuando distintos expertos y organismos internacionales vienen poniendo de manifiesto que la energía nuclear seguirá estando presente en los sistemas eléctricos de la UE y sus Estados miembros al menos hasta 2050.

Esta presencia podrá evolucionar y podremos contar con una nueva generación de reactores mucho más eficientes, económicos, seguros y sostenibles, pero para ello será necesario que los Estados no den la espalda a este sector, bajo los auspicios del fomento de las energías renovables, ya que en esta lucha contra el cambio climático y para alcanzar el objetivo de la neutralidad climática en 2050 que persigue el Pacto Verde Europeo, distintos informes indican que será necesaria la energía nuclear como sistema de respaldo frente a la intermitencia de las energías procedentes de fuentes renovables, ya que los sistemas de almacenamiento no estarán disponibles en la medida requerida.

Por ello consideramos que las políticas energéticas adoptadas por los Estados miembros deberían poner el foco en la «racionalidad» y echar a un lado la ideología para poder estudiar y valorar las posibilidades que pudieran contribuir al logro de los objetivos energéticos y medioambientales de la UE.

Desde aquí no negamos el papel impulsor que debe adoptar el Gobierno respecto a las energías renovables, pero ello no impide que deba adoptarse un plan de control y seguimiento de las instalaciones subvencionadas, y, por otro lado, este papel impulsor no impide tampoco que se articulen otras posibilidades o un llamado «plan B», que podamos poner en marcha en caso de que necesitemos ese 10 % de electricidad nuclear de respaldo, como augura la Agencia Internacional de la Energía, no cerrando al puerta al sector nuclear.

Por ello, si atendemos a la inclusión de la energía nuclear en la taxonomía verde, que reconoce su papel sustancial en la lucha contra el cambio climático, y dado que el desarrollo de la energía nuclear es un objetivo definido en el derecho primario de la Unión (Tratado Euratom), que no puede quedar jurídicamente supeditado a otros objetivos (incluso contradictorios) del TFUE, podemos concluir que no solo no contradice los objetivos perseguidos en el TFUE, sino que se convierte en herramienta necesaria para la consecución de la neutralidad climática y para reducir la enorme dependencia energética de los Estados miembros de la UE, que tras el conflicto de la invasión de Ucrania ha revelado la vulnerabilidad de algunos Estados miembros ante la prohibición de seguir abasteciéndose de combustibles fósiles de origen ruso. Así, los Estados miembros que hayan decidido incluir a la energía nuclear en su *mix* energético, como es el caso de España, deberían trabajar en mejorar o establecer los canales necesarios para que la regulación favorezca, o al menos no suponga un obstáculo en sí mismo, el desarrollo de esta tecnología. Para ello será necesario adaptar la normativa en materia de seguridad, y en especial la relativa a las autorizaciones necesarias que deben solicitarse para la instalación de los SMR en España, para que estas respondan a sus características, a su verdadero ciclo de operación y al riesgo que conlleve, que en el caso de que esta tecnología evolucione favorablemente en el mercado, no solo se reduciría el plazo de construcción de estos reactores respecto a los reactores convencionales en funcionamiento en estos momentos, sino que también las autorizaciones deberían adaptarse a esta nueva realidad tecnológica, que contribuirá al suministro de electricidad sin emisiones, entre otras aplicaciones, así como podría contribuir a la reutilización de los residuos nucleares que actualmente se encuentran en las piscinas y almace-

nes temporales de nuestras centrales nucleares, al no haberse culminado la construcción del ATC en Villar de Cañas.

Para evitar los sesgos políticos que no estén legitimados por una decisión democrática, puesto que las trabas al desarrollo nuclear sin fundamento técnico y negando principios que fundamentan el derecho primario de la UE y las últimas conclusiones respecto al papel que desempeña la energía nuclear en su política energética y medioambiental pueden perjudicar uno de los sectores estratégicos de nuestro país, sería deseable que estas normas fueran el resultado o el reflejo de la cooperación de nuestro CSN, organismo regulador independiente por imperativo legal, en el seno de la OIEA. Estos nuevos reactores serán aliados necesarios de las energías renovables para abordar la crisis climática y lograr la neutralidad medioambiental en 2050, pero para su despliegue resulta necesario diseñar unas hojas de ruta con planes de acción concretos. Solo así el marco normativo que se establezca para el desarrollo y funcionamiento de los SMR será el adecuado para estos nuevos reactores, y no solo un conjunto de cláusulas de «mejora tecnológica» o de «máxima seguridad» según el *state of art*, que podría venir certificado por los controles ya establecidos por la OIEA, conforme a un estándar técnico homogéneo y neutro ideológicamente, que debería lograrse en materia nuclear.

Referencias bibliográficas

Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*. Paidós.

Bello Paredes, S. A. (2009). Las autorizaciones administrativas en el ámbito de la energía nuclear: a vueltas con el tema del futuro de la central nuclear de «Santa María Garoña». *Actualidad Administrativa*. La Ley, 19.

Bello Paredes, S. A. (2015). El ATC de Villar de Cañas: ese oscuro objeto del deseo. *Revista de Administración Pública*. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/42372>

Cinco Días. (26 de febrero de 2022). Los minirreactores de última generación lle-

garán en cinco años. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/02/25/companias/1645793078_322566.html

Díez Moreno, M. A. (2020). Impuestos sobre el combustible nuclear en España, ¿de verdad que el combustible nuclear no es un producto energético? En *VIII Encuentro de Derecho Financiero y Tributario «La fiscalidad en el marco de la transición ecológica»*. Instituto de Estudios Fiscales, 6/2020 (pp. 5-61) https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2020_06.pdf

El Confidencial. (4 de junio de 2022). China resuelve el gran problema de la energía

- nuclear. https://www.elconfidencial.com/tecnologia/novaceno/2022-06-14/electricidad-energia-nuclear-china-reciclaje-uranio_3441729/
- El Mundo. (2 de enero de 2022). España rechaza incluir la energía nuclear y gas en la taxonomía verde europea: «No son energías verdes ni sostenibles». <https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2022/01/01/61d0be5be4d4d841078b4578.html>
- Espinosa, M. Á. (2015). La aplicación del principio de precaución en el sector energético nuclear. La dialéctica entre garantía de suministro y riesgo. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, VI(1). <https://core.ac.uk/download/pdf/39153657.pdf>.
- Esteve Pardo, J. (1998). *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. Ariel.
- Ferrer, J. D. (2021). La gobernanza de la unión de la energía contra la improvisación de las leyes energéticas. En V. López Ibor Mayor (Coord.), *Derecho de la energía y el Clean energy package* (pág. 163 a 178). Aranzadi.
- Foro Nuclear. (2022). Reactores Modulares Pequeños. https://www.foronuclear.org/wp-content/uploads/2022/02/Monografia_reactores-_modulares_pequenos-002.pdf
- International Energy Agency. (2021a). Net Zero by 2050: A Roadmap for the Global Energy Sector. https://iea.blob.core.windows.net/assets/deebef5d-0c34-4539-9d0c-10b13d840027/NetZeroBy2050-ARoadmapfortheGlobalEnergySector_CORR.pdf
- International Energy Agency. (2021b). World Energy Outlook 2021. <https://iea.blob.core.windows.net/assets/4ed140c1-c3f3-4fd9-acaee-789a4e14a23c/WorldEnergyOutlook2021.pdf>
- López Redondo, E. N. (2020). Natrium, el nuevo reactor nuclear de la compañía de Bill Gates. <https://www.energynews.es/natrium-el-nuevo-reactor-nuclear-de-la-compania-de-bill-gates/>
- Martín, M. R. (27 de marzo de 2022). Los mini-reactores nucleares, la «revolución energética» a la que no se apunta España. *Libre Mercado*. <https://www.libremercado.com/2022-03-27/los-minirreactores-nucleares-la-revolucion-energetica-a-la-que-no-se-apunta-espana-6880512/>
- MITERD (Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico). (2020). Hoja de ruta del hidrógeno: Una apuesta por el hidrógeno renovable. Marco Estratégico de Energía y Clima. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.
- OIEA. (2011). Guía de seguridad específica N.º SSG-12. En *Proceso de concesión de licencias para los establecimientos nucleares*. https://www-pub.iaea.org/MTCD/Publications/PDF/Pub1468s_web.pdf
- OIEA. (2017). Requisitos de Seguridad Generales N.º GSR Part 1. En *Marco gubernamental, jurídico y regulador para la seguridad*. https://www-pub.iaea.org/MTCD/Publications/PDF/P1713_S_web.pdf
- OIEA. (2019). ¿Son los reactores modulares pequeños un desafío para la gestión del combustible gastado? <https://www.iaea.org/es/newscenter/news/son-los-reactores-modulares-pequenos-un-desafio-para-la-gestion-del-combustible-gastado>
- OIEA. (2021). ¿Qué son los reactores modulares pequeños (SMR)? [https://www.iaea.org/es/newscenter/news/que-son-los-reactores-modulares-pequenos-smr#:~:text=Los%20reactores%20modulares%20peque%C3%B1os%20\(SMR\)%20son%20reactores%20nucleares%20avanzados%20con,reactores%20nucleares%20de%20potencia%20tradicionales](https://www.iaea.org/es/newscenter/news/que-son-los-reactores-modulares-pequenos-smr#:~:text=Los%20reactores%20modulares%20peque%C3%B1os%20(SMR)%20son%20reactores%20nucleares%20avanzados%20con,reactores%20nucleares%20de%20potencia%20tradicionales)



Ruiz de Apodaca Espinosa, A. M. (2015). Régimen jurídico de la gestión de los residuos nucleares. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*.

SNR (Sociedad Nuclear Española). (2021). El hidrógeno más verde. *Revista Nuclear España*. <https://www.revistanuclear.es/editorial/el-hidrogeno-mas-verde/>

Tecnatom. (18 de diciembre de 2019). ¿Son los SMR (Reactores Modulares Pequeños) el futuro de la energía nuclear? <https://www.tecnatom.es/blog/smr-reactores-modulares-pequenos-el-futuro-de-la-energia-nuclear/>

Responsabilidad extracontractual y culpa exclusiva de la víctima en siniestro de tráfico

Adelaida Medrano Aranguren

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

Enunciado

Juan encuentra una plaza para estacionar su vehículo en una calle de Bilbao, en un estacionamiento en línea, encontrándose a 50 metros dicho espacio para estacionar de un paso de peatones reglamentario debidamente señalizado.

Con el intermitente puesto, y tras haber mirado los espejos retrovisores, y funcionando adecuadamente los sensores de obstáculos con los que el coche viene equipado, inicia la maniobra de marcha atrás para realizar el estacionamiento y justo cuando ya tenía más de la mitad del vehículo introducido en la plaza, suenan repentinamente los sensores de seguridad de obstáculos golpeando levemente a una persona de 87 años, que se dispuso a cruzar la calle justo por el espacio que le faltaba por ocupar a Juan de haber podido ultimar la maniobra. Dicha mujer, de avanzada edad, no se aperció de que un coche estaba tratando de aparcar allí, solo miró que no vinieran coches por la calzada que pretendía cruzar por un lugar no habilitado al efecto.

Tras haber sido golpeada a tan escasa velocidad, cae y se golpeó con una jardinera de la acera siendo atendida en un hospital.

¿Concorre culpa exclusiva de la víctima?

Cuestiones planteadas:

- Responsabilidad extracontractual y culpa exclusiva de la víctima.
- El riesgo como fuente única de responsabilidad objetiva.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

El accidente sucede el día 13 de junio de 2017, sobre las 10:25 horas, en la calle Santutxu de Bilbao, la cual cuenta con dos carriles de circulación en el mismo sentido y zonas de estacionamiento a la derecha e izquierda debidamente señalizadas, produciéndose el mismo en la zona de aparcamiento a la izquierda a la que estaba accediendo, realizando la oportuna maniobra de marcha atrás el Sr. Juan, quien conducía el vehículo de su propiedad, asegurado en la aseguradora PPP, en el preciso instante en el que desciende a la calzada, en ese punto, la atropellada, quien admite en su declaración ante los agentes que decidió cruzar la calle, siguiendo su marcha, mirando hacia su derecha desde procedía la circulación de vehículos, no usando al efecto el paso de peatones, produciéndose el impacto en ese instante entre peatón y vehículo.

Si ello es así, lo primero que se ha de realizar es una reflexión jurídica sobre la acción que puede ejercitarse, que no es otra que la de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil en relación con el artículo 1.1 de Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en su redacción vigente al momento del accidente, en el que se dice:

1. El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.

En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad solo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.

Al respecto la Audiencia Provincial de Vizcaya, en su sentencia de 1 de julio de 2020, al reflexionar sobre un supuesto en el que en casco urbano se da un atropello a un peatón por parte de un ciclista, siguiendo lo razonado por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 3.^a, en su sentencia de 3 de mayo de 2019 declarábamos lo siguiente:

TERCERO.- Culpa exclusiva de la víctima.

1.º La actual corriente jurisprudencial sobre la causalidad acude en los últimos años a la imputación objetiva. La teoría de la imputación objetiva intenta superar la teoría de la causalidad adecuada, que a su vez suponía un avance sobre la teoría resumida en la expresión latina «causa causae, causae causa» (quien es causa de la causa es causa del mal causado). Se trata de superar así las tendencias objetivadoras, que, sin ser objetivas, sí aplicaban técnicas como la inversión de la

carga de la prueba, o la del riesgo por el lucro que produce, llegándose a una exacerbación de la culpa con resultado desproporcionado, imponiendo al demandado la carga de que no incurrió en ningún tipo de negligencia, lo que se rechazaba con la doctrina de que «si algo pasó, es porque algo falló».

Modernamente, no son admisibles dichas posturas:

a) El artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil prohíbe la inversión de la carga de la prueba cuando no está prevista legalmente (aunque en algunos casos pudiera aplicarse la regla de la facilidad probatoria).

b) El artículo 1902 del Código Civil tiene un claro matiz culpabilístico, como reiteradamente está recordando la jurisprudencia más reciente. El deber de indemnizar por el daño causado a otro tiene su fundamento en la culpa o negligencia del obligado a resarcir (salvo supuestos legales de culpa objetiva). Así, la Excma. Sala Primera del Tribunal Supremo lleva años indicando que debe explicarse siempre el «cómo» (causalidad física, hechos probados) y el «porqué» (causalidad jurídica) del evento dañoso para poder imputar el resultado.

c) La doctrina del riesgo no resulta aplicable, sin más, en todo siniestro; la teoría de la responsabilidad por riesgo o «cuasiobjetiva», como parece pretenderse. El riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. Riesgo lo hay en todas las actividades de la vida diaria, por lo que el Tribunal Supremo ha restringido su aplicación a los supuestos en que la actividad desarrollada genera un riesgo muy cualificado, pese a que legalmente no se considere como constitutivos de una responsabilidad objetiva (SSTS de 21 de mayo del 2009, 10 de diciembre de 2008, 7 de enero de 2008, 30 de mayo de 2007, 19 de diciembre de 2006, 11 de septiembre de 2006, 31 de octubre de 2006, 3 de julio de 2006, 2 de marzo de 2006 y 17 de julio de 2003).

La imputación objetiva comporta un juicio que más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios o pautas extraídas del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, el incremento del riesgo, el consentimiento de la víctima y la asunción del propio riesgo, y de la confianza. La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene estableciendo, a través de sus resoluciones (SSTS 124/2017 [NCJ062343], de 24 de febrero; 10 de septiembre de 2015, 6 de febrero de 2015, 14 de julio de 2014, 18 de marzo de 2014 y 10 de julio de 2012, entre otras) las siguientes pautas o reglas:

a) Los riesgos generales de la vida: La vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. Es decir, las «desgracias» sí existen.

b) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima, no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas.

- c) La provocación: Quién provocó la situación. Sin descartar que sea el propio perjudicado porque asumiese un riesgo no justificado.
- d) El fin de protección de la norma.
- e) El incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta. Si el daño se habría producido igualmente, aunque se adoptase otra conducta.
- f) Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima).
- g) Y, en todo caso, y como cláusula de cierre, la probabilidad; lo que permite excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables, imprevisibles, y que a la postre nos recuerdan el caso fortuito.

Por otra parte, para que podamos hablar de tal causa de exoneración del demandado es necesario que la culpa de la víctima, cuando estamos además ante un accidente con vehículo a motor que determina la aplicación del artículo 1.1 del TRL, es necesario que sea:

- a) Plena absoluta y absorbente, de forma que el accidente haya sido originado de forma total por su actuación negligente.
- b) Exclusiva-decisiva y jurídicamente relevante para la causación del siniestro, y excluyente de la misma, sin que por parte del agente implicado exista la más mínima culpabilidad, actuando como elemento pasivo de la relación causal (no intervino, con su conducta, de forma alguna, en el hecho).

De modo que el mismo haya agotado su diligencia, como le exige el artículo 1104 Código Civil, incluso con la adopción de la maniobra oportuna y eficaz, conforme a la técnica y experiencia, para evitar o aminorar el resultado, siempre que:

- a) Sea posible (temporaneidad de la maniobra evasiva) posibilidad humana y dentro de la pericia «exigibles» a un conductor, de hacerlo, ante un peligro inminente y grave.
- b) Lo posibiliten las circunstancias del lugar.
- c) Que las mismas no la impidan o hagan que, de adoptarla, se seguiría un mal más grave.

Finalmente, en relación con la normativa vial vigente a la fecha del siniestro, teniendo en cuenta que el accidente se produce en casco urbano, en una calle de un único sentido, existiendo un paso de peatones cerca, el Reglamento General de Circulación, Real Decreto 1428/2003 de 21 de noviembre, en su redacción vigente en el momento de los hechos, establece para las partes implicadas en el presente procedimiento como usuarios de las vías, entre otras obligaciones, las siguientes:

a) La actora como peatona: artículo 124.

1. En zonas donde existen pasos para peatones, los que se dispongan a atravesar la calzada deberán hacerlo precisamente por ellos, sin que puedan efectuarlo por las proximidades, y cuando tales pasos sean a nivel, se observarán, además, las reglas siguientes:

- a) Si el paso dispone de semáforos para peatones, obedecerán sus indicaciones.
- b) Si no existiera semáforo para peatones, pero la circulación de vehículos estuviera regulada por agente o semáforo, no penetrarán en la calzada mientras la señal del agente o del semáforo permita la circulación de vehículos por ella.
- c) En los restantes pasos para peatones señalizados mediante la correspondiente marca vial, aunque tienen preferencia, solo deben penetrar en la calzada cuando la distancia y la velocidad de los vehículos que se aproximen permitan hacerlo con seguridad.

2. Para atravesar la calzada fuera de un paso para peatones, deberán cerciorarse de que pueden hacerlo sin riesgo ni entorpecimiento indebido.

b) El demandado como conductor que estaba realizando una maniobra de aparcamiento que exige realizar una maniobra marcha atrás:

- Artículo 3. Conductores.

1. Se deberá conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto al mismo conductor como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de los usuarios de la vía. Queda terminantemente prohibido conducir de modo negligente o temerario (artículo 9.2 del texto articulado).

- Normas generales de paradas y estacionamientos: artículo 91. Modo y forma de ejecución.

1. La parada y el estacionamiento deberán efectuarse de tal manera que el vehículo no obstaculice la circulación ni constituya un riesgo para el resto de los usuarios de la vía, cuidando especialmente la colocación del vehículo y evitar que pueda ponerse en movimiento en ausencia del conductor (artículo 38.3 del texto articulado).

Desde esta perspectiva jurídica, tras analizar los hechos de este supuesto, tenemos necesariamente que considerar que ninguna conducta reprochable cabe valorar en el conductor, por cuanto que si bien es cierto que la maniobra de marcha atrás exige la adopción de todas las precauciones necesarias, nos encontramos, como se aprecia en el atestado policial, instruido al poco de acaecer el hecho con un aparcamiento, entre otros dos vehículos

ya estacionados, en un punto junto a una acera en la que existe una jardinera con las dimensiones y en el que la maniobra, con una velocidad reducida, no era previsible que fuera interrumpida por una persona que como la peatona, de 87 años, procede a atravesar la calzada por allí, cuando en las proximidades como ella misma admite en su declaración ante los agentes y se constata en el atestado, a pocos metros, hay un paso de peatones, limitándose a mirar a su derecha porque era de allí de donde procedía la circulación, a la vez que bajaba a la calzada para atravesarla, sin apercibirse del vehículo aparcando, cuyo conductor se ve sorprendido, al no existir obstáculo alguno cuando inicia la maniobra ni recibir aviso del sensor de detección, y es en ese curso de la maniobra, como se aprecia por la posición del vehículo aun cuando declara estar más metido cuando se da el impacto, moviéndolo un poco, tras ello, para atender a la lesionada, a la vez que la peatón continúa con su marcha, cuando al pitar el sensor frena, momento en el que se da el contacto con el vehículo, que no resultó dañado, con la mala fortuna, que la señora de edad avanzada se cae hacia atrás golpeándose con la jardinera, causándose las lesiones de las que fue asistida en el hospital.

No era exigible otra conducta distinta al conductor que estacionaba su vehículo, lo que solo puede llevarnos a considerar que estamos ante un supuesto de culpa exclusiva de la peatona.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.104, 1.902 y 1.903.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 217.
- Real Decreto 1428/2003 (Reglamento general de circulación), arts. 3, 91 y 124.
- Real Decreto legislativo 8/2004 (Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor), art. 1.
- SSTS, Sala 1.^a, de 10 de julio de 2012; 18 de marzo de 2014; 14 de julio de 2014; 6 de febrero de 2015; 10 de septiembre de 2015, y 124/2017, de 24 de febrero.

Desheredación del cónyuge y del hijo

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Enunciado

D.^a María, casada y con dos hijos mayores de edad y con vida independiente, como consecuencia de una enfermedad que determinaba una asistencia permanente en mayo de 2019, fue ingresada voluntariamente en una residencia en la que también ingreso su esposo, procedentes del domicilio familiar.

Cuando llevaban seis meses, su esposo, D. José, de manera voluntaria y sin comentar nada a su mujer, decidió ingresar en otra residencia privada, donde conoció a una mujer con la que entabló una relación sentimental, mientras la vivienda familiar se mantenía desocupada.

Desde que salió de la primera residencia no visitó a su esposa, ni se puso en comunicación con ella ni con el personal del centro para interesarse por el estado de D.^a María.

Transcurridos ocho meses, y ante la mejoría de su situación, D.^a María decidió ir a visitar a su esposo a la residencia en la que se encontraba, encontrándole en compañía de una mujer que no conocía.

Una vez recibió el alta, en octubre de 2021, regreso al domicilio familiar y fue al notario en marzo de ese año, donde desheredó a su esposo, así como a uno de sus hijos, concretamente, al que residía en la misma localidad, ante su comportamiento hacia ella, ya que durante el tiempo en que estuvo en la residencia convaleciente de su enfermedad en ningún momento se preocupó por ella, ni la llamó ni la visitó, sin que tuviera limitación alguna, solo las derivadas de sus ocupaciones laborales, que no le impedían atenderla, visitarla y estar con ella. El otro hijo que residía fuera de la localidad sí la visitó, en ocasiones con su mujer y su hija, la llamaba por teléfono, hablaba con los médicos y se preocupaba por ella.

Fallecida D.^a María, en junio de 2022, como consecuencia de su enfermedad, su esposo y su hijo, que no están conformes con la desheredación, presentan demanda de juicio or-

dinario ante el juzgado de primea instancia de la localidad, instan la revocación de la desheredación y que les reconozcan como herederos de su esposa y madre, respectivamente, por considerar que no concurren los requisitos para aplicar la causa de desheredación recogida en el testamento.

Cuestiones planteadas:

1. La desheredación: fundamento, requisitos y causas; requisitos legales.
2. Posición legal y jurisprudencial.
3. Conclusión.

Solución

1. La desheredación: fundamento, requisitos y causas; requisitos legales

En el caso se propone un caso frecuente en la práctica, como es la desheredación de herederos forzosos, por la desatención de los hijos hacia su padre o su madre, en muchos casos ingresados en residencias para personas mayores o simplemente desatendidos en sus propios domicilios sobre aspectos como sobre su salud, su situación personal o económica y sin ser visitados ni tan siquiera telefónicamente.

Es cierto que en muchos casos el trabajo, la familia, las distancias, el hecho de residir en otras localidades u otros países complica mucho esa asistencia o atención a veces de manera no voluntaria, pero en otras sí de manera poco diligente hacia los padres, con las consecuencias que puede tener tanto en el aspecto personal, emocional o psicológico para ellos. Eso puede determinar que los padres o solo uno de ellos decida ir al notario para desheredar a aquellos hijos por la situación de abandono y de desatención en que se encuentran.

Esa situación también puede darse con el cónyuge que desatiende sus obligaciones para con el otro, de acuerdo con la regulación del Código Civil.

Sin embargo, esa declaración del progenitor o del cónyuge que quiere desheredar no puede deberse a cualquier causa que él quiera aludir, sino que ha de ser alguna de las que taxativamente establece el Código Civil y de manera formal a través de testamento.

Por tanto, la desheredación como sanción que establece el testador por la que priva de la legítima a los herederos forzosos debe basarse en alguna de las causas que de manera taxativa establece el Código Civil, y encuentra su fundamento en la sanción por el incumplimiento de aquellos deberes más trascendentales respecto de los familiares a los que afecte.

Respecto de los hijos y descendientes, el artículo 853 dispone que

serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2, 3, 5 y 6, las siguientes:

- 1.^a Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.
- 2.^a Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

Las causas las establece el Código Civil, incluyendo entre ellas las causas de indignidad que se establecen también como causa de desheredación, y en este sentido podría tener relevancia para el caso que se propone la nueva causa de indignidad contenida en el artículo 756.7 del Código Civil, que dispone que «tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil», pero que no figura en el artículo 853 como causa de desheredación respecto de hijos y descendientes. Por tanto, sería posible aplicarla como causa de indignidad para suceder sin necesidad de hacerla constar en testamento como causa de desheredación.

Respecto del cónyuge el Código Civil establece en el artículo 855 que

serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:

- 1.^a Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.
- 2.^a Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme el artículo 170.
- 3.^a Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.
- 4.^a Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.

2. Posición legal y jurisprudencial

En el caso que se propone se observan con claridad dos supuestos diferentes.

En primer lugar, la del hijo que no se ocupa o desatiende a su madre fundamentalmente por motivos laborales, mientras que el otro sí mantiene contacto más o menos habitual con la misma.

¿El hecho de que uno se preocupe y el otro no debe entenderse como causa de desheredación en todo caso? ¿Debe tenerse en consideración la realidad social actual, tomando

en consideración que, de acuerdo con el supuesto del caso, se enmarca en un periodo en la que el trato desciende por la covid-19?

En segundo lugar, respecto del cónyuge, consta en el caso que deja abandonada a su esposa en la residencia, marchándose a otra residencia en la que mantiene una relación con otra mujer y que desde ese momento deja de tener relación con ella, ni la llama ni se preocupa, la desatiende y es ella la que acude a la residencia en la que está y encuentra que su marido tiene una relación con otra residente. En este caso aplicar el número 1 del artículo 855 parece compatible con la situación descrita en el caso.

La solución requiere acudir a la doctrina jurisprudencial para resolver el caso que se propone.

Así, la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2022 establece que, en el diseño legal actualmente vigente, la legítima es configurada como un derecho del que solo puede privarse al legitimario de manera excepcional cuando concurra causa de desheredación.

El testador debe expresar alguna de las causas que, de manera tasada, ha fijado el legislador en los artículos 852 y siguientes del CC y al legitimario le basta negar su veracidad para que se desplace la carga de la prueba al resto de herederos (art. 851 CC).

La jurisprudencia de la sala, en los últimos años, ha llevado a cabo una interpretación flexible del artículo 853.2.^a del CC, que establece como justa causa para desheredar a hijos y descendientes haber «maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra» al padre o ascendiente.

Atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma, y tratando de dar respuesta a las situaciones de menosprecio y abandono a las que pueden verse expuestas las personas vulnerables de edad avanzada, la sala ha declarado que «el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el art. 853.2.^a CC». Así lo ha reiterado la sentencia 267/2019, de 13 de mayo, en la que (también las sentencias 258/2014, de 3 de junio, y 59/2015, de 30 de enero) afirma:

El motivo debe ser desestimado. En primer lugar, en contra de lo alegado por los recurrentes, hay que precisar que la sentencia recurrida, de modo expreso, sustenta su fundamentación jurídica desde el concepto del maltrato psicológico dado por esta sala en sus sentencias 258/2014, de 3 de junio, y 59/2015, de 30 de enero. En dichas sentencias, el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el art. 853.2 CC. En el presente caso, la sentencia recurrida considera acreditado que ambos hermanos incurrieron en

una conducta de menosprecio y abandono familiar respecto de su madre, sin justificación alguna y solo imputable a los mismos.

De esta forma, el maltrato psicológico reiterado ha quedado comprendido dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra del artículo 853.2.^a del CC, al entender que es un comportamiento que puede lesionar la salud mental de la víctima.

En la sentencia 401/2018, de 27 de junio, se afirma que una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos y, en consecuencia, podría configurarse como una causa de privación de la legítima.

En el sistema legal vigente no toda falta de relación afectiva o de trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador. Es preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a la causa legal del «maltrato de obra» prevista en el artículo 853.2.^a del CC. En el presente caso, a la vista de los hechos probados por la sentencia de apelación, confirmatoria de la del juzgado, resulta que la causante, tras el fallecimiento de su hijo y padre de las actoras, otorgó un testamento notarial por el que las desheredaba, según manifestó, «por haberla maltratado de obra». En el testamento la causante añadió expresamente que, para el caso de que por cualquier motivo no se hiciera efectiva la desheredación de las nietas (cabe pensar que por no quedar probada o por llegar a un acuerdo con los herederos), les legaba lo que por legítima estricta les correspondiera.

El legislador sigue manteniendo como límite a la voluntad del causante la necesidad de expresar una «justa causa» de desheredación para privar de la legítima a los legitimarios. Esta sala ha admitido que los tribunales pueden interpretar con arreglo a la realidad social las causas legales de desheredación. En la sentencia 401/2018, de 27 de junio, se afirmaba que una falta de relación continuada e imputable al desheredado, ponderando las circunstancias del caso, podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos y, en consecuencia, podría encuadrarse en una de las causas de privación de la legítima establecidas por el legislador.

Sin embargo, la aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla. Lo contrario, en la práctica, equivaldría a dejar en manos del testador la exigibilidad de la legítima, privando de ella a los legitimarios con los que hubiera perdido la relación, con independencia del origen y los motivos de esa situación y de la influencia que la misma hubiera provocado en la salud física o psicológica del causante.

Las modernas estructuras familiares propician e incluso no hacen extrañas situaciones en las que los progenitores han perdido contacto con alguno o todos de sus hijos o existen

relaciones francamente malas, considerando, en consecuencia, que es necesario acudir a una interpretación flexible de los motivos de desheredación conforme a la realidad social, tal y como se ha recogido en el Código Civil catalán, al incluir en el artículo 451-17, como causa de desheredación, «la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario»; lo cierto es que el propio tribunal aclara que, no habiendo sido modificado el Código Civil, «sería de interpretación rigurosa y restrictiva valorar la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo».

En el caso propuesto, la situación de la covid-19 existente podría justificar esa falta de contacto, y teniendo en cuenta la realidad social existente y a la vista de las resoluciones del Tribunal Supremo anteriormente mencionadas, no podría justificar sin más una causa autónoma de desheredación como para privarle de la legítima y fijar sin más una causa autónoma de desheredación por la falta de relación del heredero desheredado con su madre sin que pueda acreditarse nada más, e interpretándola conforme a la realidad social y en consideración a la situación existente.

Respecto del cónyuge debe decirse que D. José se mudó voluntariamente a otra residencia, resultando que a partir de ese momento ya no volvieron a vivir juntos. Por lo tanto, queda desvirtuada la presunción de convivencia establecida en el artículo 69 del Código Civil, cuyo incumplimiento es imputable al demandante sin razón alguna. En definitiva, el incumplimiento del deber de convivencia constitutivo del abandono. También está acreditado el incumplimiento de los deberes de apoyo y socorro mutuo (arts. 68 y 69 CC), no solo como consecuencia de la falta de convivencia entre los cónyuges, ya que D. José nunca visitó a su esposa ni se preocupó por ella; no se acredita que estuviera en compañía de otra señora y no podría ser constitutivo de un incumplimiento del deber de fidelidad, por el mero hecho de que estuviera con una señora, pero sí, al menos, del deber de respeto mutuo que deben profesarse los cónyuges el amparo del artículo 67 del CC.

Queda acreditado el incumplimiento del deber de convivencia del artículo 68 del Código Civil, que hace desaparecer la base del matrimonio, incluso desprendiéndonos del reproche culpabilístico, origen y causa de la ruptura y cese de la convivencia, siendo incluso suficiente que concurra esa situación de cese de la convivencia o separación de hecho para excluir al demandante como legitimario de la herencia de su esposa, conforme a lo establecido en el artículo 834 del CC y que haría incluso innecesaria enjuiciar la realidad de la causa de la desheredación.

3. Conclusión

En conclusión, en una supuesta sentencia se revocaría la desheredación del hijo por entender que no es posible crear nuevas causas de desheredación, y ello teniendo en consideración la doctrina del Tribunal Supremo y la realidad social aplicable al caso.

Respecto de la desheredación del cónyuge se mantendría de acuerdo en el artículo 855.1º por el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, manifestado por el cese de la convivencia o separación de hecho.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 67, 68, 69, 756, 853 y 855.
- SSTS 258/2014, de 3 de junio (NFJ054831); 59/2015 de 30 de enero (NCJ059468); 401/2018, de 27 de junio (NCJ063484); 267/2019, de 13 de mayo, y 419/2022, de 24 de mayo de 2022.

Contratos administrativos de organismos autónomos, subvenciones y recurso de amparo constitucional

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

Enunciado

En el organismo autónomo Biblioteca Nacional de España, adscrito al Ministerio de Cultura, se han producido las siguientes situaciones:

1. Se ha convocado procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada para la contratación de los servicios de limpieza, núm. de expediente 00/0000. El procedimiento de presentación de ofertas establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares es exclusivamente de forma electrónica, extremo este que se refleja tanto en los pliegos como en el anuncio de licitación que se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 16 de noviembre de 0000, en el BOE de fecha 27 de noviembre de 0000 y en la plataforma de contratación del sector público con fecha 16 de noviembre de 0000, utilizándose para desarrollar dicho procedimiento la herramienta de preparación y presentación de ofertas (licitación electrónica) de la citada plataforma de contratación del sector público.

Durante el plazo de presentación de ofertas concurren al procedimiento mediante la citada herramienta, por licitación electrónica, cinco ofertas de empresas licitadoras. Asimismo, y también dentro de dicho plazo, se recibe en el registro general del organismo una oferta presencial (el último día y tres horas antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas) de otra empresa licitadora.

Ante esta situación la asesoría jurídica del órgano de contratación recomienda al servicio encargado de la gestión del contrato que se otorgue trámite de subsanación a la empresa que presenta su oferta de forma presencial, a fin de que la documentación exigida en el procedimiento de licitación sea presentada de forma electrónica, en virtud de lo dispuesto en el artículo 68.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, dada la aplicación supletoria de la Ley 39/2015 respecto a la Ley 9/2017, que establece:

Si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación.

Ante ello, el órgano de contratación concedió un plazo para la subsanación.

- 2.1. Compra por el organismo autónomo de libros científicos publicados por editoriales nacionales e internacionales, en cuyo precio de editorial se incluyen los derechos de autor derivados del reconocimiento de propiedad intelectual: ¿podría pensarse que es un negocio jurídico formalmente excluido de las previsiones de la LCSP y no tener consideración de contrato público, según lo dispuesto en su artículo 9, por considerarse un bien incorporal? ¿Es equiparable en derecho este negocio, compra de libros científicos, a la creación original literaria objeto de propiedad intelectual? O bien, la adquisición de libros científicos con la que se obtienen objetos físicos susceptibles de ser inventariados, que en el caso de la adquisición por parte de las universidades como consumidor final es susceptible de aplicar precios inferiores al de venta al público hasta un 15 %, como excepción contemplada en el artículo 11 de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, ¿puede considerarse contrato de suministro incluido en la LCSP, en el que puede establecerse como criterios de valoración de proposiciones los descuentos sobre el precio y el plazo de entrega, entre otros?
- 2.2. Contratación de los trabajos de redacción de proyectos de ejecución de obras arquitectónicas y de ingeniería por el organismo autónomo, que a lo largo del articulado de la LCSP tiene la consideración de contrato de servicios, y definidos en el artículo 17 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: ¿podría considerarse un negocio jurídico formalmente excluido de las previsiones de la LCSP y no tener consideración de contrato público según lo dispuesto en su artículo 9, por ser una creación original objeto de propiedad intelectual recogida en la letra f) del mismo artículo 10 del mencionado Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril?
- 2.3. De igual modo, la adquisición de programas de ordenador que el artículo 16 de la LCSP define como contratos de suministro a excepción de los programas de ordenador desarrollados a medida, que se consideran contratos de servicios, ¿podría considerarse un negocio jurídico formalmente excluido de las previsiones de la LCSP y no tener consideración de contrato público según lo dispuesto en su artículo 9, por ser una creación original objeto de propiedad intelectual recogida en la letra i) del reiterado artículo 10 del Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto re-

fundido de la Ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia?

3. El organismo autónomo ha concedido una subvención a don XXX en un procedimiento de concurrencia competitiva cuyo objeto consistente en que, por parte de persona con la titulación adecuada –arquitectos superiores– se proceda a la elaboración de documentales de 15 minutos de duración en los que se pongan de manifiesto ideas para el adecentamiento y lucimiento de un edificio de su propiedad. El importe de la subvención concedida fue de 10.000 euros por beneficiario hasta la finalización del crédito presupuestario. El Sr. XXX subcontrató la realización de parte del proyecto con su esposa, también arquitecta, por un importe de 4.500 euros. ¿La esposa de don XXX tiene que justificar en todo caso el coste efectivo de la prestación que facturan al beneficiario?
4. En ese procedimiento de subvención se habían incoado dos expedientes sancionadores a dos personas (A y B), que obtuvieron la subvención por presunta infracción grave del artículo 57 c) de la Ley 28/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, consistente en «la falta de justificación del empleo dado a los fondos recibidos una vez transcurrido el plazo establecido para su presentación».

Los expedientes se iniciaron el día 15 de diciembre de 2021 y finalizaron mediante resolución sancionadora el día 27 de febrero de 2022 de febrero (tenía 28 días). Respecto a las notificaciones de dicha resolución:

- a) El primer intento de notificación personal al sancionado A se produce a las 9:15 horas del lunes día 7 de marzo de 2022, ¿Desde cuándo se podía producir el segundo intento de notificación? El segundo intento de notificación que dio resultado se produjo el día 16 de marzo de 2022. En esta ocasión la notificación se hizo de forma efectiva.
 - b) Respeto a B, que había solicitado relacionarse electrónicamente con la Administración, se puso a su disposición la notificación el día 7 de marzo. No se tiene constancia de que accediera a su contenido en ningún momento. Cuando la Administración va a ejecutar la sanción, pasados 20 días, alega que aquella había incumplido la obligación de la notificación a través de publicación edictal que debe hacerse, en todo caso, antes de la ejecución.
5. Resuelto un procedimiento de responsabilidad patrimonial e indemnizado el lesionado, se inicia el día 6 de abril un procedimiento de reembolso o reintegro contra don RRR, funcionario del organismo autónomo perteneciente al subgrupo A2, toda vez que existió, de forma indubitada y acreditada, una negligencia grave por su parte en el funcionamiento del servicio de su responsabilidad, que ocasionó el daño a un particular y el posterior procedimiento de responsabilidad patrimonial resuelto de forma estimatoria para el perjudicado. Este procedimiento finalizó mediante resolución, en la que se declaró la procedencia del reembolso

de fecha 3 de junio de igual año. La resolución se notificó el día 8 de julio. Ante ella, el funcionario interpone recurso de reposición ante el órgano competente afirmando la invalidez de la resolución dictada.

6. Un funcionario, don LLL, que prestaba sus funciones en el referido organismo autónomo ha solicitado, conforme a la legislación vigente y cumpliendo todos los requisitos exigidos para ello, una vacante que ha salido a concurso. La citada vacante ha sido, igualmente, pedida por otros tres funcionarios. El concurso es resuelto por el órgano competente, que era el secretario de estado del ministerio, asignándose a otro solicitante.

Ante ello, acude al órgano jurisdiccional competente mediante escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo que tramita el oportuno procedimiento contencioso ordinario. En este proceso, sorprendentemente, no tuvo lugar el trámite de conclusiones que había sido solicitado, de forma expresa, por las tres partes (recurrente, Administración y el funcionario que obtuvo la plaza). Esta omisión fue denunciada por el recurrente ante el órgano jurisdiccional, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, sin resultado alguno.

La sentencia se resolvió en sentido desestimatorio. Ante ello, formula recurso de casación que no es admitido por falta de interés casacional. Frente a la misma presenta recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, fundamentado en las infracciones de los derechos de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución. En trámite oportuno el Ministerio Fiscal se opone a la admisión del recurso, alegando la falta de agotamiento previo a la vía judicial por no haberse interpuesto el incidente previo de nulidad de actuaciones.

Finalmente, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 000/2022, de 5 de octubre, referido a la rehabilitación de edificios de titularidad pública, por el que se modifica el estatuto de la entidad pública empresarial del suelo (SEPES). El mismo fue publicado en el BOE el 6 de octubre de 2022.

En su apartado 3 del artículo único del real decreto, introduce un nuevo inciso 3.º en el artículo 4.1 del estatuto de SEPES, recogido en el real decreto. El mencionado nuevo inciso amplía el objeto social de la citada entidad pública empresarial en los siguientes términos: «Ejecución de actuaciones de rehabilitación y regeneración urbana, o reforma urbana de espacios públicos, así como rehabilitación o reforma de inmuebles en instalaciones de titularidad pública».

En el procedimiento de elaboración del real decreto se prescindió de los trámites de consulta pública y de audiencia. Para motivar la tramitación abreviada, en la memoria de análisis de impacto normativo se dice, por la Abogacía del Estado, que la reforma del estatuto de la SEPES «es una norma organizativa de la Administración General del Estado que carece de impactos apreciables y de eficacia *ad intra*» y, por consiguiente, que ello se apoya

en el artículo 26.2 de la Ley del Gobierno. Al informar sobre el proyecto de real decreto, el Consejo de Estado no opuso ninguna objeción a su tramitación abreviada. Consta, además, que el real decreto tenía como finalidad principal adaptar el estatuto de SEPES a las nuevas prescripciones introducidas en 2015 por la Ley de régimen jurídico del sector público.

El mismo fue objeto de recurso contencioso-administrativo por la Confederación Nacional de la Construcción, interpuesto en tiempo y forma.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Resulta ajusta a derecho la decisión del órgano de contratación de que se le otorgue plazo para subsanación a la empresa que presentó su oferta presencialmente dentro de plazo?
2. Informe sobre los interrogantes que se plantean en el relato de hechos descritos con el número 2 del enunciado.
3. ¿Las esposa vinculada con el beneficiario tiene que justificar en todo caso el coste efectivo de la prestación que facturan al beneficiario?
4. Comente las circunstancias concurrentes en las notificaciones de la resolución sancionadora y, en su caso, las oportunas consecuencias.
5. ¿Cómo deberá resolverse el recurso interpuesto por el funcionario?
6. Tiene razón el Ministerio Fiscal para que no se admita el recurso de amparo? Con independencia de la respuesta a la anterior pregunta, ¿qué, en su caso, debería fallar y ordenar, en concreto el Tribunal Constitucional, respecto al fondo del asunto si, finalmente, entrara a analizar el mismo?
7. ¿Cómo debería resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Nacional de la Construcción, interpuesto en tiempo y forma?

Solución

1. ¿Resulta ajusta a derecho la decisión del órgano de contratación de que se le otorgue plazo para subsanación a la empresa que presentó su oferta presencialmente dentro de plazo?

A continuación, se analizará el régimen de la presentación de ofertas por medios electrónicos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, la regulación de la aplicación de la legislación general en materia de procedimiento administrativo a los procedimientos de contratación, para finalizar con la aplicación de la previsión del concreto

artículo 68.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, al supuesto cuestionado. Como señala su exposición de motivos, el texto de la Ley 9/2017 realiza una decidida apuesta «a favor de la licitación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario».

De acuerdo con ese propósito, la disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017, bajo el rótulo «Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley», regula la utilización de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación y, en particular, en la presentación de ofertas y solicitudes de participación.

En concreto, el apartado 3 establece la regla general de la presentación de ofertas y solicitudes de participación en los procedimientos de contratación con medios electrónicos, al señalar que «la presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional», añadiendo a continuación que «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los órganos de contratación no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los siguientes casos: [...]», enumerando una serie de supuestos en los que no resulta obligatorio para el órgano de contratación la exigencia del empleo de medios electrónicos para la presentación de ofertas. De la misma manera, el apartado 4 de la misma disposición establece un supuesto específico adicional por razones de garantía en la seguridad de la información. Por último, esta disposición se remite en su apartado 8 a otra disposición adicional, la decimosexta, que regula las normas que regulan el uso de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la ley.

Estas previsiones trasponen lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en sus artículos 22 y concordantes, para los cuales el artículo 90 prevé un plazo de hasta el 1 de octubre de 2018, que se ha adelantado al 9 de marzo, según lo expuesto.

La opción por los medios electrónicos de la directiva responde, como señala su considerando 52, a la intención de «simplificar enormemente la publicación de los contratos y aumentar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación. Deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior».

En definitiva, la conclusión es que a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2017 la regla general para la presentación de las ofertas es la utilización de los medios electrónicos, que solo cede ante los casos tasados previstos en la citada disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017, debiendo en cualquier caso justificarse la excepción de forma expresa, al

exigirse que «los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos» (disp. adic. 15.^a, apartado 3 y 4 *in fine*).

Por su parte, respecto a aplicación supletoria de la legislación en materia de procedimiento administrativo, la Ley 9/2017, en su disposición final cuarta (Normas aplicables a los procedimientos regulados en esta ley y a los medios propios personificados), reitera lo señalado en la disposición final tercera del texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP), señalando en su apartado 1 que «los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias».

Ahora bien, como ya ha señalado esta junta de contratación administrativa en otras ocasiones y así ha sido reconocido en las decisiones del Tribunal Central de Recursos Contractuales respecto a diversos preceptos de la legislación en materia de procedimiento administrativo común, las disposiciones contenidas en la legislación de procedimiento administrativo (anteriormente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y hoy la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas) solo resultan de aplicación cuando la normativa específica de contratos del sector público no se pronuncia sobre las actuaciones que se tienen que llevar a cabo en las diferentes fases de los procedimientos de licitación, y su aplicación no sea contraria al contenido y a los principios generales que inspiran la legislación de la contratación pública. A este respecto cabe citar, por ejemplo, las resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales 738/2015, 422/2015 o 309/2015 o los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 16/00, de 11 de abril, o 35/02, de 17 de diciembre.

En particular, respecto a la aplicación del trámite de subsanación previsto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la documentación a presentar por las empresas licitadoras, esta junta, en el Informe 35/02, de 17 de diciembre de 2002, ya señaló que

la supletoriedad solo debe entrar en juego ante una falta de regulación específica de la norma suplida y es evidente que, tanto el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado contenía como el artículo 81.2 del vigente Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene una regulación suficiente de la subsanación de errores, omisiones y defectos, que impiden que por la vía de la disposición adicional séptima de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se produzcan consecuencias inadmisibles, cual es la señalada en el escrito de consulta de que la falta total de la documentación a presentar por los licitadores pueda ser subsanada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En su virtud, y teniendo en cuenta la obligatoriedad de relacionarse con la Administración mediante medios electrónicos tanto con carácter general como en el ámbito de la contratación pública, la cuestión se centra en determinar si resulta aplicable o no al trámite de presentación de ofertas de forma electrónica el trámite de subsanación previsto con carácter general en el artículo 68.4 de la Ley 39/2015, a la vista de la regulación expresa de los preceptos de la Ley 9/2017 y de los principios generales que la inspiran.

Al margen de las disposiciones adicionales de la Ley 9/2017, que han sido reseñadas anteriormente, para responder a la cuestión anterior deben tenerse en cuenta los preceptos que regulan los trámites en los procedimientos de adjudicación y, en particular, los referidos a la presentación de proposiciones.

El punto de partida es la vigencia de los principios generales de publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación recogidos con carácter general en el artículo 1 de la Ley 9/2017, y plasmados expresamente respecto al procedimiento de licitación en el artículo 132.1 de la Ley 9/2017, a tenor del cual «los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad».

De acuerdo con los citados principios, en la subsección 1.^a de la sección 2.^a del capítulo i del título I del libro II de la Ley 9/2017, se regulan los plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones incluidas sus posibles ampliaciones con ocasión de incidencias suscitadas en el procedimiento (art. 136), su posible reducción (art. 137), la regulación de la información a los interesados (138), los requisitos de las proposiciones de los interesados (139), las reglas para la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (140) y la declaración responsable (141).

No se prevén tramites expresos de subsanación salvo en este último artículo 141, cuyo apartado 2 prevé expresamente un trámite de subsanación para la declaración responsable y demás documentación acreditativa de los requisitos previos regulada en el anterior artículo 140, por un plazo de tres días, en términos similares al régimen jurídico vigente al amparo del TRLCSP. No se prevé un trámite para la subsanación de la documentación de las ofertas, tan solo y en determinados supuestos específicos, como la modificación en los pliegos o falta de respuesta a los requerimientos de información, una ampliación del plazo común a todos los licitadores.

En definitiva, se establece una regulación completa de los trámites relacionados con la presentación de la documentación adecuada a la naturaleza concurrencial del procedimiento de contratación y de acuerdo con los principios mencionados de publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación que lo inspiran, por lo que no puede entenderse que exista una laguna legal al respecto.

Hay que tener en cuenta además que, establecida la obligación para todos los licitadores de presentar electrónicamente las proposiciones, no tiene sentido la aplicación del otorgamiento de un trámite de subsanación para aquellos que, incumpliendo la obliga-

ción legal, presentan la documentación en papel, beneficiándose de algún tipo de ventaja, como una posible ampliación singular del plazo para presentar las proposiciones por la vía exigida legalmente.

Aun en el caso de que la documentación se hubiera presentado con anticipación a la terminación del plazo de presentación de la documentación, los principios señalados de publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación, unidos a la necesaria seguridad jurídica, postulan un tratamiento común a todos los licitadores, de forma que sea en el momento de valoración de toda la documentación, cuando la mesa o el órgano correspondiente determine la exclusión de las proposiciones que incumplan lo dispuesto en la ley y en el pliego, en particular por el incumplimiento de la obligación de presentación electrónica de la documentación, sin aplicar el trámite de subsanación previsto en el artículo 68.4 de la Ley 39/2015.

Finalmente, y a mayor abundamiento, recogida en el pliego la exigencia de la presentación electrónica de las ofertas de acuerdo con la disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, la obligatoriedad de su presentación por este medio se convierte en inexcusable, ya que los pliegos son la ley del contrato que obligan tanto a la Administración contratante como al licitador que presenta una proposición a una licitación determinada. En este sentido se pronuncia expresamente el artículo 139 de la Ley 9/2017, cuyo apartado 1 señala que «las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna», en términos similares al artículo 145.1 del TRLCSP.

2. Informe sobre los interrogantes que se plantean en el relato de hechos descritos con el número 2 del enunciado.

- Las cuestiones planteadas giran acerca de la aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, a tres tipos de actividades como son la compra de libros científicos y la de programas de ordenador, así como la contratación de los trabajos de redacción de proyectos de ejecución de obras arquitectónicas y de ingeniería. En todos los casos se plantea su posible consideración como propiedades incorpóreas o como elementos propios de la propiedad intelectual y se atiende al carácter inequívoco de Administraciones públicas de las universidades.
- El artículo 9.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, de contenido similar al artículo 4.1 p) del TRLCSP de 2011, señala lo siguiente:

Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos

análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial. En estos contratos solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 34.2.

- Este precepto contiene varias ideas relevantes que se pueden resumir del modo siguiente:
 - a) Declara la exclusión de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, de los contratos patrimoniales que consisten en operaciones propias del tráfico privado si recaen sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales.
 - b) Declara que estos contratos tienen siempre carácter privado y se rigen por la legislación patrimonial.
 - c) Excepciona el caso de la compraventa de programas de ordenador siempre que este negocio deba ser calificado como un contrato de suministro o, como después veremos, de servicios.

- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, nos indica también cuándo la adquisición de un programa de ordenador debe ser calificada como un contrato público y quedar sujeto a la legislación contractual pública. En efecto, el artículo 16.3 de la norma legal señala que, en todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:
 - b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

Por tanto, no cabe ninguna duda de que conforme a la Ley de contratos del sector público la adquisición, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, de programas necesarios para el uso de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información e incluso la cesión del derecho de uso de los mismos debe considerarse como un contrato de suministro, sujeto a las prescripciones de la normativa contractual pública referentes a este tipo de contrato.

La excepción a la anterior regla viene representada por el supuesto de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios al tener un componente que los cualifica por causa de su carácter individualizado y exclusivo para el cliente público y, en consecuencia, no susceptible de venta masiva. Lógicamente, en este caso también estamos en presencia de contratos públicos y la normativa propia del contrato de servicios será la aplicable a estos contratos. No puede haber duda de la consideración de estas actividades como contratos de servicios, ya que incluso cuentan con su propia codificación CPV bajo los epígrafes 84210-84250, 84990 y 84240.

- Por lo que se refiere a los contratos de redacción de proyectos de obras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, contiene continuas referencias a la realización de prestaciones de un alto contenido intelectual, entre las que figuran las correspondientes a la ingeniería y la arquitectura (arts. 145, 159 o disp. adic. 41.^a). Incluso la ley alude expresamente (art. 183.3) a los contratos de servicios que se refieran «a la redacción de proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo que revistan especial complejidad y, cuando se contraten conjuntamente con la redacción de los proyectos anteriores, a los trabajos complementarios y a la dirección de las obras», señalando la procedencia de la aplicación de las normas de los concursos de proyectos para la selección del contratista.

Estos contratos fueron calificados tradicionalmente como contratos de consultoría y asistencia y hoy no cabe duda alguna de que constituyen contratos complementarios al contrato de obras, tal como ha declarado esta junta consultiva en múltiples ocasiones (por ejemplo, en el Informe 23/2019, de 9 de mayo). Por la naturaleza de sus prestaciones propias se configuran como contratos de servicio y son anejo inseparable de la ejecución de la obra pública. Por tanto, no puede haber duda alguna de que estamos en presencia de contratos sujetos a la legislación de contratos públicos.

- Respecto de la adquisición de libros científicos partiremos de la idea de que el contenido del soporte físico que representa el libro es claramente una obra científica protegida por la propiedad intelectual.

El Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (LPI), alude a esta cuestión en el artículo 10 cuando señala que

son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza.

Sentado lo anterior, cabe señalar, sin embargo, que en este punto las obras científicas no se diferencian, por ejemplo, de los programas de ordenador, también objeto de propiedad intelectual conforme al artículo 10.1 i) de la LPI. Ya hemos visto que los programas de ordenador están sujetos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por expresa imposición de la misma y que el propio legislador se ha ocupado expresamente de ellos para deslindar adecuadamente el tipo de contrato que constituyen en cada caso. Por eso, aunque la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, no mencione expresamente la compra de libros científicos, la solución debe ser la misma, de modo que la adquisición de los libros en cuestión puede incardinarse sin dificultad en el contrato de suministro y quedará sujeta, por tanto, a la Ley de contratos del sector público.

Nótese que a estos efectos resulta relevante no solo el hecho de que la obra científica en cuestión esté protegida por las normas reguladoras de la propiedad intelectual, cosa por completo incuestionable, sino también cuál es la finalidad y el objeto de la adquisición por parte de la entidad pública contratante.

Tal finalidad normalmente no es la adquisición *inter vivos* de los derechos de propiedad intelectual propiamente dichos, que incluirían solo los que de todos ellos son susceptibles de transmisión, entre los que la LPI (artículos 17 y siguientes) cita los derechos de explotación de la obra en cualquier forma (incluyendo los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación), así como el derecho de participación o la compensación equitativa por copia privada. Lo que se pretende con la adquisición de libros científicos no es el ejercicio de ninguno de estos derechos que son propios del autor. Habitualmente no se trata de realizar otra actividad que el uso del libro por parte de la universidad y sus alumnos e investigadores, sin que aquella adquiera ninguno de los derechos constitutivos de la propiedad incorporal que el autor ostenta sobre la obra científica.

Consecuentemente, en la mayoría de los supuestos no cabe entender que el objeto del contrato sea el conjunto de derechos constitutivos de la propiedad incorporal de la obra, sino que, por el contrario, el objeto del contrato es la propiedad de un bien mueble que autoriza su uso por la universidad con pleno respeto a los derechos de exclusiva que otorga la propiedad intelectual que retiene al autor.

Este es el mismo criterio que se contiene, por ejemplo, para el contrato de servicios en el artículo 308.1 de la LCSP. Establece esta norma lo siguiente:

Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público.

Parece claro que el legislador está inspirado por el mismo criterio que venimos exponiendo, en la medida en que resulta patente que este tipo de contratos de servicios recae sobre «productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial». Siendo esto así, qué duda puede haber de que el legislador contempla la entrega de un producto protegido, como en el caso de un libro científico, y lo sujeta a la LCSP.

En definitiva, también en este supuesto el contrato está sujeto a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y puede calificarse como un contrato de suministro.

- Lógicamente existen excepciones a la anterior conclusión. La propia LPI contempla, por ejemplo, la posible transmisión *inter vivos* de los derechos de explotación a un tercero por parte de su autor a través de alguno de los contratos que detalla en su título V. En estos supuestos, cuando mediante una contraprestación se pague al autor por la transmisión de la titularidad o ejercicio de derechos tales como la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de la obra, en los términos que para estas actividades establece la LPI, el objeto del contrato sí podría ser la propiedad incorporal y sí quedaría esta transmisión excluida de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes:

- Los contratos que tienen por objeto la adquisición de programas de ordenador son contratos de suministro con una excepción: que se trate de programas de ordenador confeccionados a medida, en cuyo caso constituyen contratos de servicios, sujetos ambos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.
- Los contratos de redacción de proyectos de obra constituyen contratos de servicios sujetos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.
- Los contratos de adquisición de libros para una universidad son contratos de suministro que estarán sujetos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, cuando su objeto no sea la adquisición propiamente dicha de derechos constitutivos de la propiedad intelectual.

3. ¿La esposa vinculada con el beneficiario tiene que justificar en todo caso el coste efectivo de la prestación que facturan al beneficiario?

Hay que distinguir si la prestación facturada al beneficiario por la entidad vinculada implica o no subcontratación.

Artículo 68 del reglamento de la Ley de subvenciones, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, relativo a la subcontratación de las actividades subvencionadas:

1. La realización de la actividad subvencionada es obligación personal del beneficiario sin otras excepciones que las establecidas en las bases reguladoras, dentro de los límites fijados en el artículo 29 de la Ley General de Subvenciones y en este Reglamento. Si las bases reguladoras permitieran la subcontratación sin establecer límites cuantitativos el beneficiario no podrá subcontratar más del 50 por 100 del importe de la actividad subvencionada, sumando los precios de todos los subcontratos.

2. A efectos de lo dispuesto en el artículo 29.7 d) de la Ley General de Subvenciones, se considerará que existe vinculación con aquellas personas físicas o jurídicas o agrupaciones sin personalidad en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Personas físicas unidas por relación conyugal o personas ligadas con análoga relación de afectividad, parentesco de consanguinidad hasta el cuarto grado o de afinidad hasta el segundo.

Señala el artículo 29.7 d) de la Ley 38/2003, general de subvenciones (LGS):

En ningún caso podrá concertarse por el beneficiario la ejecución total o parcial de las actividades subvencionadas con [...]:

d) Personas o entidades vinculadas con el beneficiario, salvo que concurran las siguientes circunstancias:

1.^a Que se obtenga la previa autorización expresa del órgano concedente.

2.^a Que el importe subvencionable no exceda del coste incurrido por la entidad vinculada. La acreditación del coste se realizará en la justificación en los mismos términos establecidos para la acreditación de los gastos del beneficiario.

Queda acreditado el cumplimiento del segundo requisito. Respecto del primera nada se dice. Si no tenía la previa autorización del órgano concedente, no era posible esa subcontratación y, por tanto, supondría un incumplimiento de sus obligaciones que, de acuerdo con el artículo 57 b) de la LGS, podría ser constitutiva de una falta grave consistente en «el incumplimiento de las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida», o de una infracción leve general del artículo 56 consistente en: «Constituyen infracciones leves los incumplimientos de las obligaciones recogidas en esta ley y en las bases reguladoras de subvenciones cuando no constituyan infracciones graves o muy graves y no operen como elemento de graduación de la sanción».

En el caso de subcontratación con entidades vinculadas (entendiendo como tales a estos efectos las que se definen en el artículo 68 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el

que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, antes expuesto) la ley exige en el artículo 29 que el importe subvencionable no exceda del coste incurrido por la entidad vinculada, por lo que la acreditación del coste debe realizarse en los mismos términos que los establecidos para el beneficiario.

Sin embargo, la obligación de justificar el coste incurrido por la entidad vinculada no se extiende a los gastos, igualmente adquiridos a entidades vinculadas, que no impliquen subcontratación, los cuales únicamente están sometidos al límite general del valor del mercado.

No obstante, la Administración no solo puede comprobar este valor empleando uno o varios de los medios que se relacionan en el artículo 33 de la LGS, sino que también, durante la ejecución de un control financiero, nada impide al órgano de control solicitar la acreditación del coste efectivamente incurrido por la entidad vinculada; como medio de prueba de que efectivamente el coste justificado por el beneficiario es el de mercado, sin incrementos sobre el precio de adquisición que no fueran subvencionables y que implicaran un incremento de coste fraudulento.

4. Comente las circunstancias concurrentes en las notificaciones de la resolución sancionadora y, en su caso, las oportunas consecuencias.

A) Notificaciones en papel al Sr. A

- a) El primer intento de notificación al sancionado A se produce a las 9:15 horas del lunes día 7 de marzo de 2022. ¿Desde cuándo se podía producir el 2.º intento de notificación? El segundo intento podrá producirse desde el mismo 7 de marzo de 2022 a partir de las 15 horas hasta el 10 de marzo de 2022, también a partir de las 15 horas.

Por lo que se refiere a las notificaciones en papel, para que este plazo se entienda cumplido, será suficiente haber notificado, como mínimo, el contenido íntegro de la resolución, así como acreditar de forma debida el intento de notificación, según recoge el artículo 40 de la Ley de procedimiento administrativo común (LPAC).

Sin embargo, existe controversia respecto esta «acreditación de forma debida del intento de notificación». La expresión «intento de notificación» empleada por el legislador es ambigua y da lugar a diversas interpretaciones. En este sentido, la práctica de la notificación «de forma debida» está referida a realizar el intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales previstas en el artículo 42.2 de la LPAC, pero no se aclara si ello se cumple con el primer intento, o es necesario que se culminen el primer y el segundo intento.

- b) El primer intento de notificación personal al sancionado A se produce se produce a las 9:15 horas del lunes día 7 de marzo de 2022. ¿Desde cuándo se podía pro-

ducir el 2.º intento de notificación? El 2.º intento de notificación que dio resultado se produjo el día 16 de marzo de 2022. En esta ocasión la notificación se hizo de forma efectiva.

En primer lugar, esta notificación no respetó lo dispuesto en el artículo 47 de la LPAC cuando exige que el 2.º intento se haga en los tres días siguientes en distinta hora; aquí no se respetó. Y, en segundo lugar, cuando en un procedimiento de oficio el primer intento se realiza dentro del plazo de caducidad, pero no así el segundo intento de notificación. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en la sentencia de 1 de septiembre de 2014 (rec. núm. 557/2011), resolvió esta cuestión determinando que este intento previsto en la LPAC debe referirse a la consumación del doble intento, dado que hasta que no se agote este no es posible pasar a la notificación edictal. Por dicho motivo, por cuanto el segundo intento se produjo fuera del plazo de caducidad, resultó admisible la caducidad alegada.

En referencia a estos dos intentos necesarios de notificación es preciso, en primer lugar, traer a colación que nos estamos refiriendo siempre a aquellas notificaciones que se practican en papel. En segundo lugar, el artículo 42 de la LPAC determina que, en un primer intento de práctica de la notificación en el domicilio del interesado, si no se hallase presente el mismo, podrá hacerse cargo de la notificación «cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad». Si no hubiese nadie presente, deberá hacerse constar el primer intento de notificación en el expediente, especificando el día y la hora. El segundo intento se producirá en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. Ahora bien, cabe prestar especial atención, pues si el primer intento se realizó antes de las 15 horas, el segundo debe realizarse después de las 15 horas y viceversa, de manera que quede, como mínimo, un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación.

Así, conviene considerar el 30.1 de la LPAC, párrafo 2.º, que contiene la regla de cómputo de plazos por horas, de forma que «los plazos se contarán de hora en hora y de minuto en minuto desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación. Su duración máxima será de 24 horas y, a partir de entonces, se comenzarán a expresar en días». Además, cabe tener también presente el artículo 30.3 de la LPAC en el que se especifica que «los plazos expresados días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación».

Además, debemos señalar que, con el fin de acreditar que no se ha podido culminar con el proceso de notificación, bastará únicamente que consten los dos intentos en el expediente administrativo. Recordemos que el criterio del Tribunal Supremo en esta materia ha evolucionado, pasando de la necesaria consideración de que la Administración debía recibir la devolución del envío o de la comunicación para entender que el intento de notificación había sido infructuoso, a la única necesaria constancia de la imposibilidad o fallo del mismo en el expediente administrativo del procedimiento sancionador en cuestión.

En el caso de que resultasen ambos intentos de notificación infructuosos, la Administración podría hacer uso de la notificación edictal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha

matizado esta premisa, considerando insuficiente la realización de dos intentos de notificación infructuosos con resultado desconocido, pues la administración sancionadora dispone de más vías alternativas, pudiendo acudir a otros registros públicos «para intentar obtener un domicilio de notificaciones alternativo del interesado», y máxime cuando otras notificaciones, relativas a otros procedimientos, sí que se han podido practicar.

B) Notificación a través de medios electrónicos

Respecto a las notificaciones electrónicas, a diferencia de las de papel, de acuerdo con el artículo 43 de la LPAC, estas se practicarán a través de comparecencia en la sede electrónica de la Administración o del organismo actuante, es decir, mediante el acceso por parte del interesado o de su representante al contenido de la notificación.

Por un lado, se entenderán que las mismas se han practicado en el momento en que el interesado o su representante tenga acceso a su contenido y, por otro, se entenderán rechazadas cuando hayan transcurrido 10 días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido.

Por último, se entiende cumplida la obligación de notificación dentro del plazo legal con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada.

Sobre el contenido del precepto 43 de la LPAC, el Tribunal Supremo es claro al respecto: el artículo establece una regla general, de manera que «las notificaciones por medios electrónicos producen efectos desde el momento del acceso a su contenido», y una regla específica, esto es, «la obligación de la Administración de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, que se entenderá cumplida por la puesta a disposición de la notificación en sede electrónica de la Administración u Organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada única». En consecuencia, se sigue distinguiendo, como sucede con las notificaciones en papel, entre la propia «notificación», entendiendo como tal que el acto administrativo despliega todos sus efectos, tal y como veremos en el siguiente apartado, y el «intento de notificación», con la puesta a disposición de la notificación sin que el interesado acceda a la misma, para dar, de este modo, por resuelto el procedimiento dentro del plazo necesario.

La notificación interrumpe la prescripción de las infracciones y de las sanciones.

Adicionalmente, los tribunales, en el caso de la notificación electrónica, rechazan acudir a la vía edictal, pues la misma carecería de sentido, ya que la notificación sí que ha sido posible desde el momento en que se han cumplido todos los requisitos exigidos por la norma. Y, en términos similares, tampoco tiene lógica el intento de una segunda notificación, ya que la misma no se exige legalmente y la Administración ya tiene la certeza de que la notificación se encuentra a disposición del solicitante, aunque este no acceda a su contenido.

De hecho, sobre este último punto concerniente al acceso al contenido de la notificación electrónica, conviene destacar que una de las críticas suscitadas en torno a la cuestión de los 10 días naturales de puesta a disposición de la notificación antes de que se considere rechazada, versa sobre la obligación intrínseca que la propia Administración impone al interesado a acceder de forma periódica a su correo o sede electrónica, exigiéndose esa necesidad de forma indiscriminada, sin tener en cuenta la capacidad del sujeto en cuanto al acceso a las tecnologías o a su funcionamiento se refiere. Sobre el particular, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado admitiendo que en caso de que «el destinatario no acceda a su contenido en plazo por causas a él no imputables, deberán alegarse y justificarse las mismas», es decir, debe analizarse caso por caso. Aun así, queda de manifiesto que recae sobre el interesado una presión y una diligencia añadida respecto a las notificaciones en papel.

Por consiguiente, la notificación electrónica se entiende practicada: a) Cuando se accede al contenido del acto notificado; b) Por el transcurso del plazo de 10 días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se haya accedido a la misma, entonces, se entenderá rechazada.

5. ¿Cómo se resolverá el recurso interpuesto por el funcionario?

Ya, adelantamos, que el recurso deberá ser estimado.

La cuestión de interés casacional que se suscitó en el auto de admisión del recurso, sobre el plazo máximo de duración de un determinado procedimiento, se regula con carácter general en el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, según el cual, el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, si bien establezca un límite máximo de seis meses para esa norma reguladora, a salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor.

A falta de fijación de plazo máximo en la norma reguladora del procedimiento de que se trate, el plazo máximo será de tres meses.

Con dicha regulación se trata de garantizar la seguridad jurídica en las relaciones de los administrados con la Administración, de manera que sus derechos no se vean perjudicados por la falta o extemporaneidad de una respuesta congruente en el tiempo con la efectividad de los mismos. A tal efecto, el legislador ha considerado que, además de la observancia de los plazos establecidos para la realización de los distintos trámites del procedimiento, se establezca un plazo máximo para la notificación de la resolución del procedimiento, cuyo incumplimiento tiene unos efectos específicos.

Así, el incumplimiento de los plazos en general o, en expresión de la propia ley, la realización de las actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo

implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo (art. 48.3 LPAC), mientras que el incumplimiento del plazo máximo para resolver determina, en el caso de los procedimientos iniciados a instancia del interesado, la estimación o desestimación de la solicitud, es decir, el silencio positivo o negativo (art. 24 LPAC); y en el caso de los procedimientos iniciados de oficio, si del procedimiento pudiera derivarse el reconocimiento de derechos o situaciones jurídicas favorables, se produce el silencio administrativo negativo y, en el caso de que en el procedimiento se ejerciten potestades sancionadoras por la Administración o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad del procedimiento.

Se desprende de esta regulación el distinto alcance y efectos de los plazos establecidos para la realización de los correspondientes trámites del procedimiento y del plazo máximo para la resolución del mismo; que este plazo de resolución ha de estar expresamente establecido y no resulta de la suma de los plazos correspondientes a los distintos trámites; y que a falta de tal previsión específica ha de estarse al plazo legalmente establecido con carácter general de tres meses.

Desde estas consideraciones generales y por lo que se refiere al procedimiento establecido en el artículo 36.4 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de régimen jurídico del sector público –relativo a la exigencia por la Administración a las autoridades y demás personal a su servicio de responsabilidad por dolo, o culpa o negligencia graves– lo primero que se aprecia es que se trata de un procedimiento distinto al establecido para la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los particulares, a que se refiere el propio artículo 36.1, diferencias que son sustanciales en la forma y en su contenido sustantivo, pues, de una parte, son objeto de una regulación distinta, como se pone de manifiesto cuando es el propio precepto el que, tras remitir a la Ley de procedimiento administrativo común, señala que este procedimiento específico constará, al menos, de los siguientes trámites:

- a) Alegaciones durante un plazo de quince días.
- b) Práctica de las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días.
- c) Audiencia durante un plazo de diez días.
- d) Formulación de la propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia.
- e) Resolución por el órgano competente en el plazo de cinco días.

regulándose las especialidades del procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración en el artículo 91 de la LPAC, en cuyo número 3 sí se establece el plazo para la resolución de seis meses.

Y, por otra parte, este procedimiento específico es un procedimiento que se inicia de oficio por la Administración y cuya finalidad es exigir responsabilidad por dolo o culpa grave, es decir, de carácter desfavorable o de gravamen para el interesado.

En consecuencia, ha de atenderse a su regulación y no a la establecida para la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración, y en tal sentido se advierte que la regulación, a pesar de prever unos determinados trámites y sus plazos, no establece un plazo máximo de resolución, por lo que necesariamente habrá de acudirse al plazo general de tres meses señalado en el citado artículo 21.3 de la LPAC.

No es obstáculo para ello la indicada previsión de los trámites del procedimiento y sus plazos, pues, como ya hemos señalado antes, la realización de las actuaciones fuera de esos plazos solo produce efectos en los casos a que se refiere el artículo 48.3 de la propia ley, mientras que el incumplimiento del plazo de resolución, en este caso de procedimiento de oficio y susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen para el interesado, determina la caducidad del procedimiento, caducidad que supone una garantía para la situación jurídica del interesado, evitando la prolongación del procedimiento más allá del plazo establecido, que no puede alterarse mediante la sustitución del plazo legalmente aplicable por la suma de unos plazos referidos a trámites concretos y que, además, suponen una reducción de los plazos establecidos con carácter general para esos trámites, precisamente al efecto de la agilización del procedimiento, más aún si se tiene en cuenta que (atendiendo a la simple suma de los plazos de tramitación indicados) una tramitación diligente permite la realización de los trámites establecidos dentro del plazo de caducidad de tres meses.

Al respecto conviene reiterar el criterio manifestado en la sentencia de esta sala de 12 de marzo de 2019 (rec. núm. 676/2018 [NFJ075355]), que ante una alegación semejante, en el sentido de que la norma que regula el procedimiento de reintegro ante el Tribunal de Cuentas establece unos plazos para sus trámites que impedirían cumplir con el plazo de tres meses de caducidad, señala que

la dificultad de cumplir con el plazo de caducidad de tres meses previsto en el art. 42.3 de la Ley 30/1992 no puede constituirse en un argumento que nos lleve a considerar que este procedimiento no está sujeto a plazo de caducidad alguno o a aplicar un plazo carente de cobertura legal alguna. Y esta sería la conclusión que se alcanzaría de admitirse la tesis de la parte recurrente, pues la mera suma de plazos parciales de tramitación previstos en un procedimiento no crea un plazo de caducidad de un procedimiento y, además, en este caso nos encontraríamos con la dificultad añadida de que muchos de los trámites de este procedimiento no tienen señalado un tiempo concreto para su realización, por lo que estaríamos fijando un plazo de caducidad no previsto por la norma fruto de una mera improvisación.

Si los plazos establecidos en el procedimiento de reintegro no permiten cumplir el plazo de caducidad varias son las soluciones que se pueden adoptar, entre ellas la regulación legal de un plazo de caducidad distinto para este procedimiento o la

modificación del procedimiento existente, pero no es posible sostener, como pretende la sentencia del Tribunal de Cuentas, que no exista o no se aplique la institución de la caducidad.

De acuerdo con todo lo expuesto y dando respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión del recurso, ha de entenderse que el plazo máximo de duración del procedimiento previsto en el artículo 36.4, apartado 2, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público a efectos de poder apreciar su caducidad es el de tres meses, establecido con carácter general en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, cuando las normas reguladoras del procedimiento no fijan el plazo máximo, como es el caso.

6. Tiene razón el Ministerio Fiscal para que no se admita el recurso de amparo? Con independencia de la respuesta a la anterior pregunta, ¿qué, en su caso, debería fallar y ordenar, en concreto el Tribunal Constitucional, respecto al fondo del asunto si, finalmente, entrara a analizar el mismo?

El órgano jurisdiccional competente era, según el artículo 11.1 a), la Audiencia Nacional. Contra su sentencia solo cabía recurso de casación si concurrían los requisitos para ello (art. 86.1 Ley 29/98, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa).

a) Motivo de inadmisión alegado por el Ministerio Fiscal.

El artículo 88.1 de la LJCA señala que «el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia».

Señala el artículo 44 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) que:

1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos

que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

Conforme a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en los casos en los que, considerándose imputable a una resolución judicial la vulneración de un derecho fundamental, el recurso contra la misma era inadmitido por razones distintas de la falta de diligencia del recurrente, para la interposición del recurso de amparo se exigía haber promovido previamente un incidente de nulidad de actuaciones ante el mismo órgano judicial que había dictado la resolución lesiva del derecho fundamental.

En el orden contencioso-administrativo, esta exigencia venía dando lugar, por ejemplo, a que la persona que se consideraba afectada por una vulneración de ese tipo tuviera que interponer recurso de casación, y a que, si su recurso era inadmitido por no concurrir los presupuestos necesarios para el enjuiciamiento del fondo (como carecer de interés casacional objetivo), tuviera que volver a la instancia para promover incidente de nulidad de actuaciones como paso previo, en su caso, a la interposición del recurso de amparo.

En la reciente sentencia núm. 112/2019, de 3 de octubre (NCJ064313), sin embargo, el Tribunal Constitucional ha modificado su doctrina y ha establecido que, en supuestos como el descrito, no será necesario promover incidente de nulidad de actuaciones para que pueda considerarse cumplido el requisito del previo agotamiento de la vía judicial para la interposición del recurso de amparo.

Para adoptar este nuevo criterio, el tribunal se ha basado en que la exigencia del agotamiento de la vía judicial debe interpretarse de manera flexible y finalista y en que, con carácter general, no es obligatorio utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan solo aquellos de los que no quepa duda de su procedencia. Con base en esa concepción, y dado que, a su juicio, de la normativa procesal no cabe deducir con la claridad necesaria la exigencia de promover el incidente en supuestos como el descrito, ha concluido que esta acción no debe considerarse necesaria para entender agotada la vía judicial y poder interponer el recurso de amparo.

Según el tribunal, este cambio de criterio no afecta a la naturaleza subsidiaria del mencionado recurso, que queda salvaguardada con el intento del recurrente de obtener la reparación de su derecho fundamental mediante la interposición de recurso en la vía judicial contra la resolución que lo había lesionado.

Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia aclara que, aunque no exista la obligación de promover el incidente en estos supuestos, si el interesado lo hace, su acción tendrá que considerarse válida a los efectos de obtener la reparación del derecho fundamental lesionado, por lo que no podrá calificarse como manifiestamente improcedente ni, por tanto, determinará la extemporaneidad del ulterior recurso de amparo por alargamiento indebido de la vía judicial.

b) Con independencia de la respuesta a la anterior pregunta, ¿qué debería, en su caso, fallar y ordenar el Tribunal Constitucional?

En cuanto a cómo deberá resolverse el recurso de amparo, debemos señalar que deberá estimarse por vulneración del artículo 24 de la Constitución, consistente en derecho a la tutela judicial efectiva, pues la omisión de un trámite esencial en el procedimiento contencioso-administrativo, como es el de la vista o conclusiones, en el que las partes realizan el resumen final y las puntualizaciones pertinentes en orden a la defensa de su pretensión, supone la vulneración de aquel derecho fundamental causante, en principio, de indefensión real y efectiva.

En este sentido, el artículo 62 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA, señala que:

1. Salvo que en esta Ley se disponga otra cosa, las partes podrán solicitar que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia.
2. Dicha solicitud habrá de formularse por medio de otrosí en los escritos de demanda o contestación o por escrito presentado en el plazo de cinco días contados desde que se notifique la diligencia de ordenación declarando concluso el período de prueba.
3. El Secretario judicial proveerá según lo que coincidentemente hayan solicitado las partes. En otro caso, solo acordará la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas cuando lo solicite el demandante o cuando, habiéndose practicado prueba, lo solicite cualquiera de las partes; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 61.

Recordamos que el trámite fue solicitado por todas las partes intervinientes en el procedimiento.

Por su parte, el artículo 64.1 de la LJCA dispone:

Quando se acuerde el trámite de conclusiones, las partes presentarán unas alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones.

[...]

4. Celebrada la vista o presentadas las conclusiones, el Juez o Tribunal declarará que el pleito ha quedado concluso para sentencia, salvo que haga uso de la facultad a que se refiere el apartado 2 del artículo 61, en cuyo caso dicha declaración se hará inmediatamente después de que finalice la práctica de la diligencia o diligencias de prueba acordadas.

Y, aunque el artículo 65 limita el contenido de este trámite cuando señala que «en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación», no por ello es un trámite fundamental para la defensa de las pretensiones, como se deduce del transcrito artículo 64.1.

Además, el número 2 del citado artículo 65 establece que:

Quando el Juez o Tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados, lo pondrá en conocimiento de las partes mediante providencia, dándoles plazo de diez días para ser oídas sobre ello. Contra esta providencia no cabrá recurso alguno.

De manera que, al omitirse este trámite se impidió el posible planteamiento de otros motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados hasta ese momento.

Y el número 3, se señala:

En el acto de la vista, o en el escrito de conclusiones, el demandante podrá solicitar que la sentencia formule pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate, si constasen ya probados en autos.

En su caso, al prescindir del trámite, también, se imposibilitó el ejercicio de esta posible reclamación por parte del recurrente.

En concreto, el artículo 53 de la LOTC señala que:

La Sala o, en su caso, la Sección, al conocer del fondo del asunto, pronunciará en su sentencia alguno de estos fallos:

- a) Otorgamiento de amparo.
- b) Denegación de amparo.

Por su parte, el artículo 54 de la LOTC señala que:

Quando la Sala o, en su caso, la Sección conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su función a concretar si se han

violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, el artículo 55 de la LOTC:

La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos.

En conclusión, el tribunal otorgará el amparo al recurrente, anulará la sentencia dictada, especificando que se ha vulnerado el derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución en su vertiente de derecho a la tutela judicial efectiva, y ordenará que el procedimiento contencioso-administrativo se retrotraiga al momento procesal anterior al trámite de conclusiones para que se realicen estas y, luego, continúe el procedimiento.

7. ¿Cómo debería resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Nacional de la Construcción, interpuesto en tiempo y forma?

La regla general en materia de elaboración de disposiciones generales es que debe haber un trámite de consulta pública, así como de audiencia a los interesados. Esto último, como es sabido, viene además impuesto por el artículo 105 de la Constitución. De aquí se sigue que prescindir del trámite de consulta pública y de audiencia constituye una excepción a la regla general y, en cuanto tal, debe encontrar una base sólida en alguna previsión legal, que en ningún caso podrá interpretarse extensivamente.

La norma que establece los supuestos en que cabe prescindir del trámite de consulta pública se encuentra actualmente en el siguiente párrafo del artículo 26.2 de la Ley del Gobierno:

Podrá prescindirse del trámite de consulta pública previsto en este apartado en el caso de la elaboración de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o vinculadas a estas, cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen, o cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia. También podrá prescindirse de este trámite de consulta en el caso de tramitación urgente de iniciativas normativas, tal y como se establece en el artículo 27.2. La concurrencia de alguna o varias de estas razones, debidamente motivadas, se justificarán en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

Pues bien, condición necesaria para prescindir legítimamente del trámite de consulta pública es, según la norma legal transcrita, que se trate de «normas presupuestarias u organizativas» de la Administración General del Estado. Además, debe cumplirse una segunda condición: que la norma organizativa o presupuestaria no tenga impacto significativo en la actividad económica, que no imponga obligaciones relevantes a terceros, etc. Ello significa que deben darse dos condiciones cumulativamente y que una de ellas es, en todo caso, que la norma reglamentaria a elaborar sea de índole organizativa o presupuestaria. Si esta primera condición no se cumple, de nada sirve razonar sobre esas otras posibles circunstancias contempladas en el artículo 26.2 de la Ley del Gobierno, sencillamente porque son un requisito añadido al requisito insoslayable de que la norma a laborar sea presupuestaria u organizativa. En pocas palabras, el artículo 26.2 de la Ley del Gobierno no permite prescindir del trámite de consulta pública para la elaboración de disposiciones generales que, por su objeto, quedan fuera del ámbito presupuestario y organizativo.

El problema a dilucidar es si el precepto reglamentario que, modificando el estatuto de SEPES, amplía el objeto social de esta entidad pública empresarial a la «ejecución de actuaciones de rehabilitación y regeneración urbana, o reforma urbana de espacios públicos, así como rehabilitación o reforma de inmuebles en instalaciones de titularidad pública» puede caracterizarse como una norma organizativa. Es más, si, como afirma la Abogacía del Estado, se trata de una norma de autoorganización de la Administración General del Estado, con mera eficacia *ad intra*.

La respuesta debe ser negativa: las normas que regulan el objeto social de cualquier persona jurídica nunca agotan su eficacia en el plano interno y puramente autoorganizativo, pues delimitan en qué materias puede actuar la persona jurídica y, por consiguiente, qué clases de relaciones jurídicas puede entablar con terceros. Si esa persona jurídica es, además, una entidad pública, su objeto social define su ámbito legítimo de actuación y, llegado el caso, la esfera dentro de la cual puede ejercer las potestades administrativas que legalmente tenga conferidas. En términos más generales, puede decirse que el ámbito de actuación de una entidad pública es un elemento imprescindible para el correcto funcionamiento del principio de legalidad de la actuación administrativa y, por ello mismo, su delimitación no puede considerarse nunca como una cuestión meramente doméstica de la Administración.

Corolario de todo ello para el presente asunto es que el precepto reglamentario impugnado, que amplía el objeto social de SEPES a la rehabilitación de inmuebles de titularidad pública, no es una norma organizativa y, por tanto, no se halla dentro de la posible excepción —establecida por el artículo 26.2 de la Ley del Gobierno— a la regla general de que en la elaboración de disposiciones generales debe haber un trámite de consulta pública.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 24 y 105.
- Ley Orgánica 2/1979 (TC), arts. 44, 53, 54 y 55.

- Ley 50/1997 (Gobierno), arts. 26 y 27.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 62, 64, 65, 86.1 y 88.
- Ley 38/2003 (Subvenciones), arts. 29, 33 y 57.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 21, 24, 30, 40, 42, 43, 47, 48, 68.4 y 91.
- Ley 40/2015 (LRJSP), art. 36.
- Ley 9/2017 (Contratos del sector público), arts. 1, 9.2, 16.3, 30, 132.1, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 145, 159, 183, 308, disp. adic. decimoquinta y decimosexta y disp. final cuarta
- Real Decreto legislativo 1/1996 (TRLPI), arts. 10 y 17.
- Real Decreto 887/2006 (Reglamento de la ley de subvenciones), art. 68.
- STC 112/2019, de 3 de octubre.
- SSTS, Sala 3.ª, de 24 de noviembre de 2021, rec. núm. 7953/2020; 12 de marzo de 2019, rec. núm. 676/2018, y 22 de septiembre de 2022, rec. núm. 418/2021.
- STSJ de Castilla-La Mancha, de 1 de septiembre de 2014, rec. núm. 557/2011.
- Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales 309/2015, 422/2015 y 738/2015.
- Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 16/00, de 11 de abril, 35/02, 58/18 y 23/19.

El CEF.- homenajea a sus opositores y les anima a ser funcionarios «ejemplares»



Vista panorámica del Teatro Amaya

Para todos los que llenaban el Teatro Amaya de Madrid no había dudas. Opositar no es cuestión de suerte. Y, sin embargo, esa parece ser aún una de las tareas pendientes (por si desempeñaban pocas) que le queda al funcionario: cambiar su imagen. Con este objetivo, además de celebrar la nueva hornada de «superhéroes» que han superado sus oposiciones, el CEF.- Centro de Estudios Financieros celebraba el acto de reconocimiento a los ya nuevos trabajadores de la Administraciones públicas. La mayor

parte de ellos pertenecientes a los grupos A1 y A2, pues no debemos olvidar que las oposiciones que fundamentalmente prepara el CEF.- son aquellas en que se exige título de licenciado o graduado.

La cita, que contó con el toque artístico del joven saxofonista Gabriel Téllez, estuvo presidida por Arturo de las Heras, presidente del Grupo Educativo CEF.- UDIMA; la coordinadora general de oposiciones Ángela de las Heras; el padrino de la promoción, inspector de Hacienda y director adjunto de Recursos Humanos de la AEAT Fernando Salazar; y los profesores y preparadores de oposiciones Ramón Ortigosa y Silvia de Antonio. Condujo el acto el director de Comunicación del grupo educativo, Luis Miguel Belda.



El saxofonista Gabriel Téllez amenizó el acto

El propio Belda fue quien insertó la idea que después iría revoloteando en cada una de las intervenciones a lo largo de la velada: la importancia de cambiar la percepción del

funcionario, que no es un trabajador que se ajusta al horario y, en general, peca de procrastinación y casi presentismo laboral. «Muchos piensan que preparar una oposición es cuestión de suerte», recogía el testigo la coordinadora de oposiciones.



Ángela de las Heras, coordinadora general de oposiciones

Como ya todos los opositores saben, mucho trabajo y personas hay detrás de cada aprobado, recordaba Ángela de las Heras. En su intervención felicitó a los ya funcionarios, pues sus éxitos «son también los nuestros», en referencia al centro de oposiciones CEF.-. Un centro que funciona gracias a los profesores, para quienes los alumnos que aprueban son «su mejor retribución». Se acordó de quienes siguen intentándolo, y puso la primera piedra en el camino a seguir para los que ya entran a trabajar en la empresa más grande del país: «Que vean en vosotros un ejemplo a seguir», con valores y vocación pública.



Luis Miguel Belda, director de comunicación

«Que no os digan ¡qué suerte!»

Desempeñar su actividad de forma ejemplarizante vertió también buena parte del *speech* que regaló a los presentes el padrino de la promoción. Antiguo alumno y preparador en el CEF.-, Fernando Salazar tenía «mucho que agradecer» a la entidad educativa. El inspector de Hacienda y actual director adjunto de RR. HH. de la Agencia Estatal de Administración Tributaria reconoció, de hecho, que «no habría podido» superar su oposición sin el CEF.-.

Después de felicitar a opositores, familias y «mascotas», subrayó el mensaje de Ángela de las Heras: «Nadie os ha regalado nada: que nadie os diga que "qué suerte" que habéis aprobado. Si algo caracteriza a un opositor, es la capacidad de esfuerzo y disciplina para ingresar en cualquiera de los cuerpos de las Administraciones públicas». Dos cualidades «fundamentales, no ya en el trabajo, sino en la vida», defendía. Y colocando su hito propio en el camino, aprovechó la oportunidad para pedirles a los nuevos funcionarios que sigan animando a la gente a opositar.



El padrino de la promoción, Fernando Salazar, director adjunto de RR. HH. de la AEAT

«Convencedles de que se puede», dijo, y que ni hay «enchufe» ni se «regala nada». «Esto se consigue si la vida es un infierno. Es disciplina», abundó. Además, a modo de consejo les señaló su principal tarea por delante: «Necesitamos gente joven; vuestro trabajo es quedaros y aprender de toda la gente que se jubila ahora». Y añadió: «Sed ejemplares para cambiar la percepción del funcionario en la sociedad. No olvidéis nunca, por obvio que parezca, quién nos paga y para quién trabajamos: para los ciudadanos».

Grandes profesionales, mejores personas

En representación de los estudiantes subió al atril Álvaro Caviás, tras superar la oposición de Gestión de la Administración Civil del Estado. En sus palabras se vieron momentos de risas recordando las manías y «taras» que se llegan a pasar durante la oposición. Pero sobre todo sirvió para recalcar el extraordinario esfuerzo que desempeñan quienes escogen esta vía con cargas familiares o económicas. También agradeció al CEF.- su «rapidez» para adaptarse al formato telepresencial y la calidad de sus profesores, valorando especialmente su paciencia y capacidad de transmitir conocimientos, además de estar disponibles «casi» 24/7. «Tenéis grandes profesionales y mejores personas».



En representación de los alumnos intervino Álvaro Caviás



Silvia de Antonio, profesora y preparadora del CEF.-

Un guante que recogió uno de ellos, Ramón Ortigosa, para seguir resaltando el papel clave que tienen los nuevos trabajadores públicos. Su consejo, por tanto, fue: «Contribuid a desterrar la imagen caduca y trasnochada del funcionario». Les pidió que no sean «conformistas» y que sigan constantemente actualizándose. Y les aconsejó también apoyarse en los cuerpos de niveles inferiores, «porque muchas veces os sacarán las castañas del fuego».



Ramón Ortigosa, profesor y preparador del CEF.-

Además de adjudicarles el epíteto de héroes, la profesora Silvia de Antonio Franck insistió por su parte en el papel de servicio público que han de cumplir los funcionarios. Con respecto a los demás, y tras

haber superado todo, la preparadora les apuntó una cosa: «El éxito es obtener lo que se desea pero la felicidad es disfrutarlo».

Con esa felicidad y como uno de los actos «que más ilusión» le hacen a la institución educativa, Arturo de las Heras cerraba el evento de reconocimiento. Felicitó a los «campeones» y valoró especialmente el papel de los preparadores y el personal que elabora los temarios con los que estudian. Y celebró, ante todo, que se siga premiando el mérito y la capacidad, «tan necesarios» para la sociedad. «Otros países nos piden formación porque admiran lo que hemos construido: llega una pandemia y seguís siendo los mismos; cambia el Gobierno y seguís actuando de la misma manera y siempre la Administración sigue funcionando».



Arturo de las Heras,
presidente del CEF.-

Alberto Orellana

(Departamento de Comunicación. CEF.- UDIMA)

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@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 (7.^a ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2023

DEF.-

Modalidades

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 33.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 29.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 20.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 9.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

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.

DEF.-

Dotaciones económicas

Para cada una de las siete modalidades se establece un primer premio y los accésits que los respectivos jurados consideren merecedores de reconocimiento.

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

DEF.-

Lugar y plazo

Los trabajos se presentarán en la secretaría del CEF.- de Madrid: Centro de Estudios Financieros, a la atención de Begoña Cob Montes, paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección.

El plazo finaliza el día **3 de mayo de 2023**, a las **20:00 horas**.

DEF.-

Información sobre las bases

<https://www.cef.es/es/bases-premio>

Si necesitas motivación,

SOMOS EXIGENCIA.

Contigo, somos uno.



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 • Empresa y Tecnología • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación Inclusiva y Personalizada • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario • Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Interuniversitario en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia