

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 267 | Abril 2023

ISSN: 2697-1631

Riesgos jurídicos del metaverso

Antonio Serrano Acitores

Responsabilidad del administrador negligente por deudas de la sociedad

Gaspar Echeverría Echeverría

La Administración y la exportación de bienes culturales

Inés Ambrosio Luna

45 CEF.-
Aniversario

¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?

Ahora 

Si sabes

lo que quieres,

ha llegado el momento

de lograrlo.



Jurídica

Presencial | Telepresencial | Online

INICIO ABRIL 2023

- Curso de Experto en Mediación: Civil y Mercantil
- Curso Due Diligence Legal en la Adquisición de Empresas (M&A)
- Curso Intensivo sobre Criptomonedas y su Fiscalidad.
¿Qué son, cómo funcionan y cómo tributan?
- Curso Monográfico sobre Derecho Concursal
- Curso Monográfico sobre Derecho Digital
- Curso Práctico de Gestión Contable-Fiscal con A3 Software
- Curso sobre el Concurso de Persona Físicas y Autónomos.
Exoneración Sujeto Pasivo
- Curso Superior de Especialización en Derecho Mercantil

Consulta nuestra oferta formativa completa en **www.cef.es**

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 267 | Abril 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 Arzo 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

CEFLegal. Revista práctica de derecho

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 €

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistaceflegal@udima.es

Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/index>

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)

Indexación y calidad



Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

CEFLegal. Revista práctica de derecho

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

Sumario

Estudios doctrinales

Civil-mercantil

El derecho en la frontera digital: el metaverso y los retos jurídicos que plantea 5-34

Law at the digital frontier: the metaverse and its legal challenges

Antonio Serrano Acitores

Acciones del acreedor frente al administrador de la sociedad de capital distintas 35-60

a la prevista en el artículo 367 de la Ley de sociedades de capital. (Responsabilidad del administrador negligente por deudas de la sociedad)

Actions of the creditor against the administrator of the capital company other than those provided for in article 367 of the capital companies law. (Responsibility of the negligent administrator for debts of the company)

Gaspar Echeverría Echeverría

Constitucional-administrativo

La intervención de la Administración pública en la exportación del patrimonio 61-92

histórico español

State intervention in Spanish cultural heritage exports

Inés Ambrosio Luna

Comentarios de resoluciones

Civil-mercantil

Honor y libertad de expresión de dirigentes políticos (Comentario a la STS de 93-98

27 de abril de 2022)

Casto Páramo de Santiago

Casos prácticos

Civil

- Doctrina de los frutos del árbol envenenado en el ámbito penal 99-104
Adelaida Medrano Aranguren
- Contratos bancarios y folleto informativo para el inversor. Responsabilidad civil 105-113
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Mercantil

- Recurso contra sentencia desestimatoria en acción de impugnación de un acuerdo de disolución de una sociedad limitada 114-130
Pedro Mario González Jiménez

Administrativo

- Bien patrimonial y procedimiento de deslinde. Transformación de entidad pública. Incompatibilidad de concejal y prohibición para contratar 131-152
Julio Galán Cáceres

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 <https://www.civil-mercantil.com>



El derecho en la frontera digital: el metaverso y los retos jurídicos que plantea

Antonio Serrano Acitores

Abogado y doctor en Derecho

CEO de Spacetechies (España)

antonio.serrano.acitores@aserranoalberca.com | <https://orcid.org/0000-0003-3364-4219>

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

Extracto

La palabra «metaverso» es, sin duda alguna, la palabra de moda. Pero ¿qué es el metaverso? ¿Existe ya o está en construcción? ¿Cuáles son sus principales características? ¿Por qué ha cobrado tanta importancia en los últimos tiempos? ¿Cuáles son los principales retos jurídicos que va a conllevar su paulatina implantación?

Así las cosas, el propósito de este artículo es analizar, de una parte, en qué consiste el metaverso, sus antecedentes históricos, sus principales características, las tecnologías que convergen en el mismo, los casos de uso que se desarrollarán; y, de otra parte, el impacto que puede tener el metaverso en el Derecho y cómo este puede afrontar los numerosos riesgos y conflictos jurídicos que, sin duda, surgirán a raíz de la implantación del mismo.

Palabras clave: metaverso; derecho del metaverso; realidad virtual.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 17-03-2023

Cómo citar: Serrano Acitores, A. (2023). El derecho en la frontera digital: el metaverso y los retos jurídicos que plantea. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 267, 5-.34. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18623>



Law at the digital frontier: the metaverse and its legal challenges

Antonio Serrano Acitores

This paper has been selected for publication by: Mr. Carlos Lema Devesa, Mr. José Luis Blanco Pérez, Mr. Pablo Hernández Lahoz, Mrs. Esther Muñiz Espada, Mr. Javier Serra Callejo y Mr. Francisco Javier Silván Rodríguez.

Abstract

The word «metaverse» is undoubtedly the buzzword of the moment. But what is the metaverse, does it already exist or is it under construction, what are its main characteristics, why has it become so important in recent times, and what are the main legal challenges that its gradual implementation will entail?

Thus, the purpose of this article is to analyze, on the one hand, what the metaverse consists of, its historical background, its main characteristics, the technologies that converge in it, the use cases that will be developed; and, on the other hand, the impact that the metaverse may have on the law and how the latter can face the numerous risks and legal conflicts that will undoubtedly arise as a result of its implementation.

Keywords: metaverse; metaverse law; virtual reality.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 17-03-2023

Citation: Serrano Acitores, A. (2023). El derecho en la frontera digital: el metaverso y los retos jurídicos que plantea. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 267, 5-34. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18623>



Sumario

1. Introducción
 2. Historia del metaverso
 - 2.1. Antecedentes históricos
 - 2.2. Hacia dónde va el metaverso: del Internet 1.0 al Internet 3.0
 - 2.3. El metaverso en el contexto de la cuarta revolución industrial
 - 2.4. La nueva economía digital: de la economía del dato a la economía del metaverso
 3. Conceptualizando el metaverso
 4. Características del metaverso
 5. Actividades para desarrollar en el metaverso
 6. El derecho en la frontera digital: el metaverso y los retos jurídicos que plantea
 - 6.1. Las grandes preguntas
 - 6.2. Hacia el Derecho del metaverso
 - 6.3. Conceptualización jurídica del metaverso
 - 6.4. Principales riesgos jurídicos del metaverso
 7. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

En este momento de tecnologías tan exponenciales y disruptivas como la inteligencia artificial, la robótica, el *big data* o el internet de las cosas (*internet of things* o IoT), las empresas que no sean capaces de adaptarse no sobrevivirán. Y es que nunca ha sido más cierto el dicho de «o cambias, o te cambian».

De hecho, las empresas que implementen estructuras de gestión de innovación adecuadas a este nuevo contexto tecnológico-digital se encontrarán mejor preparadas para competir en los mercados.

Como bien exponen Vicente del Olmo, Núñez, Kuchovsky y Matinero, y analizaremos en detalle más adelante, cada época ha tenido un catalizador de este proceso. Hace 200 años fue la introducción de equipos mecánicos impulsados por máquinas de vapor y telares mecánicos (primera revolución industrial). Hace 100 la llegada de la electricidad y la producción en cadena (segunda revolución). Hace 50 años fue la incorporación de los primeros dispositivos electrónicos y los ordenadores (tercera revolución). Ahora, en la que llamamos la cuarta revolución industrial, estamos profundizando en la hibridación de los mundos digital y físico, llegando más allá del propio fenómeno de internet que surgió hace 30 años como consecuencia de la tercera revolución industrial.

El máximo exponente de esa hibridación del mundo digital y físico es, a día de hoy, el concepto de metaverso (Vicente del Olmo *et al.*, 2022, p. 27).

Y es que la palabra metaverso es, sin duda alguna, la palabra de moda. Pero ¿qué es el metaverso? ¿Existe ya o está en construcción? ¿Cuáles son sus principales características? ¿Por qué ha cobrado tanta importancia en los últimos tiempos?

Con toda seguridad, el hecho de que Mark Zuckerberg comunicara el pasado 28 de octubre de 2021 en el evento «Facebook Connect 2021» que la compañía de la red social más conocida del mundo iba a cambiar su nombre por el de «Meta Platforms, Inc.» (Meta) con el objetivo no solo de relanzar la compañía tras varios escándalos, sino también de apostar claramente por el metaverso como la siguiente gran evolución de internet, ha puesto el foco en este concepto tan interesante.

También el fundador de Windows, Bill Gates (2021), ha prestado recientemente especial interés al metaverso. Así, el pasado 7 de diciembre de 2021 publicaba en su blog su tradicional repaso del año, no dudando en hablar sobre el futuro de la tecnología y la llegada del metaverso.

De este modo, según el magnate y filántropo estadounidense, el metaverso será todo un éxito en el mercado laboral en un periodo que él fija entre dos y tres años, con un buen número de encuentros virtuales que pasarán de la representación en 2D de nuestra gente a los avatares en 3D, es decir, representaciones digitales de uno mismo.

«La idea es que eventualmente usarás tu avatar para conocer gente en un espacio virtual, espacio que replica la sensación de estar en una habitación real con ellos», señala en su publicación Gates, que cree que el impacto será significativo a medida que más y más empresas inviertan tiempo y recursos en la creación de nuevas herramientas, *hardware* y *software* para el metaverso.

En este sentido, para Gates el metaverso es una forma de ciberespacio que representará la nueva frontera de la comunicación digital. Esto se verá reforzado por la aceleración de la innovación tecnológica que ha tenido lugar durante y como consecuencia de la pandemia de la covid-19, que ha afectado duramente a todas las industrias (Espada, 19 de diciembre de 2021).

Así las cosas, el metaverso pretende crear un mundo virtual alternativo donde la vida se desarrolle sin limitaciones. Cualquiera de nosotros, convertidos en avatares o a través de la utilización de gemelos digitales, podremos sumergirnos en el metaverso para trabajar, comprar, relacionarnos o jugar.

En definitiva, nos enfrentamos a la siguiente generación de internet, que va a pasar de dos dimensiones a tres y cuatro dimensiones, con experiencias inmersivas y auditivas que nos van a llevar a otro nivel.

Ello va a conllevar numerosas ventajas, ya que el metaverso se utilizará en la educación, el comercio, la atención médica, el entretenimiento y en las redes sociales, entre otros.

Ahora bien, también implicará numerosos riesgos. Entre ellos, sin duda, cabe destacar los riesgos jurídicos que conlleva el desarrollo de una tecnología tan potente.

Por ello, el propósito de este artículo es analizar qué impacto puede tener el metaverso en el Derecho y cómo este puede afrontar los numerosos riesgos y conflictos jurídicos que, sin duda, surgirán a raíz de la implantación y desarrollo del mismo¹.

¹ Para un estudio más en detalle, véase Serrano Acitores (2022).

2. Historia del metaverso

2.1. Antecedentes históricos

El fenómeno de los mundos virtuales no es nuevo, pudiendo encontrar ya referencias en el mito de la caverna que describió Platón en *La República* para explicar la teoría de las ideas. De hecho, el concepto metaverso apareció por primera vez en 1992 en el libro de ciencia ficción escrito por Neal Stephenson titulado *Snow Crash*, en el que Hiroaki Hiro Protagonist, un repartidor de pizza en el mundo real, se convierte en un príncipe guerrero samurái en un universo generado informáticamente, que un ordenador dibuja sobre un visor y que se vuelve completamente inmersivo a través de unos auriculares.

Por su parte, en 1999 vio la luz la primera película de la saga *Matrix*, una realidad virtual diseñada por una inteligencia artificial que permitía tener dormida y controlada a toda la humanidad.

Y en el año 2011, Ernest Cline escribiría la novela *Ready Player One*, que sería trasladada al cine por Steven Spielberg en el año 2018, y en la que reflejaría la existencia de un mundo virtual inmersivo llamado Oasis, configurado como un videojuego de rol multijugador masivo en línea o MMORPG, en el que los distintos participantes compiten por encontrar un huevo de pascua, de tal forma que quien lo consiga se hará con el control de Oasis y heredará la mayor fortuna del mundo.

Sin embargo, el antecedente más claro del metaverso lo encontramos con la aparición de *Second Life* en 2003, un espacio virtual creado por la empresa norteamericana Linden Lab en el que, durante la década del 2000, se llenó de avatares de usuarios virtuales que se relacionaban o intercambiaban objetos o terrenos virtuales.

Es precisamente en el sector de los videojuegos donde se encuentran muchos de los metaversos más conocidos a día de hoy, pudiendo destacar, entre otros, *World of Warcraft*, *Minecraft*, *Roblox* o *Fortnite*.

Ahora bien, el uso de la tecnología *blockchain*, con los *smart contracts* y los NFT (*non fungible tokens* o tokens no fungibles) como grandes protagonistas, así como el desarrollo de otras tecnologías exponenciales, como el internet de las cosas, la realidad virtual, la realidad aumentada, la computación en la nube, el *big data* y la inteligencia artificial, están permitiendo la creación de nuevos mundos virtuales o metaversos descentralizados, como *Decentraland* o *The Sandbox*, que se están convirtiendo en auténticos agregadores de aplicaciones y tecnologías que van a cambiar en los próximos años las reglas del juego, nunca mejor dicho.

Esto está llevando a que marcas como Fortnite, Minecraft, Epic Games, Roblox, H&M, Nike, Adidas, Zara, Ralph Lauren, Gucci, Balenciaga o Louis Vuitton ya estén posicionán-

dose en un mundo que será regido por el *blockchain*, las criptomonedas y los NFT, y donde podrán comprarse inmuebles, vehículos, armas o *skins*, entre otras muchas cosas.

2.2. Hacia dónde va el metaverso: del Internet 1.0 al Internet 3.0

Internet siempre ha servido para conectar a la gente. A lo largo de las tres últimas décadas la tecnología de internet ha evolucionado, y la forma en que todos interactuamos con la red ha evolucionado con ella, dando ahora paso a la entrada del metaverso en nuestras vidas.

Si bien es cierto que muchos son los cambios que hemos experimentado, podemos distinguir tres épocas clave de las comunidades en línea (Grider, 2021):

1. Web 1.0: *Links*. Netscape nos conectó en línea.

En los inicios, los internautas solo tenían un rol: consumir la información que se alojaba en servidores informáticos. La navegación era netamente textual y las consultas eran muy limitadas. Cuando aparece el lenguaje de programación web HTML (*hyper text markup language*), se hace más atractiva la organización de los elementos que se visualizan en la pantalla. Sin embargo, las interacciones seguían siendo muy limitadas, porque el usuario solo podía leer la información y no comentarla (Romero, 5 de diciembre de 2020).

2. Web 2.0: *Likes*. Facebook nos conectó a las comunidades en línea.

Alrededor del año 2000 se empieza a hablar de la Web 2.0, al fomentarse la interacción entre páginas web y usuarios. Internet se entiende como una plataforma colaborativa, en la que todos los usuarios participan. Ahora, además de leer, los internautas también pueden generar informaciones y publicarlas en sitios web, en foros de usuarios, blogs, redes sociales como Facebook y wikis (páginas editables por cualquier usuario) (Romero, 5 de diciembre de 2020).

3. Web 3.0: *Tokens*. Decentraland nos conectó a un mundo virtual comunitario.

La Web 3.0 es la tan esperada tercera generación de internet, donde los sitios web y las aplicaciones podrán procesar información de una manera inteligente similar a la humana a través de tecnologías como aprendizaje automático (*machine learning*), *big data* y tecnología *blockchain* o de contabilidad descentralizada (DLT por sus siglas en inglés).

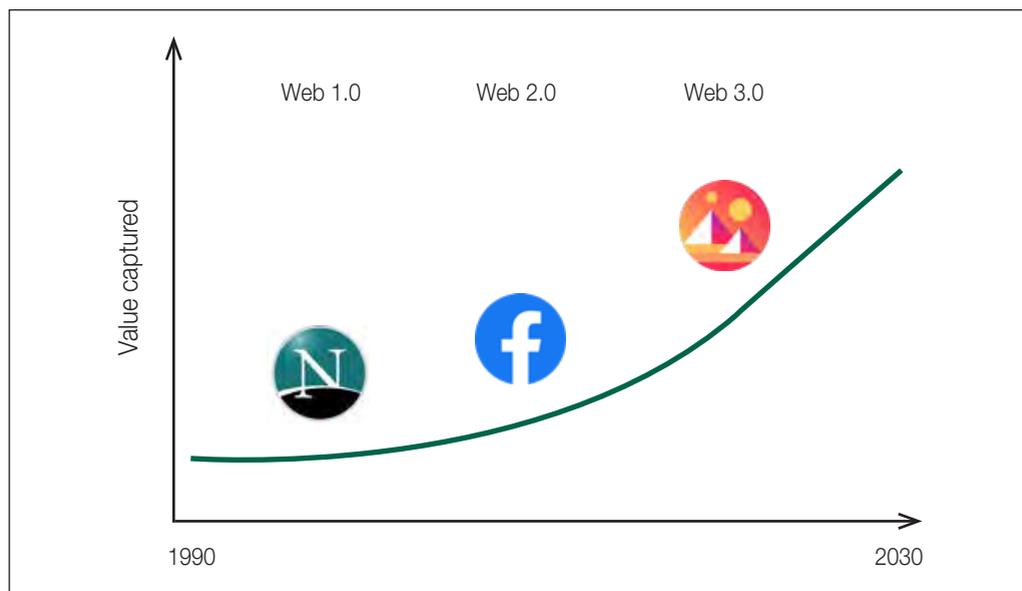
La Web 3.0 fue llamada originalmente web semántica por el inventor de la World Wide Web, Tim Berners-Lee, y pretendía ser un internet más autónomo, inteligente y abierto.

De esta forma, en la Web 3.0 los datos se interconectarán de manera descentralizada, que sería un gran salto hacia adelante en relación con nuestra generación

actual de Internet (Web 2.0), donde los datos se almacenan principalmente en repositorios centralizados. Además, los usuarios y las máquinas podrán interactuar con los datos. Pero para que esto suceda, los programas deben comprender la información conceptual y contextualmente. Teniendo esto en cuenta, los dos pilares de la Web 3.0 son la web semántica y la inteligencia artificial.

Además, como las redes de la Web 3.0 funcionarán a través de protocolos descentralizados (los bloques fundadores de la cadena de bloques y la tecnología de cifrado), podemos esperar ver una fuerte convergencia y una relación simbiótica entre estas tres tecnologías y otros campos. Serán interoperables, perfectamente integrados, automatizados a través de contratos inteligentes y se utilizarán para potenciar cualquier cosa, desde microtransacciones en África, hasta el almacenamiento de archivos de datos P2P resistentes a la censura, el uso compartido con aplicaciones como Filecoin, la tokenización de activos y el desarrollo de NFT o la creación de metaversos descentralizados como Decentraland (Vermaak, 11 de marzo de 2022).

Gráfico 1. Evolución de las comunidades en línea



Resulta claro, por tanto, que a medida que avanzamos a lo largo del tiempo, nuestras interacciones y los medios que utilizamos para crearlas se ampliaron. Experimentamos de primera mano cómo se transformaban las arquitecturas organizativas que nos conectaban, cómo maduraba la infraestructura informática en la que nos apoyábamos y cómo el control de la web fluctuaba entre la comunidad y las grandes empresas tecnológicas.

El internet móvil de la Web 2.0 cambió cómo, dónde, cuándo y por qué usamos internet. A su vez, esto cambió los productos, los servicios y las empresas que utilizamos, lo que modificó nuestros modelos de negocio, la cultura y la política: el metaverso de la Web 3.0 tiene el potencial de hacer lo mismo. De este modo, las economías criptográficas en la nube se han convertido en la próxima frontera digital.

Tabla 1. Características principales de la Web 1.0, 2.0 y 3.0

	Web 1.0	Web 2.0	Web 3.0
Interactuaciones	Leer	Leer-escribir	Leer-escribir-Ser propietario
Medio	Texto estático	Contenido interactivo	Economías virtuales
Organización	Compañías	Plataformas	Redes
Infraestructura	Ordenadores personales (PC)	Nube y móvil	Nube de <i>blockchain</i>
Control	Descentralizado	Centralizado	Descentralizado

Fuente: Grayscale.

En definitiva, el nuevo internet proporcionará una experiencia de navegación más personal y hecha a medida, un asistente de búsqueda más inteligente y humano, y otros beneficios descentralizados que se esperan que ayudarán a establecer una web más equitativa. Esto se logrará empoderando a cada usuario individual para que se convierta en el soberano de sus datos, y creando una experiencia general más rica gracias a la infinidad de innovaciones que se producirán una vez que se haya implementado (Vermaak, 11 de marzo de 2022).

2.3. El metaverso en el contexto de la cuarta revolución industrial

Nos encontramos en los primeros días de la cuarta revolución industrial, revolución que se caracteriza por la confluencia simultánea de numerosas tecnologías exponenciales como el *big data*, la inteligencia artificial, el *blockchain*, la computación cuántica, el internet de las cosas, la robótica, la realidad virtual, la ciberseguridad y biometría, la nanotecnología, la biotecnología, la impresión 3D, el *building information modeling* (BIM), los vehículos autónomos y los drones, entre otras.

Mientras que las organizaciones y la sociedad, en general, se mueven con una velocidad de cambio lineal, todas estas tecnologías evolucionan de manera exponencial, esto es, cada año multiplican su potencia respecto al año anterior. Así, el ritmo exponencial de de-

sarrollo de las tecnologías emergentes está cambiándolo todo como nunca antes en la historia de la humanidad.

Esto se debe, por una parte, a que se están produciendo numerosos avances tecnológicos simultáneamente; y por otra, al hecho de que muchas de estas tecnologías se construyen unas sobre la base de otras. De este modo, en todas las industrias, las tecnologías de aceleración se están cruzando y están cambiando drásticamente la forma en que vivimos, trabajamos e interactuamos.

En definitiva, esta revolución representa una convergencia de capacidad tecnológica, inteligencia y conectividad que gira en torno al nuevo paradigma de la información o los datos, como el petróleo del siglo XXI.

En efecto, el paradigma de la información, creado como resultado de la ley de Moore y de otras fuerzas fundamentales que influyen en el mundo digital, está acelerando y haciendo escalar exponencialmente el metabolismo de los productos, las compañías y las industrias.

Ello ha sido posible, entre otras cosas, gracias a las 6D de las que hablaba Peter Diamandis (21 de noviembre de 2016), a saber:

1. Digital (*digitized*): todo lo que se puede digitalizar –es decir, que se puede representar con unos y ceros– se convierte en accesible y, por tanto, resulta fácil de compartir y distribuir por ordenador. De este modo, todo lo digital asume el mismo crecimiento exponencial que el de la informática.
2. Distorsionado (*deceptive*): las tendencias exponenciales no se detectan en los primeros días. El crecimiento es engañosamente lento hasta que comienza a ser medido en números enteros.
3. Disruptivo (*disruptive*): las tecnologías digitales superan a los modelos no digitales anteriores tanto en eficacia como en coste, lo que perturba significativamente a los mercados existentes para un producto o servicio.
4. Desmonetizado (*demonetized*): a medida que la tecnología se vuelve más barata, a veces hasta el punto de ser gratuita, el dinero se elimina cada vez más de la ecuación.
5. Desmaterializado (*dematerialized*): la necesidad de productos físicos voluminosos o caros de un solo uso –radio, cámara, GPS, vídeo, teléfonos, mapas, etc.– desaparece a medida que estos productos se incorporan a los *smartphones*.
6. Democratizado (*democratized*): una vez que una cosa o activo es digitalizado, más personas pueden tener acceso a los mismos. De este modo, todo el mundo puede acceder a potentes tecnologías, proporcionando a individuos y entidades la posibilidad de implementar el siguiente gran avance.

Gráfico 2. Las 6D



Como se ve, la era digital supone mucho más que tener una web y una tienda *online* en diferentes idiomas. Ser nativo digital no consiste en tener un iPad y estar suscrito a una cuenta de Netflix.

Así las cosas, si bien el cambio es una constante universal que siempre ha estado ahí, ahora mismo, y como consecuencia de esta revolución y de la crisis de la covid-19, la velocidad con la que el cambio sucede es cada vez mayor y más difícil de gestionar para las compañías, las Administraciones públicas y los individuos.

En efecto, todos estos cambios están teniendo un impacto natural en la forma en que creamos y gestionamos las empresas, las Administraciones y nuestras vidas. No se trata solo de hacer lo que ya hacemos mejor, más rápido o más barato. Por el contrario, es la tecnología en sí misma la que nos está dando la capacidad de construir negocios, Administraciones y vidas fundamentalmente diferentes.

Así las cosas, el metaverso está naciendo, y lo que es más relevante, alcanzará su pleno esplendor en el contexto de la cuarta revolución industrial, es decir, bajo el manto de la industria 4.0 como origen de una nueva revolución que mezcla vanguardistas técni-

cas de producción con sistemas inteligentes que se integran con las organizaciones y las personas (Iberdrola, 2021).

2.4. La nueva economía digital: de la economía del dato a la economía del metaverso

Como decíamos, la crisis de la covid-19, por suerte o por desgracia, ha sido un catalizador de transformación, en general, y de transformación digital, en particular, afectando a todo: a nuestra manera de trabajar, a nuestra manera de estudiar, a nuestra manera de relacionarnos e incluso a nuestra manera de jugar o disfrutar de nuestro tiempo de ocio. En definitiva, ha acelerado aún más los procesos de la cuarta revolución industrial que hemos descrito en el apartado anterior.

¿Quiénes le van a sacar partido? Quienes se den cuenta de que la economía ha cambiado totalmente. La economía ahora se caracteriza por varios adjetivos o grupos preposicionales que complementan a ese sustantivo y que conviene tener presentes. Así:

1. Se trata de una economía digital, donde los activos se pueden convertir en ceros y unos y hacerse accesibles y distribuibles. Se pasa, por tanto, de los átomos a los bits. Ello supone pasar de la escasez a la abundancia.
2. Se trata de una economía basada en los datos como petróleo del siglo XXI, es decir, una economía en la que la información y su análisis cuantitativo y cualitativo generan un gran valor.
3. Se trata de una economía exponencial, con múltiples tecnologías disruptivas, como la realidad virtual, la robótica, el internet de las cosas, la inteligencia artificial o el *blockchain*. Ello supone pasar de lo lineal a lo exponencial, es decir, de cambios sobre la base de una progresión aritmética a cambios sobre la base de una progresión geométrica, lo cual no siempre es sencillo de entender para la mente del ser humano.
4. Se trata de una economía de la automatización donde a través de la robótica y la inteligencia artificial todo lo que se pueda mecanizar y automatizar se automatizará, y donde se eliminarán puestos de trabajo y tareas repetitivas que no aporten valor.
5. Se trata de una economía de plataformas configuradas como pequeños estados virtuales dentro del ciberespacio por ostentar características típicas de la configuración de los estados como, por ejemplo, territorio, población, soberanía o moneda.
6. Se trata de una economía colaborativa donde gracias al uso de las tecnologías de la información y la comunicación se facilita el contacto entre usuarios con in-

tereses comunes y cuyo objetivo es adquirir, suministrar, intercambiar, alquilar, compartir o solicitar diversos productos o servicios, de tal forma que en esta transformación del mercado las personas son los actores primarios de la economía, y las compañías pasan a un segundo plano como intermediarios que facilitan el contacto (Caballero Martínez, 2021).

7. Se trata de una economía de la atención en la que las diversas plataformas se pelean por capturar lo más valioso que tenemos, nuestro tiempo, para dejar en ellas nuestros datos y así puedan conocernos mejor².
8. Se trata de una economía de la experiencia donde lo más importante ya no es la propiedad de las cosas, sino el acceso a las mismas a través de experiencias transformadoras.
9. Se trata de una economía criptográfica en la nube donde se prima el valor sobre el precio y en la que con la tokenización de activos y la tecnología *blockchain* se pretende cambiar radicalmente el sistema económico y financiero a través de la desintermediación.
10. Se trata, confiemos que temporalmente, de una economía *contactless* como consecuencia de la covid-19 en la que nos hemos visto obligados a realizar las mismas acciones, tanto económicas como sociales, que realizábamos en la antigua normalidad, pero asegurando la distancia física y garantizando la ausencia de contacto por motivos de seguridad y salud.
11. Y se trata de una economía de la incertidumbre que, como consecuencia de cisnes negros como la covid-19 o, más recientemente, de la vuelta a la guerra en Europa con la invasión de Rusia a Ucrania, nos hace movernos en lo que la United States Army War College definió como entornos VUCA, es decir, llenos de volatilidad (*volatility*), incertidumbre (*uncertainty*), complejidad (*complexity*) y ambigüedad (*ambiguity*) y que recientemente se han rebautizado como entornos BANI, que dan cuenta de un mundo frágil (*brittle*), ansioso (*anxious*), no lineal (*non-linear*) e incomprensible (*incomprehensible*).

² En este sentido, resulta muy revelador el documental de Jeff Orlowski titulado *El dilema social* y emitido por Netflix en el año 2020. En dicho documental expertos de Silicon Valley rebelan que todas las estrategias de los gigantes tecnológicos están enfocadas en captar y mantener nuestra atención. Trabajan primero en atraernos a la red, y una vez que estamos ahí, hacen todo para que permanezcamos el mayor tiempo posible y que, de alguna manera, nos hagamos «adictos». Así, nos hacen atractivo y sumamente fácil dar información sobre quiénes somos, qué nos gusta, qué hacemos cotidianamente, qué comemos, a dónde vamos, quiénes son nuestros amigos y familiares, en quién confiamos, cuáles son nuestros gustos e intereses, a qué le tenemos miedo, qué nos emociona, qué nos preocupa, y un largo etcétera. Y, finalmente, ordenan toda nuestra información en enormes bases de datos de las que, a través de complejos algoritmos, les es posible extraer casi cualquier cosa de nosotros: clasificarnos, organizarnos, predecir nuestras reacciones y, muy especialmente, persuadirnos de hacer casi cualquier cosa. A este respecto, véase Gómez Pérez (2021).

En definitiva, nunca fue más cierto lo que decía Heráclito de Éfeso de que todo fluye, todo cambia. Así, se ha pasado de lo sólido, caracterizado por ser permanente, con formas definidas y de límites fácilmente definibles, a lo líquido, en el sentido de que los líquidos se transforman, cambian, no perduran y son de límites difusos.

Como se puede observar, todas estas características han generado un caldo de cultivo óptimo para el desarrollo del metaverso, y lo que es más interesante, la creación de su propia economía virtual y paralela a través de la utilización de la tecnología *blockchain*, los *smart contracts* y los tokens no fungibles (*non fungible tokens* o NFT).

3. Conceptualizando el metaverso

Al estar todavía en construcción y evolución constante, y anticipando que no será fácil diferenciar entre la era «antes del metaverso» y la era «después del metaverso», proporcionar un concepto definitivo no va a resultar sencillo.

Así las cosas, las aproximaciones al metaverso son a día de hoy de lo más variopintas. De este modo:

1. Algunos consideran que el metaverso es una construcción de Marck Zuckerberg para relanzar su compañía y sepultar así escándalos como el de Cambridge Analytica o el más reciente referente a la filtración, por la antigua directora de producto de Facebook, Frances Haugen, de varios documentos internos que revelan prácticas éticamente controvertidas por parte de la compañía.
2. Para otros, el metaverso es la evolución natural de internet, encontrándonos, por tanto, ante la ya mencionada Web 3.0. Así, el metaverso es la forma de visualizar internet, pero en vez de hacerlo en dos dimensiones a través de un navegador, se hará en tres dimensiones a través del navegador y de otros dispositivos de realidad virtual o realidad aumentada. Es decir, nos encontraríamos ante un internet ciberfísico y potenciado por la tecnología, capaz de superar el paradigma del internet móvil, convirtiéndose en el siguiente salto evolutivo de nuestras capacidades de interconexión física y digital, y, por tanto, también de nuestra vida social.
3. En esta misma línea, otros consideran que nos encontramos ante la siguiente etapa de las redes sociales, consistente en la generación de redes más inmersivas, de tal forma que se generarán nuevos mundos virtuales en los que participaremos con avatares y en los que podremos conocer gente y vivir experiencias con ellos.
4. Algunos otros creen que nos encontramos ante una nueva generación de videojuegos que, entre otras cosas, fomenta el fenómeno del *play to earn*, y que va a permitir a los jugadores ganar recompensas que cobrar bien en el mundo virtual, bien en el mundo real.

5. Y, finalmente, están aquellos que consideran al metaverso como una nueva forma en la que las empresas podrán generar nuevos espacios colaborativos de trabajo o vendernos sus productos y servicios.

Probablemente, todas las aproximaciones anteriores sean correctas y reflejen alguna de las caras de un concepto poliédrico.

Sea como fuere, metaverso es una palabra construida a partir del prefijo griego *meta-* («más allá») y de la contracción de «universo» (verso), que ha sido definida por algunos autores como una red de entornos digitales que, gracias a la realidad aumentada, realidad virtual y *blockchain*, junto con otras tecnologías disruptivas y exponenciales como el *big data*, la inteligencia artificial y el internet de las cosas, habilitan la creación de espacios virtuales simulados, generando una experiencia inmersiva y en muchos casos multisensorial, aplicada a diferentes casos de uso.

De igual modo, otros autores han considerado al metaverso como una combinación de espacios virtuales 3D persistentes, multiusuario y compartidos, que se entrelazan con el mundo físico y se fusionan para crear un universo virtual unificado y perpetuo.

En definitiva, el metaverso se erige en un auténtico agregador de aplicaciones y tecnologías exponenciales capaz de generar universos virtuales de infinitas posibilidades que van a cambiarlo todo, desde la manera en la que nos relacionamos hasta la manera en la que trabajamos, nos educamos o nos entretenemos.

4. Características del metaverso

De las anteriores definiciones podemos extraer las siguientes características del metaverso:

1. Inmersividad: en la última década hemos asistido a la revolución del internet móvil, que ha permitido el acceso a nuestras aplicaciones *online* y ecosistemas sociales desde prácticamente cualquier lugar.

Sin embargo, actualmente nuestra capacidad de entrar y disfrutar de entornos virtuales está limitada por el uso de pantallas y dispositivos móviles.

Con la llegada del metaverso, en cambio, el acceso a los espacios virtuales en línea será posible también a través de las tecnologías de realidad aumentada y realidad virtual.

De hecho, dos de las características clave y distintivas del metaverso son su omnipresencia y su inmersión, que se alcanzarán mediante una fusión sin precedentes entre los mundos virtual y físico.

Así, el metaverso es omnipresente e inmersivo de múltiples maneras, tanto en la forma en que accedemos a él e interactuamos con él, como en la forma en que recibimos información de él. Por ejemplo, el acceso inmersivo móvil al metaverso será posible gracias a la próxima generación de dispositivos inteligentes con realidad aumentada (por ejemplo, gafas inteligentes compactas). En cambio, el acceso en el trabajo o en casa será posible con gafas de realidad virtual ligeras y cómodas.

El paso de las interfaces 2D a los espacios virtuales 3D irá acompañado de una serie de posibilidades adicionales que potenciarán cada vez más la inmersión. En primer lugar, muchas de las aplicaciones y servicios 2D que utilizamos a diario (por ejemplo, Dropbox, Slack, Zoom, Facebook, Instagram y muchas otras), se convertirán en aplicaciones integradas en el metaverso. Entonces, los usuarios habitarán el metaverso en forma de avatares, pasando así de imágenes de perfil 2D estáticas a avatares 3D interactivos y personalizados. En función de la actividad, la aplicación o el espacio virtual que se utilice, los usuarios podrán representarse con avatares fotorrealistas, caricaturescos o totalmente ficticios. Los usuarios también tendrán la posibilidad de crear copias virtuales de objetos físicos (es decir, gemelos digitales) y compartirlos en el metaverso, reduciendo así aún más la brecha entre la dimensión virtual y la física. Por último, el uso de sensores *wearables* estrechará el vínculo entre nuestros mundos físico y virtual al introducir en el metaverso magnitudes y datos provenientes del mundo real y ofrecer a los usuarios una retroalimentación sensorial sin precedentes.

2. Interoperabilidad: el metaverso está formado por numerosos mundos virtuales con características diversas en términos de gobernanza, economía, propósito, naturaleza o rol del usuario, y el mayor reto es conseguir la interoperabilidad sin fisuras entre los mismos.

En efecto, desde el punto de vista arquitectónico, el metaverso puede considerarse un marco o sustrato unificador que conecta la multitud de aplicaciones y servicios que se integran en él. Como tal, la interoperabilidad es otra característica clave del metaverso y sus usuarios la experimentarán de múltiples maneras. Por ejemplo, podrán interactuar simultáneamente con múltiples aplicaciones, de forma similar a lo que solemos hacer en nuestros ordenadores de sobremesa o dispositivos móviles. Hoy en día, este nivel de interoperabilidad entre diferentes aplicaciones es normal y esperado para los dispositivos físicos de uso general. Sin embargo, no tiene precedentes en los entornos virtuales en línea. Pensemos, por ejemplo, en los MMO, mundos virtuales masivos en los que los jugadores solo pueden realizar un subconjunto limitado de actividades similares y relacionadas. Ampliando este concepto, en el metaverso también los espacios y actividades estarán interconectados. De hecho, será posible desplazarse sin problemas por diferentes espacios virtuales temáticos, o interrumpir una actividad para iniciar otra nueva (por ejemplo, dejar de jugar en un espacio exclusivo para reunirse con un amigo en otro espacio). Los objetos virtuales, como los trajes de los avatares, también formarán parte de

esta interconexión. De hecho, en una de las posibles evoluciones del metaverso, los objetos serán propiedad de los usuarios, en lugar de las plataformas, y la interoperabilidad del metaverso permitirá a los usuarios comprar determinados objetos virtuales, como NFT, en la tienda de una aplicación y utilizarlos con sus avatares en otras aplicaciones y espacios, y en todo el metaverso.

Así, por ejemplo, una experiencia de usuario podría incluir una capacidad multiplataforma que permitiera que un vehículo desbloqueado en un juego de carreras se utilizase en otro juego de aventuras, o que una prenda de vestir comprada en el metaverso se pudiese «llevar» y utilizar en juegos, conciertos y cualquier otro entorno virtual disponible. A medida que el metaverso vaya más allá de los juegos, las empresas que participen en él tendrán que ir más allá de los actuales métodos patentados para afianzar su posición en el mercado.

3. Persistencia: el metaverso existirá independientemente del tiempo y el lugar.
4. Sincronicidad: los participantes del metaverso podrán interactuar entre sí y con el mundo digital en tiempo real, reaccionando a su entorno virtual y a los demás como lo harían en el mundo físico.
5. Disponibilidad: todo el mundo podrá conectarse simultáneamente y no habrá límite en el número de participantes.
6. Economía: los participantes, incluidas las empresas, podrán suministrar bienes y servicios a cambio de un valor reconocido por los demás. Ese valor puede empezar como (o incluir) el tipo de valor que los jugadores de videojuegos ya utilizan ahora (por ejemplo, moneda fiduciaria intercambiada por oro virtual y objetos del juego). También puede incluir *tokens* no fungibles, criptomonedas y dinero electrónico, junto con la moneda fiduciaria más tradicional. Estos intercambios de valor dependerán de tecnologías como el *blockchain* y los contratos inteligentes, así como de tecnologías que aún no han sido imaginadas.

5. Actividades para desarrollar en el metaverso

Constituido, por tanto, el metaverso como un universo virtual, o un sustrato, capaz de soportar e interconectar una multiplicidad de aplicaciones diferentes, las actividades que los usuarios podrán llevar a cabo en el mismo serán tan diversas como las aplicaciones integradas en él.

En cualquier caso, las actividades que con toda seguridad se van a ir desarrollando son las siguientes:

1. Actividades sociales: las posibilidades de conexión sin precedentes que ofrece el metaverso lo hacen especialmente conveniente para realizar actividades so-

ciales. Las actividades tradicionales, como entablar amistad con otros usuarios o participar en chats y llamadas de audio y vídeo, también se podrán llevar a cabo en el metaverso. Una de las formas en que estas funcionalidades estarán disponibles será a través de la integración de las aplicaciones de mensajería y videoconferencia existentes en el metaverso. Además de estas actividades, que apenas representan una portabilidad de los esquemas de interacción ya existentes, los espacios virtuales compartidos del metaverso también permitirán otras formas de interacción social, como las interacciones entre avatares 3D típicas de los juegos multijugador masivos en línea (*massively multiplayer online games* o MMO).

2. *Gaming* y otras formas de entretenimiento, incluida la posibilidad de participar en espectáculos artísticos y conciertos: estas representarán otro grupo importante de actividades del metaverso. Y es que, como ya se ha comentado, los metaversos heredan varias características de los MMO. Además, el sector del juego está en constante crecimiento, tanto en términos de ingresos como de usuarios. La combinación de estos dos factores asegura que los juegos, y el entretenimiento en general, estarán entre las actividades más frecuentes en el metaverso. En particular, los espectáculos del metaverso pueden ser tanto nativamente virtuales, como en el caso de los numerosos conciertos que se celebran dentro de los mundos virtuales de juegos en línea como *Fortnite*, *Minecraft* y *Roblox*, o nativamente físicos pero no obstante accesibles a través del metaverso, como en el caso de un concierto del mundo real que permite a los usuarios del metaverso participar a través de la realidad virtual.
3. Los deportes y el *fitness* son otro grupo de actividades que se beneficiarán de la integración ciberfísica que permite el metaverso. En particular, los sensores *wearables*, la realidad aumentada y la realidad virtual permitirán realizar simulaciones deportivas virtuales realistas y envolventes, con oportunidades de personalización y adaptación sin precedentes.
4. Las mismas consideraciones pueden hacerse para el aprendizaje y otras actividades educativas, que se beneficiarán enormemente de la inmersión y las capacidades 3D del metaverso.
5. De igual forma, el metaverso también se utilizará para el trabajo y los negocios. En efecto, los gemelos digitales, la realidad virtual y la disponibilidad de aplicaciones de mensajería y videoconferencia integradas permitirán celebrar reuniones ricas y envolventes en el metaverso. Este parece ser el camino que está tomando, por ejemplo, Microsoft, en el desarrollo de su propio entorno virtual.
6. Finalmente, el metaverso coadyuvará en el impulso del comercio. De este modo, tanto las formas tradicionales de comercio como las nuevas contarán con el apoyo de uno o varios mercados en línea, en los que se pondrán a la venta productos tanto físicos como digitales. Y en cuanto a esto último, esto es, la venta de activos digitales, el mercado conectará a los creadores de contenidos independientes

con sus clientes potenciales (es decir, los usuarios del metaverso), lo que permitirá ampliar las oportunidades de negocio a niveles sin precedentes.

6. El derecho en la frontera digital: el metaverso y los retos jurídicos que plantea

6.1. Las grandes preguntas

Vistas ya las características y aplicaciones del metaverso, no podemos olvidar que, a pesar de la enorme publicidad y las grandes expectativas que se están generando en torno a él, todavía quedan grandes interrogantes para su completo desarrollo y expansión.

Esos interrogantes no solamente atañen a cuestiones sociales, de negocio, o incluso a las propias variantes tecnológicas, sino también al adecuado encaje jurídico o regulación del metaverso, al tratarse de un fenómeno novedoso y complejo (Écija, 2022, pp. 16-17). Y es que el Derecho no puede permanecer ajeno a la progresiva implantación de unas tecnologías que, más allá de proporcionar la inmersión en realidades paralelas, están transformando la realidad económica (Monterroso Casado, 2009, p. 21).

En pura lógica, los primeros interrogantes tienen una naturaleza más amplia o genérica. Por ejemplo, ¿cómo se regulará el metaverso?, ¿qué ramas del ordenamiento jurídico se verán más afectadas y en qué medida?, ¿qué implicaciones tendrá para los usuarios?

Sin embargo, a medida que el jurista va involucrándose en un mundo tan fascinante como el del metaverso, preguntas más específicas se vuelven legión. Así, ¿cómo afectará el metaverso a las leyes que regulan la protección de datos?, ¿los derechos de propiedad intelectual se regularán en el metaverso?, ¿qué papel va a tener el Derecho de cada jurisdicción en los contratos que se realicen?, ¿cómo se protegen los derechos, las patentes y las marcas en el metaverso?, ¿se puede usurpar la personalidad y la intimidad?, ¿se verá afectada la fiscalidad?, ¿y las normas de competencia?, ¿cabe pensar en un sistema legal paralelo al actualmente existente en el metaverso? En definitiva, ¿existe el Derecho del metaverso?

Todas ellas son cuestiones que pudieran resultar de ciencia ficción en este momento, pero que en un corto plazo de tiempo convendrá empezar a plantearse de forma más decidida (Sagardoy de Simón, 22 de febrero de 2022).

6.2. Hacia el Derecho del metaverso

Por naturaleza, los juristas somos criaturas curiosas, siempre deseosas de aprender y reaccionar ante nuevas formas de hacer las cosas. La ley es, sobre todo en el mundo an-

glosajón, en su mayoría precedente, construida sobre una base de experiencia previa; el resultado de siglos de transacciones y comportamientos humanos y las reacciones e influencia de los gobiernos y legisladores.

El concepto de metaverso es, por tanto, naturalmente seductor para los juristas. Es un mundo nuevo, un entorno digital alternativo y en evolución en el que el cambio puede producirse en un abrir y cerrar de ojos.

Impulsado por la espectacular combinación evolutiva de la tecnología, los dispositivos y las redes de comunicación, el metaverso ofrece a los seres humanos la oportunidad de colaborar, realizar transacciones, actuar, argumentar y crear como nunca antes se había visto en la historia. Hace posible nuestro yo alternativo.

No cabe duda de que, desde el punto de vista empresarial, el metaverso es ahora una consideración e influencia de importancia crítica. La gente existe allí y hay dinero moviéndose por el mismo³.

Descifrar el Derecho relativo a estos nuevos entornos en línea y ser capaz de guiar, asesorar y apoyar a las empresas y los individuos que operan en ellos requerirá, por tanto, no solo de un fuerte manejo de siglos de normas (en los sistemas de Derecho civil) y precedentes legales (en los sistemas anglosajones), sino también una mente abierta a la adaptación y el aprendizaje de nuevos conjuntos de habilidades legales (Pryor y Sessa, 2021).

Y es que el metaverso alterará la forma en que actuamos, socializamos, trabajamos y vivimos nuestras vidas, pues puede ofrecer educación, investigación, trabajo, ocio, arte, religión, deporte, ciencia o economía.

En definitiva, las posibilidades son las mismas que en la realidad natural pero en otro entorno. Por eso, el metaverso también tendrá implicaciones legales.

Sin embargo, hasta la fecha, no existe como tal un Derecho del metaverso, entendido como un marco legal específico para regularlo.

La razón es que no existe una regulación específica para cada tecnología y las leyes, que son generales, deben aplicarse tanto al entorno físico como al virtual; haciendo, eso

³ De hecho, también el mundo jurídico comienza a adentrarse en el metaverso como negocio, por ejemplo, tratando de analizar y gestionar las diferentes dudas sobre legalidad que surgen en torno al mismo, así como configurando las reglas y condiciones que servirán de base para su adecuado uso. En algunos casos, incluso se están empezando a abrir oficinas de asesoramiento legal completamente virtuales, que ofrecen sus servicios jurídicos a los usuarios. Siguiendo esta línea, no parece difícil que, con el tiempo, incluso podamos terminar realizando los trámites notariales o los procedimientos judiciales a través de este nuevo entorno virtual. Véase, al respecto, Écija (2022, p. 2).

sí, las modificaciones que sean pertinentes para adaptar las viejas leyes, pensadas para el entorno físico, al nuevo entorno digital y contemplar sus especificidades (Adsuara, (11 de febrero de 2022).

De hecho, con tantas preguntas sin respuesta, resulta bastante evidente que estamos aún lejos de una regulación específica a cualquier nivel para el metaverso, lo que no deja de ser habitual si recordamos el inicio de todas las grandes tecnologías disruptivas, como el comienzo de internet y de las redes sociales, que empezaron de la misma forma (Estévez, 2 de enero de 2022).

En esta misma línea, y tras ser preguntado por las relaciones entre el metaverso y los delitos que se puedan cometer en él, Adsuara (11 de febrero de 2022) realiza una reflexión muy interesante sobre el Derecho del metaverso diciendo que

el Derecho no se limita al Código Penal y en el metaverso o los metaversos (porque no habrá uno solo, sino muchos) se podrán hacer, por lo menos, tantas cosas como ya se hacen en el internet que conocemos: comercio electrónico, administración digital, educación, sanidad, relaciones sociales, videojuegos, etc. Y todo ello está regulado, aunque sea en parte, por alguna rama del Derecho. Lo que hay que dilucidar es qué Derecho se aplica, porque hay quien piensa que el metaverso es un nuevo territorio en el que no sirven las normas estatales, sino tan solo las normas internas de la empresa que lo ha creado y mantiene. Pero los metaversos (en plural) no dejan de ser unos servicios que prestan unas empresas digitales, como las actuales redes sociales, pero con otros interfaces.

El debate recuerda a los inicios de internet, donde se hablaba del «ciberespacio» como un territorio independiente en que no se aplicaban las leyes de los Estados. Pero ya vimos que enseguida se empezó a regular. E igual que la Unión Europea aprobó en el 2000 una directiva de comercio electrónico, el nuevo Reglamento de Servicios Digitales (DSA), en tramitación, deberá contemplar los metaversos.

Adviértase, además, como bien ha señalado Palomo Zurdo (11 de marzo de 2022), que

es la primera vez que el ser humano parece actuar como el gran hacedor, creando nuevos mundos habitados por avatares que representan a personas, configurando su morfología y opciones de vida. Pero, necesariamente, viéndose obligado a responsabilizarse del desarrollo de su creación, necesitado de códigos de conducta o de regulación.

Quizá proceda una autorregulación estatutaria, aunque no siempre sea plausible si se trata de metaversos descentralizados y abiertos; o sea discutible si es la que imponen los «hacedores» de los metaversos centralizados.

Crear mundos conlleva responsabilidades. Más aún cuando estos no se rigen por leyes universales con las que hemos convivido desde nuestra creación, como la

implacable ley de la gravedad y otras leyes de la física que han dado forma a nuestras creaciones. O como la verdad más certera de todas: la muerte. ¿Se muere también en el metaverso?, ¿podrán sobrevivir los avatares al arrogarse la personalidad digitalmente capturada mediante inteligencia artificial?

El rango cuestionable crece. Son muchas las facetas morales, filosóficas o religiosas que entrarán en el debate y controversia sobre los metaversos, pero también lo harán las más cotidianas, como las relaciones sociales, las interacciones económicas o las cuestiones legales.

Probablemente, se podrán juzgar en el universo real los delitos cometidos en el metaverso, como ocurre con los cometidos en internet. Pero las pruebas virtuales, la dificultad por vigilar «policíalmente» el metaverso y la siempre rezagada regulación frente a una casuística inagotable quizá no alcancen para su adecuado ejercicio. Será fundamental impedir o tener capacidad para actuar ante toda transgresión del «derecho natural» exportado a lo virtual sobre la conducta de los avatares y, por tanto, de sus representados, los seres humanos desde los que cuales se proyectan.

Así las cosas, y aunque todavía es muy difícil predecir las consecuencias y ramificaciones legales que puede tener el metaverso, dada la amplitud del concepto y lo difícil que es aprehenderlo en estos momentos tan incipientes, lo que no cabe duda es de que irá poco a poco surgiendo lo que los americanos ya empiezan a denominar un *metaw* y una *metajurisdiction*, donde se van a desarrollar infinidad de casos, al hilo del uso por parte de las empresas, ciudadanos y entidades gubernamentales de estos espacios virtuales, que se escapan a los tradicionales esquemas jurídicos y a la solución de los conflictos (Sagardoy de Simón, 22 de febrero de 2022).

Mientras llega ese futuro Derecho del metaverso, tampoco conviene obsesionarse, pues si bien en el trayecto se plantearán muchos de los interrogantes que hemos planteado, los ordenamientos jurídicos ya disponen *per se* de mecanismos jurídicos para resolver los mismos.

En efecto, tanto los sistemas anglosajones como los de Derecho continental cuentan con herramientas tan relevantes como la autonomía privada y la interpretación de los contratos, la analogía, la costumbre, los principios generales del Derecho o la jurisprudencia para ir dando respuesta a cuantos posibles conflictos se puedan plantear en el ínterin.

A mayor abundamiento, desde hace tiempo ya la Unión Europea se ha erigido como el espacio geográfico de mayor protección a los usuarios de redes sociales e internet, vigilando con celo a los gigantes tecnológicos (Gómez Pérez, 2021). Aún más, sus potentes medidas normativas presentes (como, por ejemplo el Reglamento General de Protección de Datos o las recientemente aprobadas *Digital Services Act* y *Digital Markets Act*) y futuras (las propuestas de *Data Governance Act*, *Data Act* y *Artificial Intelligence Act*) se están convirtiendo en el modelo a seguir por el resto de países y, servirán, sin duda alguna, para embridar jurídicamente los posibles excesos que se quieran cometer en el metaverso.

En esta misma línea, debemos advertir que ya existen pautas que deben observarse tanto a nivel europeo como a nivel interno. En particular, nos estamos refiriendo a los principios y derechos digitales que se acaban de recoger en la *Declaración europea sobre los derechos y principios digitales para la década digital* firmada el pasado 15 de diciembre de 2022 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, o que ya se encontraban recogidos a nivel nacional en la pionera *Carta de derechos digitales* publicada por el Gobierno de España en el año 2021, si bien es cierto que tanto en un caso como en otro, muchos de los mismos se encuentran ya recogidos no como una mera declaración de principios, sino con carácter vinculante a lo largo de varias y dispersas normas jurídicas.

Por tanto, y en aras de ayudar en la configuración de un futuro Derecho del metaverso, a continuación intentaremos conceptualizarlo jurídicamente con el fin de poder abordar con mayor facilidad los principales retos jurídicos que estamos anticipando los juristas que ocurrirán en este nuevo entorno virtual llamado metaverso.

En cualquier caso, y con carácter previo, creemos importante reiterar que se está estableciendo un cambio de paradigma y, por ello, y como ha señalado Nisa Ávila (30 de noviembre de 2021),

debemos entender el metaverso como otro lugar con un desempeño y regulación legal que debe ser idéntico al que haya fuera del mismo pero adaptado a su realidad, por ser un estado dentro de un estado; pero privado. Por ello podemos clarificarlo jurídicamente indicando que no es una extensión virtualizada de una red social o un producto como un videojuego a regular y listo; sino un lugar donde cualquier persona puede desempeñar tareas que hasta ahora se desempeñaban fuera del metaverso.

Por lo tanto, todos los campos de aplicación del Derecho en el metaverso se deben organizar en su ámbito regulatorio en torno a qué datos estructurales, dinámicos y omniversales están implicados en cada campo de actuación. A partir de ahí el legislador debe regular primero el pilar de datos involucrados en ese campo y por otro lado el campo en sí teniendo en cuenta las repercusiones posibles en los distintos campos. Pero todo ello, teniendo en cuenta que los marcos regulatorios de los diferentes campos legales que podemos encontrar en el metaverso tienen su equivalencia en la realidad natural y se influyen entre sí. Por ello, y para abordar el problema de forma óptima y con eficiencia jurídica, se debe elaborar una norma que abarque ambos lugares, metaverso y realidad natural, en lo que debe conocerse a partir de ahora como un tipo de legislación binaria, [entendiendo por tal] aquella legislación cuyo objeto tiene como finalidad establecer un marco regulatorio común que se encuadra en un mismo ámbito de aplicación pero vinculado a dos realidades distintas con repercusiones recíprocas, teniendo en cuenta que el espíritu de la norma no es otro que compartir una misma naturaleza jurídica referida a una misma materia a legislar para conseguir una univocidad normativa en ambas esferas jurídicas situadas en diferentes realidades.

Así las cosas, y si el Derecho con carácter general puede ser definido como un conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva; y teniendo en cuenta, también, que el metaverso implicará una coexistencia sin precedentes entre los mundos virtuales y el físico, así como la inquietante presencia de inteligencias artificiales muy desarrolladas, nuestra propuesta de una primera definición de Derecho del metaverso sería la siguiente:

El Derecho del metaverso es el conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que emanan de la dignidad de la persona y que regulan las relaciones entre los seres humanos entre sí y entre los seres humanos, las personas jurídicas y las inteligencias artificiales, robóticas o no, en aquellos entornos y espacios digitales que fusionen, a través de un internet ciberfísico y de tercera generación o a través de cualquier otra tecnología o conjunto de tecnologías que lo puedan sustituir en el futuro, el mundo real y los mundos virtuales o sintéticos.

En definitiva, y como ha señalado con acierto Estévez (2 de enero de 2022), a través del Derecho del metaverso o de sus manifestaciones todavía dispersas por nuestro ordenamiento, tenemos que velar para que la protección de los derechos de aquellos que usen el metaverso sea al menos equivalente –o incluso superior– a la de la realidad natural. Aquí es donde juega un papel fundamental el Derecho y, por ende, el legislador es quien debe encargarse de generar marcos protectores, ordenadores y vertebradores que establezcan normas de convivencia social con el fin de dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia.

6.3. Conceptualización jurídica del metaverso

A estas alturas, estaremos todos de acuerdo en que el metaverso va a ser un elemento clave en esta cuarta revolución industrial en la que estamos inmersos. De hecho, nos va a introducir como especie en la digitalización total, afectando a todas las parcelas de nuestras relaciones sociales y humanas en sus diferentes campos.

Así las cosas, el Derecho nació como un conjunto de normas para regular la coexistencia pacífica entre las personas, erigiéndose en protector de la sociedad, con pretensión tuitiva, organizadora y vertebradora, así como en fuente donde recoger pautas que estructuren y sirvan de base para dirimir conflictos e impartir justicia construyendo una sociedad ecuánime.

Por tanto, siendo el metaverso el siguiente escalón en la evolución social y tecnológica como especie, el Derecho no puede quedarse atrás como algo anecdótico que sirva a intereses básicos, sino que debe actuar como un ente integral que se marca como objetivo monitorizar la sociedad para generar marcos protectores, ordenadores y vertebradores

que establezcan normas de convivencia social básica para impedir conductas social y jurídicamente desviadas.

De esta forma, el legislador debe tener la suficiente visión de futuro como para conseguir tener los ordenamientos jurídicos actualizados para que sus administrados tengan un reflejo normativo protector de aquello que puede coartar sus libertades (Nisa Ávila, 30 de noviembre de 2021).

Siendo esta aproximación la correcta, no deja de ser idílica o utópica pues, desafortunadamente, el Derecho, a día de hoy, sigue teniendo carácter reactivo y no proactivo, es decir, suele regular tarde y mal, y cuando ya no le queda más remedio, los nuevos fenómenos que surgen en la sociedad.

Esto siempre ha sido así. Sin embargo, como consecuencia de la aceleración y crecimiento tan exacerbado de las tecnologías, los cambios se producen cada vez con más frecuencia y con un mayor impacto en la sociedad.

Este es el caso claro del metaverso que no existe, actualmente, como constructo jurídico y no tiene una definición conceptual legal, ni ninguna naturaleza jurídica demarcada Nisa Ávila (30 de noviembre de 2021).

Por tanto, y a fin de facilitar herramientas a los legisladores en las siguientes líneas, intentaremos proporcionar una conceptualización jurídica del metaverso.

Así, desde un punto de vista jurídico, López (18 de enero de 2022) ha definido el metaverso como una red permanente de mundos de realidad virtual con simulaciones inmersivas, en los que se interactúa con objetos, derechos y obligaciones que pueden experimentarse sincronizadamente por un número ilimitado de usuarios, que viven su propia experiencia de forma individual y en tiempo real.

Como se apreciará, esta definición no se distingue en gran medida de otras de las definiciones que hemos facilitado unas líneas más arriba. La diferencia se encuentra en haber añadido los «derechos y obligaciones» que pueden y que, sin duda, surgirán en el metaverso.

Nisa Ávila (30 de noviembre de 2021), por su parte, y tras recordarnos algunas definiciones más técnicas de lo que él entiende por metaverso, considera que el metaverso se compone de una evolución de la sociedad en red y la realidad virtual como pilares conceptuales y, en consecuencia, lo define jurídicamente como

una infraestructura canalizada a través de una red inteligente que mediante sistemas de inteligencia artificial, recapta y genera datos a tiempo real de cada usuario conectado, ofreciendo una recreación completa de la realidad natural mediante tecnología háptica sensorial y cognitiva, donde se puede llevar a cabo cualquier acción por parte de sus usuarios sin limitaciones, interactuando con otros usua-

rios e inteligencias artificiales con un sistema económico propio bajo sistemas de *blockchain* con el fin de conseguir generar un estado virtualizado dentro de una sociedad red absoluta.

Ahora bien, y probablemente sin pretender llegar tan lejos cuando se escribió, quien mejor ha definido jurídicamente al metaverso es, en nuestra opinión, la *Carta de derechos digitales* española al definir conceptos como el entorno digital y el espacio digital (Quadra-Salcedo, 2021).

E insistimos en que probablemente no fuera esa su intención por dos motivos, a saber:

1. En primer lugar, porque en la fecha en la que se publicó, es decir, el 14 de julio de 2021, todavía Facebook no había anunciado su cambio de nombre a Meta y, en consecuencia, todavía no estaba en boga el ahora tan manido concepto de metaverso.
2. En segundo lugar, porque, a pesar de su trascendencia, dichas definiciones aparecen en el pie de página número 2 de la misma con un tamaño de letra casi minúsculo que las hace pasar desapercibidas.

Sin embargo, creemos con sinceridad que las mismas van a convertirse en clave para entender desde un punto de vista jurídico la conceptualización y desarrollo de derechos y obligaciones en el marco del metaverso.

Así, a los efectos de la *Carta*:

1. Por entorno digital se entiende el conjunto de sistemas, aparatos, dispositivos, plataformas e infraestructuras que abren espacios de relación, comunicación, interrelación, comercio, negociación, entretenimiento y creación que permiten a las personas físicas o jurídicas de forma bilateral o multilateral establecer relaciones semejantes a los existentes en el mundo físico tradicional.
2. Espacio digital se refiere a los lugares digitales que abren los entornos digitales en los que es posible la comunicación, interrelación, comercio, negociación, entretenimiento y creación de forma especular con el mundo físico tradicional.

¿No son estas definiciones perfectas para entender lo que va a suponer el metaverso desde un punto de vista jurídico?

6.4. Principales riesgos jurídicos del metaverso

La cuarta revolución industrial, la consiguiente transformación digital y ahora el metaverso han traído consigo la aparición de nuevas categorías indeterminadas para el ordenamiento jurídico.

En efecto, con la digitalización de la sociedad han aparecido nuevos fenómenos que presentan el desarrollo de relaciones jurídicas complejas no previstas en el ordenamiento, lo que conlleva la necesidad de afrontar nuevas categorías, o reevaluar las existentes, con el fin de ampliar las fuentes del Derecho que permitan a los operadores jurídicos resolver controversias, sin duda, complejas (Caballero Martínez, 2021).

Y es que, si bien la frontera digital que implica el metaverso abre nuevas e infinitas oportunidades, no debemos desconocer que estamos todavía ante un *cosmos incogniti* que va a alterar profundamente la manera en la que actuamos, socializamos, trabajamos y vivimos nuestras vidas, y que va a generar nuevos riesgos y peligros que, sin embargo, no se encuentran aún regulados por el Derecho.

En efecto, muchas son las preguntas que podemos formularnos. Por ejemplo, ¿cuál será la fiscalidad del metaverso?, o ¿qué va a suceder con conceptos como propiedad o posesión si entran en juego los NFT?, o ¿cuál serán la ley y la jurisdicción aplicables en el caso de que se plantee un conflicto dentro del metaverso?

Por otra parte, siendo uno de los retos clave del metaverso conseguir la interoperabilidad sin fisuras entre cada uno de los mundos virtuales, con todo lo que ello implica en términos de identidad digital, gestión de derechos y propiedad, ¿qué implicaciones legales presenta el metaverso?

Todas las anteriores preguntas darían para una monografía, por lo que en este artículo simplemente vamos a apuntar ahora las que en nuestra opinión van a suponer las principales preocupaciones jurídicas en materia metaversal, a saber:

1. De una parte, de la privacidad de los usuarios, debiendo:

- Velar por la protección de datos personales, teniendo en cuenta que como consecuencia de la utilización de dispositivos como las gafas o cascos de realidad virtual o sensores neuronales, en el metaverso se podrá acceder a datos mucho más sensibles de los que se obtienen a día de hoy, pudiendo señalarse, entre otros, gestos, movimientos y ondas cerebrales.
- Evitar que con esos datos se desarrollen técnicas de perfilado avanzado que permitan predecir los comportamientos de los usuarios, llegando incluso a manipularlos.
- Proteger, por tanto, su información personal, su manera de comportarse y sus comunicaciones personales.

2. De otra parte, de la seguridad de dichos usuarios:

- Tanto en sus relaciones con otros usuarios dentro del metaverso, evitando que se produzcan en su seno conductas como el *cyberbullying* o el acoso sexual dentro del mismo, más aún si se trata de menores.

- Como frente a la falta de transparencia de algoritmos de inteligencia artificial, cada vez más complejos, que irán poco a poco tomando el control de unos entornos virtuales cada vez más descentralizados.
- Todo ello sin olvidar cuestiones de seguridad tan relevantes como la autenticación de los usuarios y la integridad de los contenidos que aparezcan en el mismo.

En definitiva, en esta nueva realidad que supone el desarrollo del metaverso tenemos que cuidarnos muy mucho de que la protección jurídica de los derechos de los usuarios sea, por lo menos, equivalente (y en ocasiones, incluso superior) a la de la realidad natural. De lo contrario, este nuevo universo destinado a dejar volar la imaginación y a cumplir muchos sueños puede convertirse en una auténtica pesadilla.

7. A modo de conclusión

A la luz de todo lo expuesto en este trabajo, y a modo de conclusión, resulta evidente que las implicaciones del metaverso para la comunidad legal y su posible regulación van a ser enormes. Todavía es pronto, pero la tendencia y el desarrollo del metaverso son imparable. En los próximos años veremos cómo los operadores legales tendremos que estar atentos a las implicaciones que ello conlleva, y habrá que cambiar la mentalidad de una interpretación legal que para muchos es por el momento claramente más analógica que digital (Sagardoy de Simón, 22 de febrero de 2022).

De nuevo, la humanidad cruza una nueva frontera en su exploración del universo, ahora creando el suyo propio, debiendo tener claras dos certezas: en primer lugar, este futuro que ya está aquí tendrá un aspecto muy diferente en las próximas décadas; y, en segundo lugar, el metaverso será mucho más que un juego (Palomo Zurdo, 11 de marzo de 2022).

El resto de nuestra historia por este *cosmos incogniti* y su regulación a través del Derecho del metaverso aún están por escribir (Garon, 3 de enero de 2022, p. 63).

Referencias bibliográficas

- Adsuara, B. (11 de febrero de 2022). El reverso perverso del metaverso: ciberdelitos e identificabilidad. *La información*. <https://www.lainformacion.com/opinion/borja-adsuara/reverso-perverso-metaverso-ciberdelitos-identificabilidad/2859627/>
- Caballero Martínez, J. (2021). Conceptualización y aproximación a las nuevas categorías jurídicas del panorama digital. En *Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad* (pp. 122-124). <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2021/04/Capitulo2Tomo3.pdf>
- Diamandis, P. H. (21 de noviembre de 2016). The 6 D'S. *Diamandis Blog*. <https://www.diamandis.com/blog/the-6ds>
- Écija. (2022). *Metaverso: una primera aproximación jurídica y algunas cuestiones sin resolver*.
- Espada, B. (19 de diciembre de 2021). La peligrosa advertencia de Bill Gates sobre el Metaverso. *OK diario*. <https://okdiario.com/curiosidades/peligrosa-advertencia-bill-gates-sobre-metaverso-8281644>
- Estévez, M. (2 de enero de 2022). El metaverso también tendrá implicaciones legales. *Economist & Jurist*. <https://www.economistjurist.es/premium/la-firma/el-metaverso-tambien-tendra-implicaciones-legales/>
- Garon, J. M. (3 de enero de 2022). Legal Implications of a Ubiquitous Metaverse and a Web3 Future. *SSRN*. <https://ssrn.com/abstract=4002551>
- Gates, B. (2021). My End-Of-Year Letter 2021. <https://www.gatesnotes.com/media/YIR2021/My-End-of-Year-Letter-2021.pdf>
- Gómez Pérez, M. (2021). Cautivos en la red. El impacto del metaverso en el derecho de acceso a la información y la protección de datos personales. *Ius et Scientia*, 7(2), 88-95. <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/19845>
- Grider, D. (2021). *The Metaverse. Web 3.0 Virtual Cloud Economies*. Grayscale. https://grayscale.com/wp-content/uploads/2021/11/Grayscale_Metaverse_Report_Nov2021.pdf
- Iberdrola. (2021). Industria 4.0: ¿qué tecnologías marcarán la Cuarta Revolución Industrial? <https://www.iberdrola.com/innovacion/cuarta-revolucion-industrial>
- López, J. (18 de enero de 2022). Metaverso y derechos digitales. *Revista Byte*. <https://revistabyte.es/legalidad-tic/metaverso-y-derechos-digitales/>
- Monterroso Casado, E. (2009). La validez de los contratos celebrados en mundos virtuales. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 106.
- Nisa Ávila, J. A. (30 de noviembre de 2021). El Metaverso: conceptualización jurídica, retos legales y deficiencias normativas. *El Derecho*. <https://elderecho.com/el-metaverso-conceptualizacion-juridica-retos-legales-y-deficiencias-normativas>
- Palomo Zurdo, R. (11 de marzo de 2022). La vida en el metaverso: un nuevo horizonte para las relaciones sociales y la economía. *Telos*. <https://theconversation-com.cdn.ampproject.org/c/s/theconversation.com/amp/la-vida-en-el-metaverso-un-nuevo-horizonte-para-las-relaciones-sociales-y-la-economia-178953>
- Pryor, G. y Sessa, S. E. (2021). The metaverse and what it means for business. *Reed Smith Guide to the Metaverse*. Reed Smith. <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/metaverse>
- Quadra-Salcedo, T. de la (Coord.). (2021). *Carta de derechos digitales*. Gobierno de España.



https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

Romero, J. (5 de diciembre de 2020). En qué se diferencian la web 1.0, la 2.0, la 3.0 y la 4.0. *TreceBits. Redes Sociales y Tecnología*. <https://www.trecebits.com/2020/12/05/que-es-y-en-que-se-diferencian-la-web-1-0-la-2-0-la-3-0-y-la-4-0/>

Sagardoy de Simón, I. (22 de febrero de 2022). El metaverso y los derechos laborales. *El Confidencial*. https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2022-02-22/elmetaverso-derechos-laborales_3375982/

Serrano Acitores, A. (2022). *Metaverso y Derecho*. Tecnos.

Vermaak, W. (11 de marzo de 2022). ¿Qué es la Web 3.0? *CoinMarketCap*. <https://coinmarketcap.com/alexandria/es/article/what-is-web-3-0>

Vicente del Olmo, L. I., Núñez, J. L., Kuchkovsky, C. y Matinero, J. (2022). Historia del metaverso. En L. I. Vicente del Olmo y J. L. Amat, (Coords.), *Aspectos jurídicos del metaverso*. La Ley.

Antonio Serrano Acitores es experto en transformación digital, innovación y liderazgo por el MIT, licenciado en Derecho por ICADE, doctor en Derecho y poseedor de 6 másteres y un MBA. Desde el año 2007 ejerce como socio en su propio despacho y como profesor y *keynote speaker* en numerosas universidades y escuelas de negocios, como el Centro de Estudios Garrigues, la Sagardoy Business & Law School y la Universidad Rey Juan Carlos. En la Harvard Law School y en el MIT actúa como coordinador del Certificado Profesional en Legal Tech en la Era Digital. Acreditado como profesor titular de universidad, ha sido elegido como mejor profesor de Derecho Mercantil de España en dos ocasiones por Todojuristas y ha ganado numerosos premios (entre ellos el Premio Estudios Financieros) por su labor como emprendedor y líder económico de España a través del proyecto que dirigió como CEO hasta enero de 2023, Spacetechnies. Es, además, director de desarrollo de negocio de Chiara, un simulador de realidad virtual con inteligencia artificial que permite mejorar la oratoria y las presentaciones en público, y coordinador de digitalización, innovación y comunicación en la Universidad Rey Juan Carlos. <https://orcid.org/0000-0003-3364-4219>



Acciones del acreedor frente al administrador de la sociedad de capital distintas a la prevista en el artículo 367 de la Ley de sociedades de capital

Responsabilidad del administrador negligente por deudas de la sociedad

Gaspar Echeverría Echeverría

Doctor en Derecho. Abogado

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad de Cádiz (España)

gasparecheve@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4376-3820>

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

Extracto

La mayoría de los estudios relativos a las acciones del acreedor frente al administrador de la sociedad de capital se ciñen al supuesto de responsabilidad previsto en el artículo 367 de la Ley de sociedades de capital (LSC), referido al administrador que asume obligaciones en nombre de la sociedad habiendo incumplido el deber de promover la disolución o el concurso de acreedores de la compañía. Pero existen otros supuestos en los que el impago obedece a comportamientos antijurídicos y culpables del administrador distintos al contemplado en el citado precepto. Piénsese, por ejemplo, en el administrador que contrae una deuda cuando la sociedad es solvente, pero a sabiendas de que no podrá abonarla a su vencimiento; o cuando, aun siendo imprevisible la posterior insolvencia, esta hubiera sido provocada por su negligente actuación. También cabe pensar en el administrador que incumple, injustificadamente, la obligación de gestionar el pago de una deuda líquida, vencida y exigible, cuando la sociedad es solvente, sobre todo si, con posterioridad, dicha sociedad deviene en estado de insolvencia eliminando las expectativas de cobro del acreedor. Tales supuestos son objeto de estudio en este artículo, que propone fundamentar la reclamación frente al administrador en el régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 236 de la LSC.



Cómo citar: Echeverría Echeverría, G. (2023). Acciones del acreedor frente al administrador de la sociedad de capital distintas a la prevista en el artículo 367 de la Ley de sociedades de capital. (Responsabilidad del administrador negligente por deudas de la sociedad). *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 267, 35-60. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18631>



Esta propuesta no es ajena a la reticencia que se advierte en el ámbito forense a declarar la responsabilidad del administrador por deudas de la sociedad en supuestos distintos al contenido en el artículo 367 de la LSC, por lo que el trabajo contiene un análisis crítico de alguno de los argumentos que de manera recurrente esgrimen las resoluciones judiciales para eximir de culpa al administrador.

Palabras clave: sociedad de capital; responsabilidad del administrador; impago de la deuda social; deber de diligencia del administrador; artículo 236 de la LSC; artículo 367 de la LSC.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 05-04-2023



Actions of the creditor against the administrator of the capital company other than those provided for in article 367 of the capital companies law

Responsibility of the negligent administrator for debts of the company

Gaspar Echeverría Echeverría

This paper has been selected for publication by: Mr. Carlos Lema Devesa, Mr. José Luis Blanco Pérez, Mr. Pablo Hernández Lahoz, Mrs. Esther Muñiz Espada, Mr. Javier Serra Callejo y Mr. Francisco Javier Silván Rodríguez.

Abstract

The majority of the studies related to the actions of the creditor against the administrator of the capital company keep to the subject of responsibility regulated in article 367 of the capital companies Law (CCL), referring to the administrator who assumes obligations in the name of the company having failed in his duty to promote the dissolution or the bankruptcy of the company. But there are other cases in which the non-payment is because of unlawful and culpable behaviour of the administrator different to that provided for in the quoted precept. Think, for example, in the administrator who incurs a debt when the company is solvent, but knowing that it will not be able to pay it when due; or when, although the later insolvency is unforeseeable, it would have been provoked by his negligent action. Also, we can consider the administrator who does not, unjustifiably, comply with the obligation of handling the payment of a debt overdue and liable, when the company is solvent, over all if, later, said company becomes insolvent eliminating hope of payment to the creditor. Such suppositions are the object of study in this article, that proposes to support the claim against the administrator in the general regulation of responsibility provided for in article 236 CCL.



Citation: Echeverría Echeverría, G. (2023). Acciones del acreedor frente al administrador de la sociedad de capital distintas a la prevista en el artículo 367 de la Ley de sociedades de capital. (Responsabilidad del administrador negligente por deudas de la sociedad). *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 267, 35-60. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18631>



This proposal is not unaware of the reluctance that is observed in the judicial circles to declare the responsibility of the administrator for the debts of the company in suppositions different to those included in article 367 CCL, for which the work contains a critical analysis of some of the arguments that are recurrently put forward by court decisions to exempt the administrator from guilt.

Keywords: capital company; responsibility of the administrator; non-payment of the company debt; duty of diligence of the administrator; article 236 CCL; article 367 CCL.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 05-04-2023



Sumario

1. Introducción
 2. La reticencia del Tribunal Supremo a declarar la responsabilidad del administrador por deudas de la sociedad cuando se ejercitan acciones distintas a la prevista en el artículo 367 de la LSC
 3. El impago de la deuda social como comportamiento antijurídico: examen de la posible culpabilidad del administrador y de la acción ejercitable, en su caso
 - 3.1. El impago en situación de insolvencia
 - 3.1.1. La asunción de la deuda en situación de solvencia
 - 3.1.2. La asunción de la deuda en situación de insolvencia
 - 3.2. El impago en situación de solvencia
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

El objeto de este artículo se enmarca en el ámbito de la responsabilidad del administrador frente al acreedor de la sociedad de capital, materia acerca de la que se han escrito ríos de tinta, pero casi siempre desde la perspectiva del artículo 367 de la Ley de sociedades de capital (en adelante, LSC), referido al administrador que asume una deuda en nombre de la compañía habiendo incumplido su deber de promover la disolución o el concurso de la sociedad. Se ha llegado, incluso, a identificar esa norma con la responsabilidad del administrador por deudas de la sociedad, cual si fuera el único supuesto en que el administrador debe indemnizar al acreedor social. Sin embargo, la posibilidad de que la responsabilidad del administrador por deudas de la sociedad traiga su causa en comportamientos antijurídicos distintos al previsto en el citado precepto lleva a exponerlos en este estudio y plantear la acción de responsabilidad que corresponda al amparo del régimen general, recogido en el capítulo V «La responsabilidad de los administradores» del título VI «La administración de la sociedad» de la LSC.

Sucede, por ejemplo, cuando el administrador contrae una deuda en un momento en que la sociedad es solvente, pero a sabiendas de que no podrá abonarla a su vencimiento; o cuando, aun siendo imprevisible la posterior insolvencia, esta hubiera sido provocada por su negligente actuación. A pesar del evidente comportamiento antijurídico de quien contrata infringiendo la más elemental pauta de negociar de buena fe o provoca la insolvencia de la sociedad, no resultaría aplicable el artículo 367 de la LSC, al tratarse de una deuda anterior –y no posterior, como requiere esa norma– a la situación de disolución o insolvencia.

Otro tanto ocurre cuando el administrador incumple, injustificadamente, la obligación de gestionar el pago de una deuda líquida, vencida y exigible, teniendo la sociedad suficiente capacidad económica para abonarla. Se produce un comportamiento antijurídico por parte del administrador, cuyo deber de diligencia le obliga a tramitar puntualmente el pago de las deudas sociales (como haría un ordenado empresario). Mientras la sociedad continúe siendo solvente, el comportamiento antijurídico del administrador que no tramita el pago no causaría un perjuicio determinante o definitivo, ya que el acreedor podrá intimar a la sociedad y obtener el cobro por vía ejecutiva, si es preciso. El problema se presenta si, con

posterioridad al vencimiento –producido en un contexto de normalidad económica–, la sociedad deviniera en situación de insolvencia, frustrándose así las expectativas de cobro del acreedor. A modo de ejemplo, cabe plantear la hipótesis en que el administrador no tramita el pago de la deuda, siendo la sociedad solvente y sin motivo que justifique el impago, lo que obligaría al acreedor a instar la vía judicial contra la sociedad. Si la compañía quedara insolvente durante el tiempo por el que se prolonga el procedimiento, sería definitivo el perjuicio causado al acreedor por el administrador que pudo –y debió– efectuar el pago en su momento. Sin embargo, tampoco entonces procedería la acción de responsabilidad del artículo 367 de la LSC, por ser la deuda anterior a la insolvencia de la sociedad.

Son supuestos que acaecen con frecuencia y en los que apenas ha reparado la doctrina, de ahí la conveniencia de abordarlos y ofrecer argumentos jurídicos que permitan fundamentar la acción de responsabilidad que corresponda.

Para la elaboración del trabajo se toma como punto de partida la reticencia que se observa en el ámbito forense a declarar la responsabilidad del administrador por deudas de la sociedad en supuestos no contemplados en el artículo 367 de la LSC. Se examinan e impugnan algunos de los pretextos en que, habitualmente, se basan las resoluciones judiciales para librar de culpa al administrador. Posteriormente, se valora la posible aplicación del régimen general de responsabilidad del administrador en esos supuestos que quedan fuera del alcance del artículo 367 de la LSC, a cuyo fin se analizan los presupuestos establecidos en el artículo 236 de la LSC y se proponen las acciones de responsabilidad ejercitables, en su caso. Por último, se formulan una serie de conclusiones de las que se infiere la necesidad de ajustar el criterio jurisprudencial al texto legal y al espíritu de la norma.

La consecución del proyecto presentado entraña cierta dificultad, pues viene a romper una arraigada línea de indulgencia con el administrador social. Con todo, se emprende esta tarea desde la convicción de que el saneamiento del mercado no pasa tanto por una modificación legislativa, sino por la rigurosa aplicación de la normativa vigente.

2. La reticencia del Tribunal Supremo a declarar la responsabilidad del administrador por deudas de la sociedad cuando se ejercitan acciones distintas a la prevista en el artículo 367 de la LSC

Vaya por delante que se comparte la idea, tantas veces reiterada por el Tribunal Supremo¹, de que el administrador no es garante de las deudas de la sociedad por el mero hecho

¹ Véase, por todas, la STS núm. 665/2020, de 10 de diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018), último párrafo del apartado 4 del fundamento de derecho quinto.

de ocupar su cargo, si bien, esta máxima no debiera ser obstáculo para exigirle responsabilidad cuando el impago haya sido causado por su comportamiento antijurídico y culpable.

Sentada la premisa anterior, llama la atención que el Tribunal Supremo enfatice en la personalidad jurídica propia de la sociedad, distinta a la de sus administradores, para preservar el patrimonio personal de estos respecto de las deudas de la compañía² y, sin embargo, pase por alto que el administrador está sujeto a una serie de deberes, por cuyo incumplimiento sí tendría que responder. Dicho de otro modo, el administrador no responde personalmente de las deudas de la sociedad por razón de su cargo, pero sí debería hacerlo cuando su comportamiento antijurídico y culpable haya sido determinante en el impago.

Se trata, en definitiva, de aplicar la norma sin incurrir en esa especie de interpretación dogmática que se viene consolidando en la jurisprudencia y que obliga al acreedor social a llevar a cabo un esfuerzo probatorio y argumentativo desmesurado en el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el administrador, salvo cuando esta se sustenta en el artículo 367 de la LSC. El Alto Tribunal lo reconoce expresamente, llegando a manifestar que es preciso que concurren «circunstancias muy excepcionales y cualificadas»³ para admitir que la imposibilidad del cobro de sus créditos por los acreedores sociales es imputable al órgano de administración.

² STS núm. 665/2020, de 10 de diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018), fundamento de derecho quinto: «Con carácter general, hemos declarado de forma reiterada (por todas, sentencia 274/2017, de 5 de mayo [NCJ062492]) que no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad o por cualquier deuda social, aunque tenga otro origen, que resulte impagada. Lo contrario supondría violentar los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídica de las mismas, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, u olvidar el principio de que los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan, como proclama el art. 1257 CC».

³ La STS núm. 665/2020, de 10 de diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018), en su fundamento de derecho quinto afirma que «debe hacerse un esfuerzo argumentativo por mostrar la incidencia directa del incumplimiento de un deber legal cualificado en la falta de cobro de aquellos créditos» para concluir que es preciso que concurren «circunstancias muy excepcionales y cualificadas», haciéndose eco de otras dos sentencias del Alto Tribunal en las que se relacionan algunas de esas circunstancias. De un lado, la STS núm. 150/2017, de 2 de marzo (recurso de casación núm. 2118/2014 [NCJ062282]), que se refiere a «sociedades que por la realización de embargos han quedado sin bienes y han desaparecido de hecho, pese a lo cual los administradores, en su nombre, han seguido contrayendo créditos; concertación de servicios económicos por importe muy elevado justo antes de la desaparición de la empresa; desaparición de facto de la sociedad con actuación de los administradores que ha impedido directamente la satisfacción de los créditos de los acreedores; vaciamiento patrimonial fraudulento en beneficio de los administradores o de sociedades o personas con ellos vinculados que imposibilitan directamente el cobro de los créditos contra la sociedad, etc.»; de otro, la STS núm. 274/2017, de 5 de mayo (recurso de casación núm. 3298/2014 [NCJ062492]), que estimó también la acción en un caso en que se identificó como conducta negligente la salida injustificada del activo social de una elevada suma (en relación con el patrimonio de la sociedad), en un contexto de liquidación de hecho, que privó *de facto* a la sociedad de cualquier posibilidad de pagar el crédito reclamado.

Para declarar la responsabilidad del administrador bastaría, teóricamente, con acreditar la concurrencia de los presupuestos fijados en el artículo 236 de la LSC, que se corresponden con los previstos para cualquier tipo de responsabilidad subjetiva (acto antijurídico y culpable, daño y relación de causalidad entre ambos), y que la jurisprudencia ha desarrollado: un comportamiento activo o pasivo de los administradores; que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; que la conducta antijurídica, culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; que el daño que se infiere sea directo al tercero, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; y la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo ocasionado al tercero⁴.

Sin embargo, como se ha indicado *ut supra*, predomina en el ámbito forense una interpretación excesivamente rigurosa y restrictiva que exige un plus –más allá de los presupuestos citados– para declarar la responsabilidad, lo que denota una manifiesta indulgencia con el administrador social⁵.

En esa línea de sobreprotección al administrador, el Tribunal Supremo alude al riesgo comercial entre empresas, como si de una circunstancia eximente se tratase:

Esta sala ha declarado que el impago de las deudas sociales no puede equivaler necesariamente a un daño directamente causado a los acreedores sociales por los administradores de la sociedad deudora, a menos que el riesgo comercial quiera eliminarse por completo del tráfico entre empresas o se pretenda desvirtuar el principio básico de que los socios no responden personalmente de las deudas sociales⁶.

Efectivamente, el impago de la deuda social representa un riesgo comercial, lo cual resulta incuestionable, pero no por ello deja de constituir un comportamiento antijurídico que merece reproche, en caso de que exista culpa. El hecho de operar en el mercado implica asumir los riesgos consustanciales al mismo, lo que no debería empecer el reproche de los comportamientos antijurídicos a quienes intervienen en él y el derecho de los perjudicados a que se les repare el daño. De lo contrario, cualquier empresario podría apelar al riesgo

⁴ Véase, por todas, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 253/2016, de 18 abril (NCJ061144).

⁵ «La doctrina legal resultado tiene como base una política jurídica restrictiva e indulgente hacia los administradores de los límites del nacimiento, contenido y ámbito de aplicación de la obligación personal de responsabilidad civil individual del administrador ante los acreedores sociales» (Alonso Espinosa, 2020, p. 300).

⁶ Fundamento de derecho quinto, apartado 4, de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 665/2020, de 10 diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018).

comercial para rehusar el pago de sus deudas, aduciendo que quien actúa en el comercio lo hace asumiendo esta eventualidad.

Sin perjuicio de lo anterior, debe diferenciarse, de un lado, el riesgo que surge de forma imprevisible o inevitable, que no puede ser reprochado al administrador; y, de otro, el riesgo generado o agravado por el comportamiento antijurídico del administrador, lo que le hace responsable, salvo que exista causa eximente⁷.

El segundo argumento utilizado por el Tribunal Supremo en el texto reproducido censura que «se pretenda desvirtuar el principio básico de que los socios no responden personalmente de las deudas sociales». Deja entrever –cuando menos– cierto despiste, por cuanto no se enjuicia la responsabilidad del socio sino del administrador. Esta aparente confusión es reflejo, según se ha apuntado doctrinalmente (Alonso Espinosa, 2020, p. 304), del «sub-consciente» del juzgador, en quien se advierte una clara reticencia a estimar las acciones de responsabilidad contra el administrador de la sociedad.

También se ha referido el Alto Tribunal al «principio de que los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan»⁸ para desvincular al administrador del posible incumplimiento por parte de la sociedad. No parece un argumento sólido ya que, aunque es cierto que los administradores no son parte en los contratos que la sociedad concluye con terceros,

el título jurídico por cuya virtud los administradores quedarían obligados al pago de tales deudas sociales no sería, por tanto, el contrato del que derive la obligación de su pago, sino que tal título jurídico es la obligación legal de responsabilidad civil personal y directa ante el acreedor que nacería contra ellos en el caso de concurrir los presupuestos establecidos (Alonso Espinosa, 2020, p. 305)⁹.

⁷ «Ello no significa que los administradores se puedan imputar todos los daños que experimente la sociedad: hay que distinguir el riesgo de empresa de lo que es el riesgo de una gestión negligente, siendo solo imputable a los administradores el daño derivado del segundo» (Morillas Jarillo, 2002, p. 368). En parecidos términos: «Una cosa es el riesgo de empresa que asume la sociedad (aun cuando de la gestión de los administradores resulten pérdidas) y otra muy distinta el riesgo de una gestión negligente de los administradores, derivada de incumplir sus deberes legales o estatutarios con resultado dañoso para la sociedad, los socios o los terceros» (Cerdá Albero, 2000, p. 169). En idéntico sentido se han manifestado Alonso Ureba (1990, p. 648) y Sánchez Calero (2007, p. 317).

⁸ STS núm. 665/2020, de 10 de diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018), fundamento de derecho quinto.

⁹ Como acierta a señalar el citado autor, en el mismo párrafo: «En otros términos: el título jurídico de nacimiento de tal obligación individual de responsabilidad civil del administrador no es nunca un contrato (acaso ex art. 1257 CC), sino el art. 241 LSC en relación con el art. 236.1 LSC y con el art. 1089 CC, según el cual "las obligaciones nacen [...] de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia"».

La responsabilidad del administrador no dimana del incumplimiento del contrato, del que –efectivamente– no es parte, sino de la inobservancia de los deberes inherentes al cargo.

Para evitar incurrir en este tipo de interpretaciones tan condescendientes con el administrador, las cuales pueden llegar a desvirtuar la causa del contrato de la sociedad mercantil –si acaso no se ha desvirtuado ya–, dando lugar a la constitución de compañías con el único objetivo de eludir la responsabilidad patrimonial del empresario individual, se propone admitir, exclusivamente, las causas eximentes previstas con carácter general en el artículo 1105 del CC (caso fortuito y fuerza mayor), o a las más específicas del artículo 237 de la LSC (desconocer el acuerdo lesivo o, conociéndolo, hacer todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, oponerse expresamente a aquel).

Esta propuesta coadyuva a una mayor seguridad jurídica¹⁰, ya que se ajusta estrictamente a los presupuestos de responsabilidad recogidos en el artículo 236 de la LSC y, además, coincide con la *mens legis*, que –de hecho– presume la culpabilidad del administrador en aquellos comportamientos antijurídicos contrarios a la ley o a los estatutos sociales (art. 236.1 LSC).

La evolución normativa es también acorde con esa idea de intransigencia respecto de los comportamientos antijurídicos y culpables del administrador. Así, el legislador ha ido endureciendo el grado de responsabilidad del administrador, que pasa de la culpa grave (malicia, abuso de facultades o negligencia grave) que exigía el primitivo artículo 79 de la Ley de sociedades anónimas de 1951 en su redacción original¹¹, a la culpa leve (falta de diligencia) requerida en la posterior redacción –tras la modificación en 1989–¹² del citado precepto¹³. El progresivo endurecimiento del grado de responsabilidad se hace aún más

¹⁰ Alonso Espinosa también ha criticado el menoscabo a la seguridad jurídica que subyace en el criterio jurisprudencial adoptado por el Tribunal Supremo: «Se trataría de una política jurídica cuyos efectos pudieran acaso no ser del todo compatibles con la seguridad jurídica y del tráfico porque podría dar como resultado dos posibles situaciones: (i) la de limitar en exceso, quizá más allá de lo razonable y en perjuicio de la seguridad del tráfico, el nacimiento de la obligación legal de responsabilidad civil del administrador ex art. 241 LSC; (ii) o bien, la de quedar su nacimiento y aplicación dentro de un ámbito de escasa seguridad jurídica ante las dudas que puede generar la subsunción de cada caso concreto objeto de enjuiciamiento dentro de la doctrina legal o criterios establecidos para su nacimiento» (Alonso Espinosa, 2020, p. 301).

¹¹ Artículo 79 de la LSA de 1951, en su redacción original: «Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal, y responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. En cualquier caso estarán exentos de responsabilidad los administradores que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado daño».

¹² 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 (LRyA) (BOE núm. 178, de 27 de julio de 1989).

¹³ Artículo 79 de la LSA de 1951, en su redacción modificada por el artículo séptimo de la LRyA: «1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y representante

patente en la regulación vigente, cuya presunción de culpa choca con la relativa impunidad de la que goza el administrador social en el ámbito forense, cuando no se ejercita la acción del artículo 367 de la LSC.

Se aboga, en resumidas cuentas, por la aplicación de la responsabilidad del administrador sin más requisitos que la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos y sin otras eximentes que las previstas en la normativa. Ello contribuiría al saneamiento del mercado, mitigando la constitución de sociedades anónimas y limitadas con el único propósito de eludir la responsabilidad del empresario individual; asimismo, dotaría de mayor seguridad el tráfico mercantil, reduciendo el abuso por parte de aquellos administradores que se amparan en su posición orgánica en perjuicio del acreedor social, circunstancia que han criticado voces autorizadas en la materia¹⁴.

Sobre la base de lo expuesto, se analiza, a continuación, el supuesto en que el impago de la deuda social está motivado por el comportamiento antijurídico y culpable del administrador, a fin de valorar la posible concurrencia de los presupuestos fijados en el artículo 236 de la LSC y aplicar, en su caso, la correspondiente acción de responsabilidad.

3. El impago de la deuda social como comportamiento anti-jurídico: examen de la posible culpabilidad del administrador y de la acción ejercitable, en su caso

El análisis de los presupuestos de la responsabilidad del administrador social obliga a distinguir, previamente, los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad. La primera se

leal. Deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial aun después de cesar en sus funciones. 2. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. 3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel. 4. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general».

¹⁴ «La exigencia de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital es algo que ayuda [...] al saneamiento del parque empresarial de una nación» (Rodríguez Ruiz de Villa, 2009, p. 1527). En la misma línea, Esteban Velasco apostilla una afirmación de Quijano (sostiene este último autor: «El administrador es eso, un administrador; no un socio colectivo, ni un fiador, ni un avalista solidario o subsidiario de las deudas de la sociedad» (Quijano, 1990, p. 23), apuntillando Esteban Velasco lo siguiente: «Pero tampoco debe estar desprotegido el acreedor ante los supuestos de actuación claramente abusiva de su posición orgánica en la sociedad» (Esteban Velasco, 1996, p. 1701).

concede como un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico¹⁵, considerándolo como un hecho objetivo, esto es, sin valorar ni las circunstancias personales de quien lo comete ni el contexto en que se produce. La culpabilidad, por su parte, representa el elemento subjetivo de la responsabilidad, lo que implica un juicio de valor acerca de la diligencia exigible al sujeto y de la posible concurrencia de causas eximentes. Existe culpa cuando se infringe el ordenamiento jurídico de manera injustificada, esto es, pudiendo actuar conforme a derecho¹⁶.

El impago de una deuda líquida, vencida y exigible constituye, *per se*, un comportamiento antijurídico, que contraviene uno de los postulados básicos del derecho: dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*). En caso de impago de la deuda social, el comportamiento antijurídico de la compañía ocurre en el ámbito de las competencias de su administrador, a quien corresponde gestionar las obligaciones asumidas por la sociedad (Esteban Velasco, 1996, p. 1.697; y 1999, p. 102) y, por ende, tramitar el pago de las deudas a su vencimiento¹⁷. Por tanto, el incumplimiento de la obligación de pago por la sociedad dimana del comportamiento antijurídico de su administrador, que no tramita el referido pago.

Ahora bien, para que exista responsabilidad es necesario que, junto al comportamiento antijurídico, concorra el elemento culpable. Es menester recordar, en este sentido, que la administración de la sociedad es una obligación de medios (Aranguren Urriza, 1999, p. 33; y Guerrero Trevijano, 2014, p. 269), en virtud de la cual las funciones propias del cargo se llevan a cabo con el propósito de lograr el objeto social¹⁸, sin llegar a garantizar su efectiva consecución o resultado exitoso¹⁹.

¹⁵ «Antijurídica es toda conducta humana que contradice el ordenamiento jurídico como un todo» (Santos Briz, 1963, p. 25).

¹⁶ «El juicio de culpabilidad reprocha al agente haber obrado antijurídicamente cuando pudo haberse conducido conforme a Derecho» (Santos Briz, 1963, p. 96).

¹⁷ «Entra dentro de las competencias del titular de la posición de órgano hacer cumplir las obligaciones de la persona jurídica (*v. gr.*, hacer cumplir los contratos suscritos por la sociedad, pagar los impuestos, cumplir con las disposiciones sobre seguridad e higiene en el trabajo, etc.), pero sobre la base de que son obligaciones de Esta que, de forma interina, están obligados a desempeñar sus administradores: son «deberes reflejos» del titular de la posición jurídica de órgano; su observancia es un deber que les corresponde autónomamente y es condición para que el ejercicio de sus poderes en el desempeño del cargo sea conforme a Derecho» (Marín de la Bárcena Garcimartín, 2005, p. 101). En términos parecidos: «El estándar de diligencia del ordenado empresario incluye también la ejecución de los contratos y operaciones concertadas en el desarrollo del objeto social» (Roncero Sánchez, 2011, p. 216).

¹⁸ «Comprende un conjunto de actos, de diversa naturaleza, tendentes a la consecución del objeto social» (Sánchez Calero, 2007, p. 46). En la misma línea Cámara Álvarez (1992, p. 52), Guerrero Trevijano (2014, p. 142), Quijano González (1990, p. 153) y Rodríguez Artigas (1971, p. 76).

¹⁹ «La obligación de administrar que concierne a los administradores sociales es una obligación de medios, por lo que no puede determinarse su incumplimiento o cumplimiento defectuoso en función de los resultados», SAP de Madrid (Sección 28.ª), núm. 168/2007, de 13 de septiembre (párrafo segundo del fundamento de derecho sexto). No se trata de obligar al administrador a una gestión exitosa, «sino tan

A lo que sí se compromete el administrador es a observar los deberes inherentes al cargo, entre los cuales se encuentra el deber de diligencia, que no es el genérico del «buen padre de familia» establecido con carácter general en el artículo 1104 del Código Civil (CC), sino el de un «ordenado empresario», fijado en el artículo 225.1 de la LSC. De ello se deduce que el ejercicio del cargo de administrador requiere una diligencia cualificada, con arreglo a las funciones de gestión y representación que comprende, circunstancia que debiera tenerse en cuenta para determinar la culpabilidad del administrador cuando incumple injustificadamente tareas tan elementales como tramitar el pago de las deudas de la sociedad, cuando oculta la situación de insolvencia de la compañía al contratar con un tercero, o en caso de que provoque la insolvencia.

De lo anterior se colige que, para poder imputar culpa al administrador, el impago de la deuda social ha de ser consecuencia directa de la inobservancia de la diligencia de un ordenado empresario y representante leal. Esta es la idea que preside la elaboración de este trabajo, pero sin llegar a convertirla en un obstáculo inquebrantable que exija *circunstancias muy excepcionales y cualificadas* distintas a las que se fijan en la ley (esto es, la negligencia –y no solamente el dolo–) para declarar la responsabilidad del administrador.

Por todo ello, se hace indispensable delimitar el contexto en que tiene lugar el impago y examinar cuál ha sido el comportamiento del administrador. Solo entonces se podrá valorar si este ha actuado con la debida diligencia, así como la incidencia que dicha actuación ha tenido en el perjuicio causado al acreedor social.

En este cometido importa, especialmente, verificar la solvencia de la compañía en el momento en que vence la deuda, a fin de conocer si la sociedad tiene capacidad económica suficiente para que su administrador pueda tramitar el pago y, en caso de insolvencia, si se ha advertido dicha circunstancia al contratante, si se ha promovido el preceptivo concurso de acreedores, y si la insolvencia trae su causa en el comportamiento antijurídico del administrador o se ha producido por circunstancias ajenas a él.

3.1. El impago en situación de insolvencia

El estudio de la responsabilidad del administrador que no tramita el pago cuando la sociedad es insolvente puede generar cierta confusión, pues la imposibilidad material de atender las deudas invita a eximir de culpa al administrador, en tanto carece de recursos para

solo de haber adoptado todas aquellas medidas que, en el caso concreto, un ordenado comerciante y un representante leal suelen adoptar en el planteamiento y ejecución del negocio de que se trate» (Garrigues Díaz-Cañabete, 1976, p. 159). En el mismo sentido, Quijano González (1990, p. 159), Esteban Velasco, (1996, p. 1697) y (1999, p. 102), Guerrero Trevijano (2014, p. 144), Sánchez Calero (2007, p. 180) y Valmaña Cabanes (2011, p. 129).

gestionar el pago, como ha considerado el Tribunal Supremo²⁰. Sin embargo, la insolvencia de la sociedad no siempre puede servir como pretexto para exonerar a su administrador. La cuestión encierra mayor complejidad de lo que aparenta ya que, para determinar la posible culpabilidad del administrador en estos casos, es necesario comprobar la situación económica de la compañía no solo al vencimiento de la deuda, sino también al tiempo de contraer la obligación, para poder valorar si el administrador actuó con la diligencia debida al contratar en nombre de la sociedad.

3.1.1. La asunción de la deuda en situación de solvencia

Quando la sociedad es solvente al momento de contraer la obligación, no cabe *a priori* reprochar al administrador el impago derivado de la posterior insolvencia sobrevenida, por cuanto la perfección del contrato tiene lugar en circunstancias de normalidad económica, lo que hace imprevisible la posterior crisis social²¹.

Interesa recalcar la imprevisibilidad de la insolvencia en este supuesto, ya que si, por el contrario, el administrador fuera consciente de que la sociedad asume una deuda cuyo pago será inviable (por insolvencia inminente, por ejemplo) y oculta dicha circunstancia al acreedor, estaría actuando en contra de la prudencia²² *ínsita* en el deber general de diligente

²⁰ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 274/2017, de 5 de mayo (recurso de casación núm. 3298/2014 [NCJ062492]), fundamento de derecho quinto, apartado 3: «No puede identificarse la actuación antijurídica de la sociedad que no abona sus deudas y cuyos acreedores se ven impedidos para cobrarlas porque la sociedad deudora es insolvente, con la infracción por su administrador de la ley o los estatutos, o de los deberes inherentes a su cargo. Esta concepción de la responsabilidad de los administradores sociales convertiría tal responsabilidad en objetiva y se produciría una confusión entre la actuación en el tráfico jurídico de la sociedad y la actuación de su administrador». Dicho criterio ha sido reproducido, entre otras, en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 665/2020, de 10 diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018).

²¹ «Nos parece discutible que la omisión de deberes con ocasión de la concurrencia de determinadas causas de disolución o de los presupuestos para la apertura de procedimiento concursal provoque propiamente un daño directo en los acreedores anteriores a ese momento, que han establecido sus relaciones con la sociedad en condiciones normales y que deben en principio asumir los riesgos eventuales de crisis e insolvencia de la otra parte» (Esteban Velasco, 1999, p. 103).

²² «El grado de diligencia que corresponde a un ordenado empresario comprende cualidades como la prudencia, preparación, capacidad de iniciativa, de previsión y de análisis de los riesgos de las operaciones; planificación adecuada de la actividad con criterios de previsión y rentabilidad» (Morillas Jarillo, 2002, p. 367). En este sentido se manifiesta la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 995/2004, de 27 de octubre (rec. núm. 2597/1998) (NCJ036591), en cuyo fundamento de derecho quinto se dice: «Esa lesiva intromisión en la relación contractual entre las dos sociedades, como causante de un daño patrimonial directo para la demandante, se afirma probada en la Sentencia recurrida. En el fundamento de derecho tercero de la misma se indica que "[...] pese a la crisis, la entidad demandada concertó un contrato de importantes consecuencias y dimensiones económicas con la actora, siendo así que la posibilidad de venta

administración (art. 226 LSC), así como de la buena fe que ha de presidir la negociación²³, como principio general del derecho (art. 7.1 CC) e inspirador de las relaciones contractuales (art. 1258 CC). Se produciría, entonces, una intromisión ilegítima del administrador en la fase de formación del contrato, causante del error en el acreedor²⁴, quien no habría contratado de haber conocido la futura insolvencia de la sociedad²⁵. En definitiva, existiría un comportamiento antijurídico y culpable determinante en el perjuicio causado, lo que daría lugar a la responsabilidad del administrador.

Se ha apuntado doctrinalmente la controvertida posición del administrador que, o bien vulnera el deber de secreto y lealtad frente a la sociedad, informando al acreedor de la verdadera situación de la compañía; o bien infringe el deber de información precontractual con el tercero, ocultando la crisis de la sociedad (Alfaro Águila-Real, 2002, p. 69). Conviene tener presente, a este respecto, que aunque el deber de lealtad obliga al administrador a actuar en el mejor interés de la sociedad, conforme al artículo 227 de la LSC, tal compromiso está supeditado al cumplimiento del resto de normas del ordenamiento jurídico, en virtud del deber de diligencia fijado en el artículo 226 de la LSC²⁶.

Como acertadamente señala la Comisión Olivencia, actuar en interés de la sociedad no significa perseguir el objeto social a toda costa, obviando el resto de normas del ordenamiento jurídico²⁷. Por ello, debe rechazarse la legitimidad de aquellos comportamientos

y cobro a terceros era más bien limitada, por lo que era absolutamente previsible el que no se pudiera hacer frente a corto plazo a una deuda como la contraída».

²³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 665/2020, de 10 de diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018), fundamento de derecho quinto: «El principio de la buena fe no solo constituye un límite al ejercicio de los derechos, sino que también es fuente de deberes de conducta, cuya infracción es un ilícito y, como tal, fuente de responsabilidad (arts. 1.101 y 1.902 CC)».

²⁴ Podría plantearse, incluso, la anulación del contrato por vicio en el consentimiento del tercero, que creía que contrataba en situación de normalidad (arts. 1300 y ss. CC). Desarrolla esa posibilidad en su tesis doctoral Vizcaíno Garrido (2014, pp. 42 y ss.).

²⁵ Esta intromisión ilícita del administrador incide en la «formación de las relaciones jurídicas con la sociedad [...]. Una mención especial merecen en este marco los comportamientos que inducen a contratar con sociedad insolvente o en situación de crisis que se oculta al tercero», (Esteban Velasco, 1996, p. 1.696).

²⁶ «Cuando el mandato legal es claro, nadie podrá pedir explicaciones al administrador, pues este es su primer deber, el cumplimiento de la ley. Por ello obsta decir que el interés social no puede justificar el incumplimiento de las normas legales» (Vizcaíno Garrido, 2014, p. 120). También Ribas Ferrer (2012, p. 81).

²⁷ «Pero esto no significa que el Consejo y la dirección de la compañía hayan de perseguir los intereses de los accionistas a cualquier precio, desconsiderando o considerando insuficientemente a los que atañen a otros grupos implicados en la empresa y a la propia comunidad en que esta se ubica. En este sentido, el interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que necesariamente habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el derecho (por ejemplo, normas fiscales o medioambientales), cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales explícitas e implícitas concertadas con otros interesados (trabajadores, proveedores, acreedores, clientes) y, en general, observando aquellos deberes éticos que razonablemente sean apropiados para la responsable conducción de los negocios» (Comisión

contrarios a la ley que pretenden utilizar el interés de la sociedad como excusa para ocultar al contratante el previsible incumplimiento de la compañía.

Para formular la reclamación contra el administrador que contrata en nombre de una sociedad solvente, pero a sabiendas de que no podrá abonar la deuda a su vencimiento, debe descartarse el ejercicio de la acción de responsabilidad del artículo 367 de la LSC, ya que la deuda es asumida con anterioridad a la insolvencia. Procede, en tal caso, el ejercicio de la acción individual prevista en el artículo 241 de la LSC, en cuanto concurre un comportamiento antijurídico y culpable (la inducción al error) determinante en la causación del daño directo al acreedor (quien no habría contratado de conocer los datos esenciales ocultados por el administrador).

De otro lado, cabe también plantear en este apartado el supuesto en que se contrata en situación de solvencia, si bien, la posterior insolvencia –incluso siendo imprevisible al momento de contraer la deuda– es motivada por causa imputable al negligente actuar del administrador. Se provoca un daño a la sociedad que, a su vez, perjudica indirectamente al acreedor, que ve frustradas sus expectativas de cobro, por lo que estaría legitimado subsidiariamente para el ejercicio de la acción social contra el administrador (Suárez-Llanos Gómez, 1996, p. 2503)²⁸, cuando no la hubieran ejercitado la propia sociedad o sus socios, a tenor del artículo 240 de la LSC²⁹.

3.1.2. La asunción de la deuda en situación de insolvencia

Quando una sociedad se encuentra en situación de insolvencia, su administrador debe promover el concurso de acreedores, conforme a lo previsto los artículos 3 y 5 de la Ley concursal. En caso de no hacerlo, el administrador responderá por las deudas sociales contraídas con posterioridad a dicha situación, en virtud del artículo 367 de la

Olivencia, 1998, p. 19). En el mismo sentido se ha dicho que «la consecución del "interés de la sociedad" (art. 127 bis LSA [actual art. 226 LSC]), por mucho que sea un comportamiento debido frente a esta, no justifica en ningún caso la causación de un daño directo a los socios o terceros, como lo demuestra el propio reconocimiento legal de la responsabilidad frente a sujetos distintos de la sociedad en el art. 135 LSA [actual artículo 241 LSC]» (Marín de la Bárcena Garcimartín, 2020, p. 190); «El administrador no cumple tampoco con su deber de diligente administración si, buscando la maximización del resultado, toma decisiones que perjudican a los terceros acreedores de la sociedad» (Valmaña Cabanes, 2011, p. 23).

²⁸ Ello serviría para dotar del sentido que aparentemente carece el ejercicio de la acción social por los acreedores, como apunta Calbacho Losada (1999, p. 475).

²⁹ El artículo 240 de la LSC no determina de forma concreta el momento en que nace la legitimación del acreedor, lo que ha obligado a la doctrina a realizar una interpretación analógica del artículo 239 de la LSC: si transcurrido el plazo de un mes desde que surge la legitimación subsidiaria de los socios minoritarios, estos no la entablen, el acreedor social podrá considerarse legitimado. Véase, por todos, Sánchez Calero, (2007, p. 401).

LSC, cuyo estudio ha quedado fuera del objeto de este trabajo –como ya se dijo en la introducción– por ser más que abundantes y completos los trabajos que se ocupan del análisis de esta norma.

No obstante, la exhaustividad con la que se pretende tratar la cuestión obliga a plantear el supuesto «de laboratorio», en el cual el administrador contrata en nombre de una sociedad insolvente, pero posteriormente promueve el concurso dentro del plazo legalmente establecido. La ocultación de la crisis de la sociedad al contraer la deuda constituye un comportamiento antijurídico y culpable del administrador, por cuanto está actuando en contra de la buena fe que ha de presidir cualquier negociación, aunque no procede aplicar el artículo 367 de la LSC, ya que el administrador cumple –después de contraer la deuda– el deber de instar el concurso, en el plazo fijado.

Descartado el artículo 367 de la LSC, la reclamación contra el administrador en el supuesto planteado habría de encauzarse mediante la acción individual del artículo 241 del citado cuerpo legal al concurrir, junto al comportamiento antijurídico y culpable, un daño directo al acreedor y una relación de causalidad, *ínsita* al comportamiento antijurídico, en tanto que el acreedor no habría contratado de haber conocido la crisis de la compañía.

3.2. El impago en situación de solvencia

Cuando el administrador de la sociedad incumple de forma injustificada su obligación de tramitar el pago de una deuda social líquida, vencida y exigible, siendo la sociedad solvente, está cometiendo una intromisión ilícita en la fase de ejecución de las relaciones existentes entre la sociedad y los terceros³⁰.

Antes de ahondar en el análisis de este supuesto, es menester recalcar que la capacidad de pago de la sociedad ha de verificarse justo en el momento en que la deuda vence y resulta exigible. Sucede, con frecuencia, que la comprobación de la solvencia de la sociedad se lleva a cabo, erróneamente, tiempo después del vencimiento de la deuda. Así, suele analizarse la solvencia de la sociedad en el instante en que se ejercita la acción contra administrador, una vez que la reclamación frente a la compañía ha resultado infructuosa, precisamente por su insolvencia. Ese error inicial, que consiste en verificar la capacidad de pago cuando se decide reclamar al administrador y no en la fecha de vencimiento de la

³⁰ Dicho incumplimiento se enmarca dentro de los «supuestos de intromisión ilícita en las relaciones jurídicas de la sociedad con terceros», y específicamente en los «supuestos de intromisión lesiva en la fase de ejecución de las relaciones existentes entre la sociedad y los terceros, de forma que el comportamiento de los administradores incide en el incumplimiento de la sociedad (falta de prestación total o parcial, exacta o tempestiva)» (Esteban Velasco, 1996, pp. 1.696 y 1.697).

deuda, puede dar lugar a un planteamiento equivocado, considerando este supuesto como un impago en situación de insolvencia. De ahí la necesidad de hacer hincapié en la importancia de comprobar la solvencia de la sociedad en el momento en que se produce el vencimiento de la deuda y no cuando se ejercita la acción de responsabilidad.

El administrador que, sin justificación alguna, no tramita el pago de la deuda de la sociedad, siendo esta solvente, está vulnerando el deber de diligencia que le obliga a desempeñar el cargo como lo haría un ordenado empresario, lo que comporta, entre otros cometidos, la gestión de las obligaciones sociales y, en consecuencia, el pago puntual de la deuda. La omisión injustificada de la gestión de pago supone el incumplimiento de la diligencia debida –sea voluntaria (dolo) (Esteban Velasco, 1996, p. 1.697 y 1.999, p. 101; Marín de la Bárcena Garcimartín, 2020, pp. 321 y 322) o fruto de la desidia o despreocupación (imprudencia)–³¹ e implica, por ende, la culpabilidad del administrador.

En este punto debe recordarse que el administrador no puede eludir su obligación de tramitar el pago bajo el pretexto de que el cumplimiento perjudicaría a la sociedad³², ya que –como se dijo *ut supra*–³³ actuar en interés de la sociedad no significa perseguir el objeto social a toda costa, obviando el resto de normas del ordenamiento jurídico.

Tampoco es ajustado a derecho apelar a la regla de juicio empresarial (art. 226 LSC) para justificar el impago, ya que la conocida *business judgment rule* contempla el desatino del administrador en una decisión estratégica de negocio sujeta a discrecionalidad empresarial, quedando al margen las normas imperativas³⁴. En este sentido, resulta indubitado

³¹ Así se ha pronunciado la STS 567/2001, de 11 de junio (recurso de casación núm. 1145/1996), que condena al administrador en un supuesto de impago, bajo el siguiente argumento contenido en su fundamento de derecho segundo: «No ha desempeñado su cargo con "la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal" como dispone el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas [vigente arts. 225 y 227 LSC], y ha coadyuvado a la adopción y ejecución del acto lesivo, al encargar la realización de diversos servicios de transporte y ocasionar un perjuicio a la sociedad actora por su falta de abono, con la consiguiente conexión entre su conducta y el daño, de manera que cabe reprocharle su despreocupación al no realizar el pago por parte de la sociedad por él regida, en tanto que es el único administrador de la misma y actuó en este caso en su carácter de tal, es decir, como órgano social y no como mero socio o como particular, por lo que ha generado la consiguiente responsabilidad».

³² «Los llamados *efficient breach of law*, así como los incumplimientos contractuales –*efficient breach of contract*– se dan cuando, a juicio del administrador, los daños derivados del incumplimiento serían menores que los que se derivarían si cumplieran con las obligaciones legalmente impuestas o las contraídas contractualmente. [...] el daño derivado de este tipo de supuestos en que conscientemente se incumplen obligaciones legales o contractuales tratando de evitar daños mayores a la sociedad que se derivarían del correcto cumplimiento es presupuesto de la responsabilidad de los administradores» (Guerrero Treviño, 2014, pp. 386 y 387).

³³ Véase el epígrafe 3.1.1. La asunción de la deuda en situación de solvencia.

³⁴ «En todas las decisiones en que exista una obligación legal los administradores carecerán, en principio, de margen de maniobra, de modo que, si incumplen tales previsiones normativas, incurrirán en respon-

que la decisión relativa al pago de una deuda líquida, vencida y exigible no está sujeta a la discrecionalidad empresarial, sino que se trata de un deber de obligado cumplimiento³⁵.

En relación con la omisión injustificada de la gestión de pago de la deuda de la compañía, adquiere especial relevancia el argumento expuesto por el Tribunal Supremo en el segundo párrafo del punto 3 del fundamento de derecho sexto de la Sentencia de 10 de diciembre de 2020³⁶: «La pasividad del administrador, al omitir adoptar las medidas necesarias para restituir el cobro de lo indebido por parte de la sociedad, supone un incumplimiento de su obligación de desempeñar su cargo con diligencia». El Alto Tribunal reprocha al administrador su pasividad, por haber omitido los trámites necesarios para restituir a un tercero una cantidad abonada indebidamente a la sociedad administrada por él. Pues bien, en coherencia con ese argumento y conforme a la misma lógica, debería declararse la responsabilidad del administrador que, de forma arbitraria y teniendo la sociedad capacidad económica para hacerlo, no tramita el pago de las deudas sociales a su vencimiento.

En ambos casos, tanto si no se restituye lo indebidamente cobrado como si no se paga lo debido, el administrador está quebrantando uno de los principios más elementales del derecho (dar a cada uno lo suyo) y, también en ambos casos, concurre el elemento culpable que se materializa en la pasividad (falta de diligencia) del gestor que no cumple con el estándar de un ordenado empresario (pagar una deuda líquida, vencida y exigible –con independencia de su origen–), por lo que no parece acertado dar un tratamiento jurídico distinto a uno y otro caso. Sorprende, por ello, que la citada resolución judicial desligue el supuesto enjuiciado de «un mero incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales de la sociedad administrada»³⁷ –dando a entender que en este último caso no se apre-

sabilidad» (Guerrero Trevijano, 2014, p. 386); «Donde la ley contiene normas suficientemente concretas e imperativas, que no dejan al Management margen de arbitrio, se encuentra el juez, sin remedio, en la situación de examinar y enjuiciar las decisiones empresariales sobre la base del modelo de conducta preestablecido» (Holger Fleischer, 2002, p. 1.748).

³⁵ «Aunque no se expresa así en el proyectado art. 226.1 LSC, parece claro que la regla del juicio empresarial requiere que la decisión de los administradores no haya sido contraria a la Ley o a los estatutos. En muchos casos este requisito se identifica con el relativo al seguimiento del procedimiento establecido para la toma de decisiones. Pero no siempre. En efecto, hay ocasiones en que los administradores actúan con violación de normas legales no referidas al procedimiento o ni siquiera relativas al derecho de sociedades (incluso para lograr un beneficio para la sociedad). Si en esas hipótesis hubiera daño, no se estaría en el círculo de actividad protegido por la *business judgment rule* (y es que, estrictamente hablando, no habría ámbito de discrecionalidad)» (Díaz Moreno, 2014, p. 6).

³⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 665/2020, de 10 diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018).

³⁷ Así lo expone la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 665/2020, de 10 diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018) en el apartado 6 del fundamento de derecho sexto: «En las circunstancias de la litis, también es imputable a la referida conducta del administrador, pues no estamos en el caso de un mero incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales de la sociedad administrada, sino ante un incumplimiento vinculado a una conducta del administrador (al obviar un requerimiento claro de restitu-

ciaría la responsabilidad—, pues tanto uno como otro son comportamientos antijurídicos y culpables que deberían recibir idéntico tratamiento.

Aunque de manera muy puntual, también doctrinalmente se ha considerado la posibilidad de dirigirse contra el administrador que impaga una deuda siendo solvente la sociedad, si bien, se ha referido esa hipótesis al incumplimiento doloso³⁸. En realidad, la norma conecta la responsabilidad del administrador a la falta de diligencia y no al dolo —como sí lo hacía antaño—³⁹. No obstante, esta cuestión no tiene especial trascendencia a efectos prácticos, ya que lo habitual es que el acreedor reclame el pago cuando la deuda no es satisfecha a su vencimiento por lo que, si persiste el impago después de la reclamación, ya no se está ante un simple descuido del administrador que pudiera haber olvidado abonar la deuda a su vencimiento (falta de diligencia), sino ante un comportamiento intencionado consistente en el incumplimiento injustificado de su obligación de tramitar el pago de una deuda líquida, vencida y exigible, que se ha reclamado previamente (dolo).

Sea como fuere, el administrador que omite injustificadamente su obligación de tramitar el pago cuando la sociedad tiene capacidad económica para hacerlo, provoca un perjuicio directo al acreedor, que no deriva de un daño previo a la sociedad⁴⁰. Antes bien, al contra-

ción de un pago indebido que imponía, cuando menos, una revisión de su realidad y justificación), que se traduce en una infracción nítida del deber general de diligencia que le impone la ley, pues sin causa justificada (ni de carácter jurídico, ni de imposibilidad fáctica) se niega reiteradamente a efectuar el reembolso de las cantidades cobradas indebidamente por la sociedad que administra. Y esta situación se mantiene durante un plazo de tiempo dilatado, más allá del que se pueda considerarse razonable para realizar las averiguaciones de las circunstancias concretas que permitieran, a un administrador diligente, recabar la información precisa para constatar el hecho del cobro indebido».

³⁸ Así, para Marín de la Bárcena (2020): «Solo cuando el comportamiento antijurídico del administrador genere un nuevo riesgo no previsto por las partes en el momento de contratar o produzca un incremento del riesgo de impago o incumplimiento se podrá fundamentar una acción individual por la causación de un daño de este tipo (por ejemplo, a quien dolosamente impaga una factura en un momento en que la sociedad es solvente le es atribuible el incremento del riesgo de impago derivado de la posterior insolvencia de la sociedad deudora, aunque esta se deba a razones externas)» (pp. 3 y 4).

³⁹ El artículo 79 de la antigua Ley de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las sociedades anónimas (BOE núm. 199, de 18 de julio de 1951), aplicable también a la sociedad de responsabilidad limitada en virtud del artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1953, sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada (BOE núm. 199, 18 de julio de 1953) hacía únicamente responsable al administrador que hubiera actuado con malicia, abuso de facultades o culpa grave. Así, pese a que la norma exigía al administrador actuar con la diligencia de un ordenado comerciante y representante leal, únicamente le hacía responsable del daño derivado de un comportamiento doloso.

⁴⁰ «El daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, en este caso, al acreedor, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad: evidentemente el daño es directo para los actores que pagaron una cantidad a cuenta por una vivienda que no tienen sin que tampoco se les haya reembolsado su dinero». Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pamplona (provincia de Navarra) Sentencia núm. 3/2018, de 4 enero (procedimiento núm. 513/2016).

rio, «la sociedad ha experimentado un enriquecimiento injusto y no un daño patrimonial»⁴¹. Por ello, la demanda frente al administrador por impago de la deuda cuando la sociedad es solvente a su vencimiento ha de formularse mediante la acción individual, recogida en el artículo 241 de la LSC.

4. Conclusiones

El impago de la deuda por parte de la sociedad tiene lugar en el ámbito de las competencias de su administrador a quien, como gestor, le corresponde tramitar el cumplimiento de las obligaciones de la compañía. A partir de ahí, y bajo la premisa de que el administrador no es garante de las deudas de la sociedad por el mero hecho de ocupar su cargo, se ha elaborado el presente estudio con el ánimo de llamar la atención sobre aquellos supuestos de responsabilidad por impago distintos a los previstos en el artículo 367 de la LSC, referido a la asunción de la deuda habiendo incumplido el deber de promover la disolución o el concurso de la sociedad.

Como quiera que son supuestos ajenos al artículo 367 de la LSC, se propone fundamentar la acción de responsabilidad contra el administrador al amparo de lo previsto en el régimen general de responsabilidad, recogido en el capítulo V «La responsabilidad de los administradores» del título VI «La administración de la sociedad» de la LSC.

La declaración de responsabilidad del administrador cuya actuación negligente provoca el perjuicio al acreedor social no debería plantear controversia, pues concurren los presupuestos del artículo 236 de la LSC, sobre todo considerando la presunción de culpabilidad contenida en el último párrafo de su apartado primero. Sin embargo, el Tribunal Supremo se viene mostrando reticente a estimar acciones de responsabilidad distintas a la prevista en el artículo 367 de la LSC. De un lado, el Alto Tribunal obliga al acreedor a llevar a cabo un esfuerzo probatorio y argumentativo excesivo, más allá de acreditar la concurrencia de los presupuestos legalmente fijados; de otro, pasa por alto comportamientos ciertamente reprochables, dando cabida a pretextos como el riesgo comercial, la no responsabilidad de los socios –confundiéndose la figura de administrador y socio– o la no participación del administrador en el contrato, entre otros. Son argumentos que nada tienen que ver con las causas eximentes previstas con carácter general en el artículo 1105 del CC (caso fortuito y fuerza mayor), ni con las más específicas del artículo 237 de la LSC (desconocer el acuerdo lesivo o, conociéndolo, hacer todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, oponerse expresamente a aquel).

⁴¹ Así lo recoge el apartado 1 del fundamento de derecho sexto de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 665/2020, de 10 diciembre (recurso de casación núm. 2877/2018).

Esa especial condescendencia que se observa en las resoluciones del Tribunal Supremo puede dar lugar al abuso por parte del administrador y a la creación de sociedades con la única intención de eludir la responsabilidad patrimonial del empresario individual, desnaturalizando así el objeto del contrato de sociedad. Para impedir que esto suceda se aboga por la aplicación de la norma sin más requisitos que la concurrencia de los presupuestos establecidos en el artículo 236 de la LSC y sin otras eximentes que las previstas en los artículos 1105 del CC y 237 de la LSC.

Para determinar la posible responsabilidad del administrador es indispensable analizar el contexto en que se produce el impago de la sociedad y, principalmente, la solvencia de la compañía al vencimiento de la deuda.

Cuando una sociedad es insolvente al vencimiento de la deuda, el pago resulta inviable, no cabe duda, pero esta circunstancia no siempre exonera de culpa al administrador. La exhaustiva valoración de la responsabilidad por el impago, en este caso, pasa por examinar la situación económica de la sociedad al momento de contraer la deuda.

Así, cuando la sociedad es solvente al asumir la obligación de pago y posteriormente deviene insolvente, no parece que haya razón para responsabilizar al administrador, salvo que este supiera al contratar que el pago resultaría imposible y hubiera ocultado esta circunstancia al acreedor, actuando en contra de la buena fe que ha de presidir cualquier negociación. Correspondería, entonces, el ejercicio de la acción individual del artículo 241 de la LSC, en tanto que el comportamiento antijurídico y culpable del administrador habría causado un perjuicio directo al acreedor.

Podría suceder, asimismo, que la posterior insolvencia de la sociedad –que era solvente al contratar– hubiera sido motivada por la falta de diligencia del administrador (por endeudamiento progresivo e infundado, por ejemplo), lo que también daría lugar a la declaración de responsabilidad, si bien, en esta ocasión el perjuicio al acreedor sería indirecto –reflejo del daño previo a la sociedad–, quien estaría legitimado subsidiariamente para el ejercicio de la acción social del 240 del LSC, cuando no hubiera sido ejercitada por la sociedad o sus socios.

Si, por el contrario, la sociedad ya fuera insolvente al contraer la deuda y el administrador no hubiera instado la declaración de concurso de la compañía, procedería la acción de responsabilidad prevista en el artículo 367 de la LSC. Con todo, y ante la posibilidad de que el administrador contrate siendo insolvente la sociedad y, posteriormente, promueva el concurso dentro del plazo legalmente previsto –haciendo inaplicable el antedicho precepto–, es preciso señalar que tal hipótesis habría de conectarse a la acción individual contenida en el artículo 241 de la LSC, al concurrir, junto al comportamiento antijurídico y culpable del administrador –que contrata ocultando la crisis–, un daño directo al acreedor y una relación de causalidad, ínsito al comportamiento antijurídico, en tanto que el acreedor no habría contratado de haber conocido la precaria situación social.

Cuando, a diferencia de los supuestos que se acaban de exponer, la sociedad es solvente al vencimiento de la deuda líquida y exigible, el administrador que incumple injustamente su obligación de tramitar el pago incurre en un comportamiento antijurídico y culpable, en cuanto está omitiendo el deber de gestión que tiene encomendado, faltando a la diligencia del ordenado empresario. En este caso, no existiría daño si el acreedor pudiera lograr, por vía ejecutiva, el pago de la sociedad. El problema surge cuando la sociedad deviene insolvente en el espacio de tiempo entre el vencimiento de la deuda –momento en que la compañía era solvente– y la ejecución forzosa del pago. El examen de este supuesto entraña cierta dificultad, ya que podría concebirse, de manera equivocada, como un impago en situación de insolvencia. Sin embargo, debe recalarse que el comportamiento antijurídico, en tal caso, sucede en el momento del vencimiento de la deuda, cuando la sociedad es solvente y no existe causa que justifique la omisión de pago. De ahí la importancia de verificar la capacidad de pago de la compañía al vencimiento de la deuda y no en un momento posterior. También en este supuesto sería ejercitable la acción individual del artículo 241 de la LSC, pues el daño causado al acreedor trae su causa directa en el comportamiento antijurídico y culpable del administrador, que omitió su obligación de tramitar el pago injustificadamente, ya que la sociedad era solvente al vencimiento de la deuda.

Referencias bibliográficas

- Alfaro Águila-Real, J. (2002). La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales. *Revista de Derecho de Sociedades*, 18(1), 45-76.
- Alonso Espinosa, F. J. (2020). La responsabilidad civil del administrador por deudas sociales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (algunas anotaciones críticas). *Revista de Derecho de Sociedades*, 59, 291-334.
- Alonso Ureba, A. (1990). Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. *RDM*, 198, 639-727.
- Aranguren Urriza, F. J. (1999). Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción. *Estudios de Derecho Judicial*, 24, 17-56.
- Calbacho Losada, F. (1999). *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima (Doctrina y jurisprudencia)*. Tirant lo Blanch.
- Cámara Álvarez, M. de la (1992). La administración de la sociedad anónima. *Revista Jurídica del Notariado*, 51-153.
- Cerdá Alberó, F. (2000). *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*. Tirant lo Blanch.
- Comisión Olivencia (Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Con-

- sejos de Administración de las Sociedades). (1998). *El gobierno de las sociedades cotizadas*. http://www.cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf
- Díaz Moreno, A. (2014). La Ley de Reforma de la LSC. La *business judgment rule* en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital. *Análisis Gómez Acebo & Pombo*. <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/la-business-judgment-rule-en-el-proyecto-de-ley-de-modificacion-de-la-ley-de-sociedades-de-capital.pdf>
- Esteban Velasco, G. (1996). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: Acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución. En Iglesias Prada (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (tomo II, Sociedades Mercantiles, pp. 1679-1719). Civitas.
- Esteban Velasco, G. (1999). La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital. *Estudios de Derecho Judicial*, 24, 57-130.
- Garrigues Díaz-Cañabate, J. (1976). Órganos de la sociedad. En Garrigues y Uría, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, capítulo IV (3.ª ed., revisada por Menéndez Menéndez y Olivencia Ruiz). Aguirre.
- Guerrero Trevijano, C. (2014). *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*. Aranzadi.
- Holger Fleischer, Ll. M. (2002). La *business judgment rule* a la luz de la comparación jurídica de la economía del derecho. *RDM*, 246, 1727-1753.
- Marín de la Bárcena Garcimartín, F. (2005). *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*. Marcial Pons.
- Marín de la Bárcena Garcimartín, F. (2020). La acción individual promovida por acreedores sociales (STS 1.ª de 5 de noviembre del 2019). *Gómez Acebo & Pombo*. <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-accion-individual-promovida-por-creedores-sociales-sts-1-a-de-5-de-noviembre-del-2019/>
- Morillas Jarillo, M. J. (2002). *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*. La Ley.
- Quijano González, J. (1990). La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima en el Texto refundido de 22 de diciembre de 1989. *Boletín Informativo del Colegio de Abogados de Valladolid*, 4.
- Ribas Ferrer, V. (2012). Deberes de los Administradores en la Ley de Sociedades de Capital. *Revista de Derecho de Sociedades*, 38, 73-96.
- Rodríguez Artigas, F. (1971). *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*. Montecorvo.
- Rodríguez Ruiz de Villa, D. (2009). Últimas modificaciones de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en pérdidas. *Diario La Ley*, 7156.
- Roncero Sánchez, A. (2011). La acción individual de responsabilidad. En Guerra Martín (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (capítulo V, pp. 195-222). La Ley.
- Sánchez Calero, F. (2007). *Los administradores en las sociedades de capital*. (2.ª ed.). Aranzadi.
- Santos Briz, J. (1963). Derecho de Daños. *Revista de Derecho Privado*.



Suárez-Llanos Gómez, L. (1996). La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima. En Iglesias Prada (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (tomo II, pp. 2.481-2.508). Civitas.

Valmaña Cabanes, A. (2011). *Las acciones contra la sociedad y su administrador*. Bosch.

Vizcaíno Garrido, P. L. (2014). *Los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades en crisis: Acreedores frente a socios*. Universidad Carlos III de Madrid. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19143#preview>

Gaspar Echeverría Echeverría se licenció en Derecho por la Universidad de Granada en el año 2000. Posteriormente se doctoró en Derecho Financiero y Tributario por la Universidad de Granada (2004). Es también doctor en Derecho Mercantil por la Universidad de Cádiz (2017). Desde 2006 ejerce la abogacía, principalmente en el ámbito del derecho mercantil, habiendo intervenido como administrador concursal en varios procedimientos. <https://orcid.org/0000-0002-4376-3820>



La intervención de la Administración pública en la exportación del patrimonio histórico español

Inés Ambrosio Luna

Graduada en Derecho y Relaciones Internacionales. Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

Diploma de Especialización en Derecho del Mercado del Arte.

Universidad Carlos III de Madrid (España)

inesaluna@outlook.com | <https://orcid.org/0000-0002-5017-4530>

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio «Estudios Financieros» 2022** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Nicolás González-Deleito Domínguez, don José Damián Iranzo Cerezo, don Fabio Pascua Mateo y don Ángel José Sánchez Navarro.

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

Extracto

La Administración pública ocupa un papel determinante en el mercado del arte, en calidad de delimitador de la exportación, pues el régimen de exportación de bienes culturales está constreñido por autorizaciones administrativas en aras de conservar el patrimonio histórico español. Dicho patrimonio está, por tanto, sujeto a límites que imposibilitan su libre disposición, lo mismo por parte de particulares que por parte de entidades, tanto públicas como privadas. Asimismo, los propietarios de bienes culturales están vinculados por una serie de obligaciones con respecto de los bienes de los que son titulares.

A través de un análisis normativo y jurisprudencial, el presente trabajo examina la regulación que supedita la exportación en el mercado del arte al control administrativo, así como las disyuntivas manifestadas en virtud de dicha supeditación. Para una mayor claridad, se abordan dichas cuestiones a través del análisis del caso de las cartas de Colón, que además proporciona las ideas clave en torno a las que gira la problemática: la quizá excesiva discrecionalidad de la Administración a la hora de conceder o denegar permisos de exportación, la posible vulneración del derecho a la propiedad privada, consecuencia de la denegación del permiso de exportación, y el perjuicio económico que esto supone para propietarios de bienes culturales.

Palabras clave: exportación; patrimonio cultural; intervención administrativa; bienes culturales.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 05-04-2023

Cómo citar: Ambrosio Luna, I. (2023). La intervención de la Administración pública en la exportación del patrimonio histórico español. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 267, 61-92. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18675>



State intervention in Spanish cultural heritage exports

Inés Ambrosio Luna

This paper has won a runner-up prize in the **Financial Studies 2022 Award** in the **Constitutional and Administrative Law** category.

The jury members were: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Nicolás González-Deleito Domínguez, Mr. José Damián Iranzo Cerezo, Mr. Fabio Pascua Mateo y Mr. Ángel José Sánchez Navarro.

The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity of the authors.

Abstract

The Public Administration holds a crucial role within the art market as its main supervisor, since the regime of cultural goods exportation is constrained by administrative licenses that aim at preserving the Spanish historical heritage. Said heritage is subject to limits that preclude its free distribution, both by private persons and entities, public and private. Equally, cultural goods owners are bound by a series of obligations that pertain to the goods of which they are holders.

Through a legal and jurisprudential analysis, that regulation which subordinates exports in the art market to an administrative control is examined in this project, as are the dilemmas arising from such a subordination. For greater clarity, such issues are addressed through an analysis of a case-study, which also provides with the key ideas around which the problem revolves: the perhaps undue discretion of the Administration to grant or deny export permits, the potential infringement of the right to private property, derived from the denial of an export permit, and the economic damage caused on cultural goods owners by such a denial.

Keywords: exportation; cultural heritage; administrative intervention; cultural goods.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 05-04-2023

Citation: Ambrosio Luna, I. (2023). La intervención de la Administración pública en la exportación del patrimonio histórico español. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 267, 61-92. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18675>

Sumario

1. Introducción
2. El mercado del arte en España
 - 2.1. Nociones jurídicas y conceptuales
 - 2.1.1. La regulación del mercado del arte en España
 - 2.1.1.1. Breve apunte sobre derecho de la Unión Europea
 - 2.1.1.2. La Constitución española de 1978
 - 2.1.1.3. La Ley del patrimonio histórico español
 - 2.1.2. Concepto de patrimonio histórico español
 - 2.1.2.1. Los bienes culturales
 - 2.1.2.2. La propiedad privada de los bienes culturales
 - 2.1.2.3. Limitaciones al derecho de uso y disfrute de los bienes culturales
3. La intervención de la Administración en relación con la exportación del patrimonio histórico español
 - 3.1. El régimen de exportación de bienes culturales
 - 3.1.1. Cuál es el régimen jurídico aplicable a la exportación de bienes culturales y qué se debe entender por exportación a efectos de la Ley del patrimonio histórico
 - 3.1.2. Bienes susceptibles y no susceptibles de exportación
 - 3.1.2.1. Bienes cuya exportación está prohibida
 - 3.1.2.2. Bienes sujetos a autorización de exportación
 - 3.1.3. El proceso por el cual se solicita el permiso de exportación
 - 3.1.3.1. Sobre la Junta de Valoración, Calificación y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico, y los criterios de valoración que emplea
 - 3.1.3.2. Participación del solicitante en el procedimiento
 - 3.1.4. Resolución de la solicitud y efectos de la autorización o denegación de la exportación
 - 3.1.4.1. La «adquisición preferente» de la Administración
4. Aplicación del régimen de exportación y los dilemas que suscita
 - 4.1. El régimen de exportación a la luz del caso de las cartas de Colón



- 4.1.1. Aplicación del régimen de exportación
 - 4.1.1.1. Sobre la naturaleza jurídica de la carta
 - 4.1.1.2. La solicitud de exportación
 - 4.1.1.3. La Junta de Calificación y la resolución de la solicitud
- 4.1.2. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: procedimiento ordinario 245/2014
 - 4.1.2.1. Las alegaciones de la Fundación Casa de Alba
- 4.2. La problemática de la intervención administrativa en la exportación de bienes culturales
 - 4.2.1. La discrecionalidad de la Administración
 - 4.2.2. Acerca de la posible vulneración del derecho a la propiedad privada
 - 4.2.3. El perjuicio económico sobre propietarios de bienes culturales
- 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

A decir de Roca Junyent, existen dos ideas clave en la actualidad del ámbito jurídico. Por un lado, «todo está regulado, "requisitizado" y condicionado; todo requiere licencias y autorizaciones, cuya dispensa corresponde a la Administración, definidora de las bases sobre las que las otorgará o las denegará en un marco de gran discrecionalidad». Por otro lado, «al amparo de esta abundancia –de textos legislativos– ha surgido el fenómeno de la especialización profesional». Así, en el complejo mundo del derecho se ha ido forjando, poco a poco, esa especialización, en virtud de la cual los juristas focalizan su ejercicio en determinadas ramas del derecho, cada vez más específicas (Roca Junyent, 2007, pp. 84-129). Es así como tiene cabida en el entramado legislativo español el derecho del mercado del arte que, ineludiblemente, queda condicionado a la regulación por parte de la Administración.

A modo de contextualización, el mercado del arte consiste en la comercialización de bienes culturales muebles, entre los que se distingue entre las bellas artes y las artes decorativas. Apenas representa el 0,1 % del PIB en España, aunque teniendo en cuenta el impacto cultural sobre el turismo, podríamos sumar a esa cifra hasta un 30 % de modo indirecto (Cambolor de Echanove, 2021, p. 136). Entre 2010 y 2019, el mercado español aumentó su valor en un 46 % y, tras el Brexit, ha pasado de ser el quinto al cuarto país miembro de la Unión Europea (en adelante, UE) –por detrás de Francia, Alemania y Austria– en lo que a cuota de mercado se refiere. No obstante, las ventas totales descendieron en un 37 % en 2020, y en 2021 España pasó a acumular una cuota de mercado global de tan solo el 1 %, frente al 2 % con el que contaba en ejercicios anteriores (McAndrew *et al.* 2022). En España, el mercado del arte está sujeto y bebe, de manera prioritaria, de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español (en adelante, LPHE).

En ese sentido, la Administración interviene en el derecho del mercado del arte español, entre otras cosas, en materia de exportaciones. Esto sucede de similar manera en otros mer-

cados extranjeros, como puedan ser el inglés o el francés. No obstante, es relevante analizar el nivel de sometimiento o de dependencia del mercado del arte al control administrativo o, por el contrario, la permisividad de la Administración en otros países, por cuanto, en materia de exportación, esto determinará el volumen de negocio del mercado en el extranjero, y la competitividad del mismo frente a terceros mercados. En aras de relativizar, el mercado del arte español no es, desde luego, el más voluminoso, sin perjuicio de la gran magnitud de obras de arte y bienes culturales que conforma el patrimonio histórico español. Por delante se sitúan mercados como el estadounidense, el británico, o el chino, que se postulan como los más ávidos núcleos de exportación –e importación– de bienes culturales. Así, estos mercados extranjeros no solo cuentan con las cifras más elevadas en concepto de exportación, sino que son los mayores receptores de exportaciones españolas. Esta situación está directamente relacionada con el nivel de intervencionismo de la Administración para con el mercado del arte en cada nación: de igual manera que Administraciones como la española procuran, en la medida de sus medios, un control férreo sobre el mercado del arte, evitando que demasiados bienes culturales salgan de territorio español, Administraciones como la británica buscan precisamente lo opuesto, que no es sino agilizar el movimiento de bienes culturales hacia y desde el Reino Unido, concediendo un dinamismo que escasea en España.

A raíz de esta divergencia, John Henry Merryman (2000, pp. 66-69) distingue entre países de mercado y países de origen o fuente. Mientras que al país de mercado le interesa esa fluidez en el comercio de bienes culturales, el país de origen o fuente es defensor y propulsor de restricciones que limitan dicha fluidez, en muchos casos debido a la especial vinculación que tienen los bienes culturales con una comunidad dada, aunque no es necesariamente esta la explicación en todos los casos (Pérez-Prat Durbán y Ramos Prieto, 2015, p. 187). En consecuencia, podría catalogarse a los Estados Unidos como Estado de mercado, y a España como estado de origen o fuente. Precisamente de aquí surge el fenómeno que está teniendo su auge en la actualidad y por el cual países de origen están, *in crescendo*, reclamando a países de mercado la devolución de bienes culturales que consideran afectos a su población. Dos principios que podrían explicar tan polarizado panorama son los principios de internacionalismo y nacionalismo cultural (p. 191), que en suma implican, por un lado, la vinculación del patrimonio cultural a un concepto de museo universal, en virtud del cual no es relevante dónde se sitúe el bien, sino quién podrá conservarlo en mejores condiciones y ofertar su exposición al mayor número de visitantes posibles y, por otro lado, la vinculación del patrimonio cultural a una determinada comunidad que debe hacer lo posible por retener ese patrimonio como propio. Por ejemplo, resulta útil aquí la comparativa entre el mercado del arte español y el británico. El Reino Unido es el principal mercado de arte en Europa, y el tercero a nivel internacional –superado tan solo por China y Estados Unidos–, siendo que depende por completo del comercio transfronterizo, y que los propios poderes públicos incitan a los agentes del mercado a autorregularlo (Cambior de Echanove, 2021, p. 413). Es decir, el nivel de intervención administrativa es ciertamente escaso, debido al carácter internacional del mercado británico y a la dura competencia con otros mercados. España, por su parte, y como ha quedado reflejado en párrafos anteriores, tiene una bastante menor presencia en el mercado internacional, y la Administración

impone relativamente más trabas a la comercialización del patrimonio cultural español, por cuanto interpreta que su valor es de especial relevancia para España, bajo el supuesto de estar afecto a su población de origen.

Alternativamente, podría explicarse el distinto grado de intervencionismo por medio de la diferencia en riqueza patrimonial de la que es poseedora cada nación: a mayor cantidad de patrimonio, mayor necesidad de protección y menor necesidad de adquirir nuevo patrimonio o de despojarse del propio como moneda de cambio, y viceversa. En este supuesto, España se posiciona como el segundo país a nivel global con mayor cantidad de patrimonio cultural, frente a países como el Reino Unido, que justamente son menos intervencionistas (Zenit, 30 de agosto de 2020). Consecuentemente, quizá el proteccionismo que ejerce España sobre su patrimonio derive de la necesidad de conservar aquello que le hace tan rica culturalmente, y al contrario en el caso del Reino Unido.

En un plano de simultaneidad, el patrimonio cultural español, por mandato constitucional, ha de ser protegido y conservado. Dicho mandato, lejos de limitar su alcance al sector público, vincula a todo aquel poseedor de patrimonio cultural –particulares, fundaciones, coleccionistas...–, que verá sus derechos limitados en virtud de la obligación de conservación del patrimonio cultural. Esta limitación tiene su razón de ser en que, si bien los mencionados ostentan la propiedad del bien cultural del cual son poseedores, esta propiedad estará en todo caso sujeta un gravamen fijo impuesto por la Administración. Por tanto, cualquier poseedor de un bien cultural verá cuestionado su derecho a la propiedad privada, así como limitada su capacidad económica, pues dicho poseedor en ningún momento podrá dejar de llevar a cabo labores de mantenimiento sobre el bien cultural, si bien tampoco podrá disponer de él libremente (González Zorzano, 2015, pp. 135-166) –ya sea para financiar la conservación de otros bienes de los que sea poseedor, o para deshacerse de la obligación de conservación de ese bien–, sino que quedará a la discrecionalidad de la Administración.

Con todo, el objetivo del presente trabajo es el de delimitar el alcance de la intervención de la Administración en el mercado del arte español en materia de exportaciones –así como el papel que la Administración juega en otros aspectos relacionados con la exportación de bienes culturales–, para posteriormente analizar las disyuntivas que provoca dicha intervención sobre poseedores de bienes culturales; objetivo que viene apoyado por el valor y relevancia que la LPHE concede en su preámbulo a los bienes culturales integrantes del patrimonio histórico español:

El Patrimonio Histórico Español es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos, porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando.

2. El mercado del arte en España

2.1. Nociones jurídicas y conceptuales

Como ha sido mencionado con anterioridad, España es el segundo país en volumen de patrimonio histórico y, en consecuencia, resulta cuando menos paradójica su discreta posición, en términos globales, en lo que al comercio de bienes culturales se refiere –pues recordemos que su cuota de mercado no supera el 1 % y que en Europa tiene una visibilidad reducida con respecto de los mercados francés, alemán y austriaco–. Una vía para poder entender este suceso es analizar el papel que juega la Administración en el mercado del arte español, en concreto, en su régimen de exportación. No obstante, previamente es preciso encuadrar de manera sucinta los conceptos clave que facilitarán el entendimiento de dicho régimen de exportación, así como los principales instrumentos normativos que regulan el mercado del arte en España.

2.1.1. La regulación del mercado del arte en España

2.1.1.1. Breve apunte sobre derecho de la Unión Europea

Si bien el foco del presente trabajo se encuentra en la Administración española, es conveniente mencionar brevemente la inevitable europeización del derecho administrativo, fruto de las obligaciones derivadas de la pertenencia de España a la UE. Esta europeización consiste en la armonización de las normas legales para la acción administrativa entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros y la de la UE (Assmann, 2003, pp. 40-50). Por consiguiente, el régimen de exportación del patrimonio cultural, en cuanto que se encuentra sujeto a derecho administrativo, se verá afectado por este proceso de armonización.

En ese sentido, y a modo de ejemplificación, cabe destacar legislación europea como el Reglamento (CE) 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales. Este reglamento expresa la línea en la que la UE se ha asentado en lo referente a la exportación de bienes culturales: la defensa de un mercado único, caracterizado por una mayor libertad de comercio que la que encontramos en el régimen de exportación de bienes culturales español. Sin perjuicio de ello, el reglamento también aboga por garantizar el control uniforme de las exportaciones de bienes culturales, y por imponer la obligación de presentar una autorización expedida por el Estado miembro previa a exportar cualquier bien cultural. Por otra parte, destaca por su importancia a estos efectos el artículo 36 del Tratado de Roma (CEE), que permite el establecimiento de excepciones a la libre circulación de bienes que rige entre los estados miembros de la UE cuando se trate de bienes culturales de un valor excepcional para el país (Bergel Sainz de Baranda, 2019). Más recientemente, el Parlamento Europeo ha adoptado el Reglamento (UE) 2021/818, de 20 de mayo de 2021, por el que se establece el Programa Europa Creativa (2021 a 2027) y por el que se deroga el Reglamento (UE) 1295/2013. Este instrumento hace alusión a la importancia que merece la cultura en la sociedad europea, e impone su promoción y defensa

a los Estados miembros y, en su artículo quinto, promueve la circulación transnacional de bienes culturales como medio para fomentar un espacio compartido de diversidad cultural para los pueblos de Europa.

Sin embargo, y consecuencia del principio de autonomía administrativa de los Estados miembros –recogido en el art. 291.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea–, el proceso de europeización del derecho administrativo se ve obstaculizado, pues prima la aplicación indirecta en el caso de, por ejemplo, directivas de la UE, sobre la aplicación directa, lo cual se traduce en esa divergencia normativa en lo que a exportación de bienes se refiere. De ahí que, a pesar de los sucesivos reglamentos –estos sí, de aplicación directa– promulgados en esta materia, que tratan de promover la agilización en el intercambio de bienes culturales, España aún sea más restrictiva que otros Estados miembros como Alemania o Austria.

2.1.1.2. La Constitución española de 1978

En España, el derecho del mercado del arte tiene cabida gracias al rango constitucional del que hacen gala los principales preceptos que sirven de base para su regulación. La Constitución española de 1978 (en adelante, CE) impone a los poderes públicos una función cultural en su artículo 9.2, cuando afirma que «corresponde a los poderes públicos [...] facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», o en su artículo 44, en cuanto que impone a los poderes públicos la promoción del acceso a la cultura –al que todos tienen derecho–. Se podría afirmar, así, que la CE es una constitución cultural, y que la nación española es una nación de cultura (Cambor de Echavare, 2021 pp. 41-94). Así, encontramos en nuestra Constitución la premisa para toda regulación del patrimonio histórico. Y lejos de recibir un tratamiento secundario, la CE incluso criminaliza, en su artículo 46, los atentados contra dicho patrimonio, remitiendo eventuales supuestos de tales características a la sanción de la ley penal.

En cuanto a la exportación del patrimonio cultural, objeto de este trabajo, la CE alude en su artículo 149 –sobre competencias exclusivas del Estado–, apartado 28, a la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación. Es decir, es responsabilidad exclusiva de los poderes públicos el control de la exportación del patrimonio cultural. En suma, la CE se postula como promotora del derecho del mercado del arte, imponiendo las correspondientes obligaciones y derechos a los poderes públicos, criminalizando cualquier atentado contra el patrimonio español, y protegiendo al mismo del expolio y de exportaciones injustificadas.

2.1.1.3. La Ley del patrimonio histórico español

La LPHE, desarrollada por Real Decreto de 1986, entró en vigor en julio de 1985, y es el principal instrumento normativo con el que contamos para la codificación del derecho del mercado del arte. Su redacción tiene como objetivo cumplimentar el mandato constitucio-

nal, plasmado en los artículos 44, 46 y 149 de la CE, que impone a los poderes públicos la protección y el enriquecimiento de los bienes que integran el patrimonio histórico español¹. Su antecedente más inmediato se encuentra en la Ley de 13 de mayo de 1933, del patrimonio histórico-artístico nacional, y la LPHE pretende subsanar los errores que había y que no logró subsanar la entrada en vigor de la ley del 33. Asimismo, busca aunar el creciente interés por esta materia por parte de la comunidad internacional, con las convenciones y recomendaciones que España ha venido suscribiendo al respecto. También resulta bastante relevante la vocación de generalidad de la LPHE, que busca proteger los bienes de cualquier propietario o poseedor, y no tan solo los «bienes de la Corona», como se había venido haciendo hasta entonces (Páez Escámez, 2019).

Es conveniente destacar aquí que actualmente hay sobre la mesa un proyecto que pretende modificar esta ley y, entre otros aspectos, ampliar la definición de patrimonio histórico español, garantizar su conservación, y adaptar la LPHE a las exigencias del Reglamento (CE 116/2009), del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales², mencionado en apartados anteriores (El Cultural, 22 de junio de 2021).

La LPHE busca así proteger y fomentar la cultura material, de acuerdo con su artículo primero, si bien las medidas de protección en ella contenidas no son de uniforme aplicación a todos los bienes integrantes del patrimonio cultural español. Por el contrario, la ley establece distintos niveles de protección que se corresponden con diferentes categorías legales, siendo la más genérica la de patrimonio histórico español, y en torno a la cual se estructuran las medidas esenciales de la ley y se precisan las técnicas de intervención que son competencia de la Administración del Estado –defensa contra la exportación ilícita y frente a la expoliación–.

2.1.2. Concepto de patrimonio histórico español

Si partimos de la premisa de que la LPHE estructura sus medidas esenciales y técnicas de intervención administrativa en torno al concepto genérico de patrimonio histórico español, resulta cuando menos prioritario delimitar lo que este concepto abarca. De acuerdo con el artículo primero, apartado segundo de la LPHE, el patrimonio histórico español abarca los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico-

¹ Durante su ponencia «Régimen Jurídico del Patrimonio Histórico», perteneciente al seminario *Protección Jurídica del Patrimonio Cultural Español*, organizado por el Instituto del Patrimonio Cultural en España en octubre de 2019, Raúl Páez Escámez, magistrado del TSJ de Andalucía, explica que este objetivo de protección consigue fomentar la cultura y permitir, a su vez, que la ciudadanía tenga acceso a la misma.

² Resulta llamativo que, siendo el reglamento de 2008, y en su condición de reglamento, de eficacia directa, no se haya modificado la LPHE para incluir sus contenidos hasta por lo menos 2022 –con el efecto único de hacerlo constar en la normativa española pues, por su efecto directo, el reglamento ya se aplicaba en España aun sin haber sido transpuesto–.

co, etnográfico, científico o técnico. Asimismo, tienen cabida el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico. Por último, la ley indica que también integra el patrimonio histórico español el patrimonio cultural inmaterial.

Se trata, por tanto, de una enumeración en sentido estricto, y no de una definición como tal. Así, cabe rechazar aquello que no queda recogido en este artículo como no integrante del patrimonio histórico español y, por lo tanto, no sujeto a ese régimen de intervención administrativa al que se hace mención en el apartado anterior. Adicionalmente, el concepto de patrimonio histórico español no hace referencia, como en el caso del patrimonio privado de un individuo, a un conjunto de derechos asociados al mismo, sino a un conjunto de bienes que por su interés cultural son susceptibles de integrar el patrimonio histórico: los bienes culturales.

Ahora bien, sin perjuicio de la enumeración que expone el artículo 1.2 de la LPHE, habrá que determinar cuándo esos bienes pueden ser categorizados como «españoles». Según su origen, en principio serán bienes españoles si su autor también lo fue o si fueron creados en territorio español. También lo serán si poseen una vinculación con la historia y la cultura española. Finalmente, podrán ser españoles por su destino, es decir, obras realizadas por encargo (Acedo Grande, 2019). Esto implica que a la hora de determinar si un bien pertenece al patrimonio histórico español, *a priori* resulta indiferente su ubicación geográfica. A modo de inciso, tampoco importa, a efectos de su categorización como pertenecientes al patrimonio histórico, la titularidad de los bienes culturales, por lo que esta puede ser tanto pública como privada (Cambor de Echanove, 2021, p. 55). No obstante, no a todos esos bienes se les aplicará el régimen de la LPHE, ya que la ley española se aplica con base en el principio de territorialidad³. En cuanto al tiempo de permanencia de los bienes en territorio español, en principio la normativa y la jurisprudencia indican que no hay un tiempo mínimo de permanencia –por ejemplo, en la STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2004, sobre el caso Colección numismática, se avaló esta idea–, si bien hay especialidades en el caso de las importaciones.

Por otra parte, y para mayor claridad, conviene resaltar que, si bien el término patrimonio cultural incluye un más amplio repertorio de bienes, mientras que patrimonio histórico se limita a los bienes enumerados por el artículo 1.2 de la LPHE, el uso de ambos términos es indistinto para la doctrina jurídica, ya que el legislador se refiere a ellos –y también al

³ Es precisamente este principio el que da pie al proceso judicial en el caso *Reino de España vs. Odyssey Explorer*, que surge a raíz del hallazgo de un buque perteneciente a la Armada Española –y por lo tanto territorio español de acuerdo con la ley y susceptible de la aplicación de la LPHE–, que contenía una serie de monedas catalogadas como patrimonio histórico español por sus características. Frente a ello, Odyssey Explorer alegó el abandono del buque por parte del Reino de España. A modo de inciso, Perú también trató de tomar cartas en el asunto, ya que alegó que el oro con el que se forjaron las monedas pertenecía al territorio de Perú, lo cual fue desestimado por cuanto Perú como tal no existía cuando el buque, Nuestra Señora de las Mercedes, salió de un puerto español con destino a otro puerto español.

concepto de patrimonio artístico– para designar la misma realidad (Cambor de Echanove, 2021, p. 45). Es más, la tradición legislativa española solía referirse mayoritariamente a un patrimonio artístico o histórico-artístico (Acedo Grande, 2019), y la relevancia que finalmente se le dio al término patrimonio histórico fue incluso criticada⁴.

2.1.2.1. Los bienes culturales

En lo que a circulación de patrimonio histórico se refiere, los textos normativos nacionales e internacionales no emplean una terminología uniforme respecto de los bienes que circulan, y al referirnos al mercado del arte parece a primera vista evidente que su objeto son obras de arte. Esto genera cierta confusión, ya que el concepto de obra de arte no es lo suficientemente amplio como para incluir a todos los bienes susceptibles de circular en el mercado del arte, por cuanto los objetos que se exportan y se importan no son necesariamente artísticos. Sí es lo suficientemente amplio, en cambio, el término bien cultural (Pérez-Prat Durbán y Ramos Prieto, 2015, pp. 201-202).

Los bienes culturales son aquellos que, precisamente por su interés cultural, son susceptibles de integrar el patrimonio histórico español. Martín Rebollo (1999) los definió como el conjunto de bienes que merecen protección por sus implícitos valores culturales. Este elemento de *culturalidad* lleva a que el concepto de bien cultural resulte un tanto indeterminado, pues la *culturalidad* de un bien es un elemento inmaterial. Además, resulta controvertido en cuanto que la LPHE no establece los criterios que se deben seguir para calificar a un bien como cultural, sino que esta tarea corresponde a órganos técnica y profesionalmente especializados (Bergel Sainz de Baranda, 2010, p. 366), que la llevan a cabo en asistencia a la Administración. En consecuencia, y dependiendo de la valoración que reciba cada bien, podrá clasificarse en una de las siguientes categorías: bien de interés cultural (en adelante, BIC), bien de inventario general (en adelante, BIG) y bien de categoría genérica (en adelante, BCG).

a) Los bienes de interés cultural

Los BIC constituyen aquellos bienes cuyo valor es de gran relevancia para el patrimonio histórico español. Se hallan regulados en los artículos 9 a 13 de la LPHE. Estos gozarán de un especial régimen de protección y tutela. Tan solo pueden ser declarados BIC por ministerio de la ley o por real decreto. En este último caso, se requiere la previa incoación

⁴ Durante su ponencia «El concepto de Patrimonio Histórico», parte del seminario *Protección Jurídica del Patrimonio Cultural Español*, organizado por el Instituto del Patrimonio Cultural de España en octubre de 2019, Carmen Acedo, abogado del Estado, plantea la siguiente cuestión: «La ciudad de Trujillo, ¿es un conjunto histórico o artístico? [...] Breda, ¿se le conoce más por la batalla, o por el cuadro que representa esa rendición?». De esta manera, se explica el sentido de la utilización de los términos patrimonio artístico o histórico-artístico, ya que no en todos los casos es sencillo separar lo artístico de lo histórico.

y tramitación de un expediente administrativo por el organismo competente. La competencia para declarar BIC la ostentan las comunidades autónomas desde 1991 y, si bien el proceso es el mismo, la denominación puede variar en función de la comunidad autónoma (Gobierno de España, 2022a).

Pueden ser declarados BIC tanto bienes muebles como inmuebles, pero, salvo autorización expresa o adquisición por la Administración, no podrá serlo la obra de un autor vivo. Desde el momento en que un BIC es declarado como tal, se impone a sus propietarios una serie de obligaciones y limitaciones. Sin embargo, se busca compensar esta desventaja a través de medidas fiscales favorables (Bergel Sainz de Baranda, 2020, p. 51).

b) Los bienes de inventario general

En esta categoría se subsumen los bienes que, si bien no alcanzan la importancia suficiente como para ser declarados BIC, tienen un elemento de singular relevancia, o notable valor histórico, artístico, arqueológico, científico, técnico o cultural, de acuerdo con el artículo 26 de la LPHE, lo cual implica que deben ser incluidos en el inventario general. En este caso, únicamente pueden ser inventariados los bienes muebles.

El inventario general tiene su razón de ser en la declarada necesidad de la Administración de conocer la riqueza del patrimonio mueble y establecer medidas para su protección. Sin embargo, estos bienes son de difícil catalogación cuando son de propiedad privada, ya que la categorización de un bien como BIG también implica limitaciones a su propiedad, como puede ser el requisito de pedir autorización a la Administración para su exportación (Bergel Sainz de Baranda, 2020 p. 52).

c) Los bienes de categoría genérica

En esta categoría encontramos aquellos bienes que, sin ser BIC ni estar inventariados, sí que presentan alguna de las características redactadas en el artículo 1.2 de la LPHE (Bergel Sainz de Baranda, 2020 p. 50). En lo que a esta categoría de bienes respecta, no hay ningún tipo de regulación específica o especial.

2.1.2.2. La propiedad privada de los bienes culturales

El derecho a la propiedad privada viene consagrado en la CE, concretamente en su artículo 33.1 –«se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia»–. El artículo 53.1, por otro lado, establece que las leyes regularán el ejercicio de la propiedad privada, con respeto siempre a su contenido esencial, mientras que el artículo 33.2 dicta que la función social del derecho a la propiedad privada será la que delimite ese contenido. En ese sentido, la propiedad de los bienes culturales puede ser tanto de titularidad pública como privada.

No obstante, en caso de ser un bien cultural de propiedad privada, el ejercicio de la misma podrá verse afectado por gravámenes impuestos por la Administración –como la obligación de cuidado y conservación–. Esto se debe a que los bienes culturales son objeto de intervención, y como delatan los preceptos de la LPHE, la Administración en efecto interviene en esa propiedad privada cuando, legitimada por el mandato constitucional de protección y promoción del patrimonio histórico, limita la circulación de los bienes culturales, por ejemplo.

En la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/1987, de 26 de marzo, con el objetivo de dar interpretación al artículo 33 de la CE, se concluyó que no cabe hablar de un solo derecho a la propiedad, sino de diferentes tipos de propiedad. De esta manera, la regulación de cada tipo está supeditada a la naturaleza de los bienes sobre los que recae el derecho. En cualquier caso, sin embargo, la limitación al derecho de propiedad debe respetar, como ha sido indicado, el núcleo esencial del derecho –delimitado este por su función social–. En el caso de los bienes que integran el patrimonio histórico español, su función social es la que establece la LPHE en cumplimiento del artículo 44 de la CE, y esta no es más que su disfrute o acceso público. A ojos del Tribunal Constitucional, esta es motivación suficiente para justificar la intervención pública en el régimen jurídico de los bienes culturales de propiedad privada⁵.

Por añadidura, la LPHE regula varios derechos de propiedad, pues habrá que atender tanto a la naturaleza de los bienes sobre los que recae el derecho, como a la categoría de bien cultural de se trate –BIC, BIG o BCG–, como a la condición de su titular (Cambor de Echanove, 2021 p. 85). Es importante resaltar, de todos modos, que hay tanto sentencias del Tribunal Supremo como informes de la Abogacía General del Estado que nos indican que la inclusión de un bien cultural de titularidad privada en una de las categorías de bienes culturales no constituye estrictamente un gravamen, por cuanto se busca compensar las limitaciones a la propiedad que dicha categorización conlleva mediante beneficios fiscales. Es decir, la categorización de un bien como BIC, BIC o BCG no es necesariamente una desventaja, sino que puede suponer incluso una ventaja.

En suma, el derecho de propiedad privada no es un derecho absoluto, sino que se supedita al cumplimiento de su función social y, en consecuencia, cualquier propietario deberá someterse al acceso público a los bienes culturales de los que sea titular, sin que su dominio sobre esos bienes pueda suponer limitación alguna a ese acceso público (González Zorzano, 2015, p. 34).

2.1.2.3. Limitaciones al derecho de uso y disfrute de los bienes culturales

Sentada la justificación que sirve de base para la intervención administrativa en la propiedad privada de los bienes culturales, es necesario dedicar las siguientes líneas a

⁵ STC núm. 122/2014, de 17 de julio.

mencionar muy brevemente las limitaciones al derecho de uso y disfrute de los bienes culturales. Estas serán de vital relevancia a la hora de examinar los dilemas que emanan de la intervención de la Administración en el régimen de exportación del patrimonio histórico español.

En primer lugar, existen una serie de obligaciones que se imponen exclusivamente a propietarios de BCG. Los propietarios o poseedores de BCG soportarán, por la menor relevancia de estos bienes, menos limitaciones y obligaciones sobre el dominio de sus bienes que propietarios o poseedores de BIC o BIG. El incumplimiento de las obligaciones que acarrea el ser titular de un bien cultural, salvo en el caso de constituir delito, conllevará una multa del tanto al cuádruplo del valor del daño causado, conforme al artículo 76.2 de la LPHE. Entre estas obligaciones encontramos la obligación de manutención, conservación y custodia y la obligación de permitir el examen del bien cultural. A continuación, encontramos obligaciones que son comunes a los BIC y BIG: obligaciones como la de manutención, conservación y custodia, la obligación de solicitar permiso para cambios en el uso del bien, o la obligación de comunicación cuando se pretenda enajenar el bien. Por último, hay obligaciones inherentes, por un lado, a los BIC –encontramos, por ejemplo, la obligación de soportar la visita pública a los bienes–, y por otro, a los BIG –como la obligación de préstamo a exposiciones temporales–.

Como se puede observar, la obligación de manutención, conservación y custodia es característica de cualquiera de los tipos de bien cultural. Esta obligación se extrae del artículo 36.1 de la LPHE. Surge una problemática en cuanto que no hay una definición legal del término conservación. En defecto de una definición, podríamos equiparar «conservación» con la actuación diligente del buen padre de familia que se desprende del Código Civil (en adelante, CC). Destaca la importancia de esta obligación a efectos del presente trabajo, pues cualquier coste derivado de esta actividad corre de cuenta del obligado. Todo ello implica una carga económica, es decir, una imposición adicional más allá de la propia limitación sobre la propiedad del bien de que se trate, lo cual, como se verá más adelante, tiene relación directa con las implicaciones de la denegación o concesión de permisos de exportación de bienes culturales a sus propietarios.

3. La intervención de la Administración en relación con la exportación del patrimonio histórico español

En la introducción que encabeza este trabajo, se hace una breve alusión a los conceptos de nacionalismo cultural e internacionalismo cultural como aquellos principios que pueden explicar por qué unas naciones presentan una mayor disposición a exportar bienes culturales frente a otras que son más restrictivas. El nacionalismo cultural vincula una serie de bienes al patrimonio cultural de un territorio específico y favorece la permanencia de los bienes dentro de ese territorio, mientras que el internacionalismo cultural prioriza la mejor

conservación del bien y su mayor exposición al público sobre su permanencia en un territorio concreto. De ello surge la siguiente dicotomía: ¿tendrá mayor sentido que los bienes culturales expresen la identidad de un grupo o nación, permaneciendo en esta, o que esos bienes sean parte de un patrimonio de la humanidad al que todos podamos tener acceso? (Cambolor de Echanove, 2021, p. 232). Esta dicotomía está presente en el mercado global del arte, y cada Estado la afronta de acuerdo con sus prioridades. Naciones con menor patrimonio, pero mayor capacidad económica, tendrán una mayor presencia en el mercado del arte, promoviendo su agilización, y naciones con mayor patrimonio, pero no necesariamente pujantes en lo económico, optarán por el conservacionismo –siendo el primer caso el de los países de mercado, y el segundo el de los países de origen o fuente–.

España es, en materia de exportación de bienes culturales, un estado de origen, que cuenta con un amplio patrimonio histórico, pero que ha optado por un mayor conservadurismo que sus competidores –lo cual no quiere decir que, necesariamente, España sea una nación extremadamente interventora en lo que al mercado del arte se refiere, sino que, en relación con otros Estados, lo es en mayor proporción–. Esto trae consigo una serie de dilemas en cuanto que los derechos de poseedores y propietarios se ven afectados. Para poder examinar dichas cuestiones, es preciso conocer primero en qué consiste exactamente el régimen de exportación de bienes culturales en España, así como otras maneras en las que la Administración interviene en el mercado del arte, directamente relacionadas con el régimen de exportación y los dilemas que este suscita.

3.1. El régimen de exportación de bienes culturales

3.1.1. Cuál es el régimen jurídico aplicable a la exportación de bienes culturales y qué se debe entender por exportación a efectos de la Ley del patrimonio histórico

Por un lado, podemos encontrar la regulación de las exportaciones de bienes culturales en la LPHE, en sus artículos 5, 29, 30, 32 y 76.1h), y desarrollada por medio del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la LPHE (en adelante, RPHE), en sus artículos 45 a 57 y disposición adicional segunda. En el caso de exportaciones a países fuera de la UE, se ha de tener en cuenta el Reglamento (CE) 116/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales, que establece un control uniforme de exportaciones para todos los países miembros (Bergel Sainz de Baranda, 2019) –este texto normativo establece un sistema de rangos de antigüedad o valor–⁶. Por último, es destacable su regulación penal a través de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre,

⁶ Según el sistema de rangos de antigüedad y valor, dependiendo de la antigüedad del bien que se quiera exportar, y del valor económico que se le estime, requerirá o no de una licencia de exportación.

de represión de contrabando, en sus artículos 2, 3, 5, 11 y 12, ya que, como la CE manda, cualquier atentado contra el patrimonio histórico será sancionado por medio de la ley penal.

Por otro lado, se debe concretar qué se entiende, en el marco del mercado del arte, por exportación. El artículo 5.1 de la LPHE dicta que exportación es la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el patrimonio histórico español. Es decir, cualquiera de los bienes enumerados en el artículo 1.2 de la misma ley, que salga de territorio español, ya sea a países miembros de la UE o a terceros países, será objeto de exportación. Además, hay tres tipos de exportación⁷: temporal, definitiva y temporal con posibilidad de venta (Bergel Sainz de Baranda, 2019). Cabe reiterar aquí la importancia del artículo 36 del Tratado de Roma (CEE) sobre la exportación de bienes culturales a Estados miembros: este tratado permite excepciones a la libre circulación de mercancías en el caso de bienes culturales, bajo la condición de que estos posean un valor excepcional para el país que limite su circulación.

3.1.2. Bienes susceptibles y no susceptibles de exportación

Distinguimos entre bienes cuya exportación está prohibida, y bienes cuya exportación requiere la solicitud de una autorización por parte de la Administración. En cualquiera de los casos, y *ex* artículo 29 de la LPHE, si la *inexportabilidad* del bien o el requerimiento de autorización se incumplen, el bien cultural objeto de exportación ilícita pasará a ser de titularidad estatal con carácter inmediato, sumando a ello las consecuencias penales que la ley penal indique.

3.1.2.1. Bienes cuya exportación está prohibida

Como norma general, son inexportables los bienes que han sido declarados BIC, debido a que son los más relevantes para el patrimonio histórico, según el artículo 5.3 de la LPHE. También son inexportables aquellos bienes sobre los que, sin pertenecer todavía a la categoría de BIC, se ha incoado expediente para ser declarados como BIC. No obstante, esta prohibición se establece tan solo para exportaciones definitivas, por lo que los BIC sí podrán ser exportados temporalmente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la LPHE.

Además, no podrán ser exportados aquellos bienes que, siendo parte del patrimonio histórico español, han sido declarados como inexportables de manera expresa. Esta declaración de inexportabilidad es un trámite previo a la incoación de expediente para incluir al

⁷ De entre estos tipos, los que más preocupan a la Administración son el definitivo y el temporal con posibilidad de venta, ya que pueden suponer que el bien no regrese a España. Por ello, los criterios a valorar a la hora de conceder o no el permiso de exportación serán menos severos en el caso de la exportación temporal, en la que lo más preocupante será que el bien regrese en el mismo estado en el que se exportó.

bien que ha sido declarado inexportable dentro de una de las categorías de protección de la LPHE –la Administración la podrá dictar aun cuando no exista solicitud de exportación alguna–. No hay un plazo máximo para la declaración de inexportabilidad, lo que implica un cierto grado de inseguridad jurídica, quedando el bien a la espera de su declaración como perteneciente a una de las categorías de protección, mientras que no es posible su puesta en circulación (Cambor de Echanove, 2021, p. 236). De cualquier modo, hay excepciones a la declaración de inexportabilidad de un bien: primero, el artículo 31 de la LPHE permite la salida temporal de los bienes culturales, incluidos los declarados inexportables, bajo autorización administrativa; segundo, el artículo 34 de la misma ley autoriza la permuta con otros Estados de bienes muebles del patrimonio histórico que sean de titularidad estatal.

3.1.2.2. Bienes sujetos a autorización de exportación

Se requiere solicitar una autorización de exportación en el caso de bienes categorizados como BIG –o con expediente incoado para su declaración como tales–, bienes con más de 100 años de antigüedad, y aquellos que hayan sido importados lícitamente en los 10 años anteriores a la solicitud de exportación (Cambor de Echanove, 2021, p. 240).

3.1.3. El proceso por el cual se solicita el permiso de exportación

Aquí entra en juego el RPHE –arts. 46 y siguientes–, que desarrolla la LPHE. En España, la solicitud del certificado de exportación podrá realizarse mediante la página web del Ministerio de Cultura, o telemáticamente⁸. El órgano competente para tramitar y resolver el expediente es el Ministerio de Cultura (Bergel Sainz de Baranda, 2020. p. 77), salvo en el caso de comunidades autónomas que ostenten dicha competencia⁹. Dentro del ministerio, corresponderá a la Dirección General de Bellas Artes y Patrimonio Cultural, teniendo siempre en cuenta el dictamen de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico.

La solicitud de exportación debe contener los datos siguientes: el título jurídico del solicitante, compromiso de permitir el examen o depósito del bien, una declaración del valor del bien, lugar donde se encuentra el bien, e identificación del bien clasificado o no clasificado (Bergel Sainz de Baranda, 2020. p. 78-81).

⁸ De acuerdo con lo afirmado por Yolanda Bergel en su ponencia «Exportación de obras de arte», parte del seminario *Protección Jurídica del Patrimonio Cultural Español*, organizado por el Instituto del Patrimonio Cultural de España en octubre de 2019, esto supone una novedad frente a otros Estados miembros de la UE, que no ofrecen la vía de la página web.

⁹ No obstante, la decisión última corresponderá siempre al Ministerio de Cultura, habida cuenta de que el Estado ostenta la competencia de defensa del patrimonio cultural en exclusiva.

3.1.3.1. Sobre la Junta de Valoración, Calificación y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico, y los criterios de valoración que emplea

La Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico, regulada por medio de los artículos 7 a 9 del RPHE, es un órgano consultivo y colegiado, dependiente de la Dirección General de Patrimonio Cultural y Bellas Artes. Sus funciones incluyen analizar y emitir propuesta sobre: solicitudes de exportación de bienes culturales protegidos, solicitudes de importación de bienes culturales protegidos y adquisición de bienes culturales por parte del Estado –los cuales se funden en la colección de museos, archivos y bibliotecas estatales–. En ella se encuentra integrada la Comisión de Valoración. Está regulada por el artículo 9.4 del real decreto mencionado. La Comisión de Valoración, por su parte, tiene la función de: valorar bienes entregados al Estado como pago de deudas tributarias, realizar estimaciones para aplicar medidas de fomento para financiar obras de conservación, mantenimiento y rehabilitación, y realizar valoraciones para la aplicación de esas mismas medidas (Gobierno de España, 2022b).

Los criterios que la junta debe seguir a la hora de determinar si se concede o no el permiso de exportación de un bien no se encuentran recogidos ni por la LPHE ni por ninguna otra norma relacionada. Por ello, los criterios que podemos sistematizar son aquellos que se han ido extrayendo de las distintas decisiones que se han tomado en los casos que han llegado a los tribunales. Así, contamos con el siguiente repertorio de criterios de valoración: la importancia del autor, la calidad de la obra, la rareza de la obra, la época en la que la obra fue creada, el periodo creativo, la relación de la obra con alguna colección española, la posibilidad de completar colecciones, la relación de la obra con la historia de España... (Bergel Sainz de Baranda, 2020. pp. 116-125). Son irrelevantes, sin embargo, a efectos de conceder el permiso de exportación, criterios como, entre otros, el valor económico de la obra, el origen extranjero de la obra o de su autor, la importancia de la obra para el estudio, o el interés de otro país por la obra.

3.1.3.2. Participación del solicitante en el procedimiento

Ni la LPHE ni la RPHE hacen alusión a la posibilidad de que los interesados formulen alegaciones; tampoco al trámite de audiencia a los interesados. Es por ello por lo que resulta de aplicación el régimen previsto para el procedimiento administrativo común. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante, LPAC) indica, en su artículo 76.1, que los interesados podrán formular alegaciones en cualquier momento previo al trámite de audiencia. Por su parte, el artículo 82 de la LPAC insta a que, instruidos los procedimientos, se pondrá de manifiesto a los interesados para que, en el plazo de 10 días, formulen alegaciones y presenten los documentos y justificaciones convenientes.

En el proceso de exportación de bienes culturales, ese momento debiera tener lugar una vez realizado el informe de la Junta de Calificación. Pero, por el contrario, esto no sucede,

y la Dirección General de Bellas Artes resuelve la solicitud directamente, una vez visto el informe (Cambolor de Echanove, 2021, p. 248).

3.1.4. Resolución de la solicitud y efectos de la autorización o denegación de la exportación

La Administración puede, en respuesta a la solicitud del permiso de exportación, concederlo, denegarlo, o denegarlo a la vez que adquiere el bien, aceptando la oferta de venta irrevocable a la que se refiere el artículo 48 del RPHE. Dicha resolución debe tener lugar en el plazo de tres meses desde la fecha en que la Administración recibió la solicitud de exportación. A tenor del artículo 49 de la RPHE, el silencio de la Administración será positivo. Es decir, en el caso de que la Administración no resuelva en ese plazo de tres meses, el interesado podrá interpretar concedida la autorización de exportación. No obstante, para que el silencio positivo produzca efectos, el interesado deberá solicitar a la Administración, en el plazo de un año, un informe que declare que la Administración no resolvió en plazo (Bergel Sainz de Baranda, 2019).

En el caso de que la Dirección General de Bellas Artes conceda al interesado el permiso de exportación, de acuerdo con el artículo 30 de la LPHE, este deberá pagar unas tasas de exportación cuando la exportación sea a un país no perteneciente a la UE¹⁰. Estas tasas se interpretan como una medida disuasoria, mediante la cual se penaliza la exportación de bienes culturales. El Ministerio de Cultura puede, por el contrario, denegar el permiso de exportación, lo cual acarrea la consecuencia evidente de inexportabilidad. Esta resolución, en el caso de no llevar aparejada la compra del bien por parte de la Administración, podría interpretarse como una vulneración del principio de proporcionalidad y de los contenidos esenciales del derecho a la propiedad privada del artículo 33 de la CE. En este caso, se podría exigir responsabilidad patrimonial a la Administración, en virtud de los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP) (Cambolor de Echanove, 2021, pp. 264 y ss.). Por último, la Dirección General de Bellas Artes podrá denegar la solicitud a la vez que lo adquiere.

3.1.4.1. La «adquisición preferente» de la Administración

Entre los datos que debe incluir el interesado al presentar la solicitud de exportación se encuentra una valoración del bien que se pretende exportar. Dicha valoración constituye una oferta de venta irrevocable a la Administración, la cual podrá aceptar en el plazo de seis meses desde que denegó el permiso de exportación, ex artículo 33 de la LPHE. Doc-

¹⁰ Existen una serie de excepciones al pago de la tasa de exportación previstas en la LPHE.

trinalmente, esta oferta se ha interpretado como una suerte de adquisición preferente de la que dispone la Administración. La diferencia en este caso es que, por un lado, la petición de exportación no va necesariamente ligada a la posterior venta del bien, y, por otro lado, la Administración puede no aceptar esta oferta, decisión que toma con absoluta discrecionalidad y teniendo en cuenta el informe de la Junta de Calificación. Esta oferta es irrevocable, por lo que, una vez presentada la solicitud de exportación, el interesado no podrá desistir del procedimiento. En caso de aceptarla, la Administración dispone del plazo de un año para realizar el pago (Cambolor de Echanove, 2021, pp. 263-265).

4. Aplicación del régimen de exportación y los dilemas que suscita

4.1. El régimen de exportación a la luz del caso de las cartas de Colón

Con el fin de visualizar el régimen de exportación de bienes culturales, y afinar así su entendimiento, se procede a continuación a aplicar dicho régimen a un caso que refleja de manera clara las disyuntivas que se pretenden abordar en este trabajo. Son bastantes los casos que podrían emplearse a esos efectos. Por ejemplo, encontramos que el asunto alrededor del Picasso *Busto de mujer joven*¹¹ –también conocido como caso Botín¹², aborda el régimen de exportación de bienes culturales, si bien entra de lleno en cuestiones de exportaciones ilegales y contrabando (Koch, 22 de septiembre de 2021), lo cual no es objeto del presente trabajo.

En cambio, sí atañe por completo a la cuestión que se pretende analizar el caso de las cartas de Colón. Este se refiere a la solicitud de permiso de exportación, por parte de la Fundación Casa de Alba (en adelante, FCA), de una carta que escribió Cristóbal Colón a su hijo fechada en 1498 y valorada en 21 millones de euros. La FCA –que estaba representada por la casa de subastas Christie’s– tenía la intención de subastar la carta en Londres, ya que esta formaba parte de una colección de cartas firmadas por Colón, pero la FCA en-

¹¹ STS núm. 755/2021, de 4 de marzo.

¹² En 2012 se solicitó permiso de exportación definitiva del Picasso, que se encontraba en Madrid, y que constaba como propiedad de Jaime Botín. El permiso fue denegado por el Ministerio de Cultura –si bien Botín sacó el Picasso de territorio español– y, a sugerencia de la Junta de Calificación, se inicia el proceso para declararlo bien de interés cultural, evitando así una potencial exportación futura. La decisión fue recurrida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y posteriormente ante el Tribunal Supremo. Finalmente, y mediante STS, Botín fue condenado al pago de una cuantiosa multa por delito de contrabando en 2021, ya que el Tribunal Supremo entendió que la obra había sido extraída de manera ilegal del territorio español.

tendió que su relevancia era menor que la de las demás, siendo que estaba separada en el tiempo de aquellas. La solicitud fue denegada al tiempo que se abrió procedimiento para declarar la carta bien de interés cultural (TeleMadrid, 10 de marzo de 2015). La FCA, una vez la solicitud hubo sido denegada, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ministerio de Cultura ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, el cual fue desestimado por la sala en febrero de 2015¹³. A continuación, se procede a aplicar, paso por paso, el régimen de exportación de bienes culturales al caso cartas de Colón, y el proceso ordinario en que derivó dicho régimen.

4.1.1. Aplicación del régimen de exportación

4.1.1.1. Sobre la naturaleza jurídica de la carta

De acuerdo con el artículo 1.2 de la LPHE, forman parte del patrimonio histórico, entre otros, el patrimonio documental con valor histórico, como es el caso de la carta objeto del asunto en cuestión. Además, en este caso se trata de patrimonio «español», por la vinculación del bien con la historia y cultura españolas, en cuanto que la carta pertenece a las enviadas por Colón, personaje indudablemente ligado a la historia de España. Se trata –o se trataba al inicio del procedimiento– de un bien cultural, por su implícito elemento de *culturalidad*, y de titularidad privada, en cuanto que pertenecía a la FCA en el momento de la solicitud del permiso de exportación. Como tal, el bien queda sujeto al régimen de exportación previsto en la LPHE, y a la solicitud de exportación correspondiente, pues se trata de un bien con más de 100 años de antigüedad¹⁴ –fechado en 1498–. No constaba, en el momento de la solicitud, ninguna declaración de inexportabilidad de la carta, y tampoco era BIC, por lo que era susceptible de exportación.

4.1.1.2. La solicitud de exportación

El 10 de octubre de 2013, el secretario de la FCA presentó solicitud de exportación ante el Ministerio de Cultura, en la que se incluía la documentación exigida por ley¹⁵, junto con un informe de la casa de subastas Christie's, que da cuenta del contenido individualizado de la carta –con respecto del resto de cartas de Colón de las que es titular la FCA–, lo cual implica una menor relevancia de la misma a efectos del patrimonio histórico español. Asimismo, se indicaba que el contenido de la carta era de naturaleza personal y no oficial.

¹³ STSJ de Madrid núm. 696/2015, de 11 de febrero.

¹⁴ Como ha quedado plasmado con anterioridad, los bienes culturales con más de 100 años de antigüedad están sujetos a autorización para su exportación.

¹⁵ Como hemos visto, lugar en el que se ubica, valoración –21 millones de euros en este caso–, identificación del bien, compromiso de permitir su examen...

4.1.1.3. La Junta de Calificación y la resolución de la solicitud

Como prevé el régimen de exportación de bienes culturales, corresponde a la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales la resolución de la solicitud en un sentido u otro, previo informe de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico, en el plazo de tres meses desde que se recibió la solicitud. En caso de no resolver en plazo, el silencio administrativo tendría un sentido positivo, ex artículo 49 del RPHE.

En cuanto al informe de la Junta de Calificación, este fue emitido el 6 de noviembre de 2013, proponiendo la denegación de la solicitud, en cuanto que se consideró que la carta tenía gran relevancia a ojos del patrimonio documental español, habida cuenta de la importancia de Colón en la historia de España y de que formaba parte de una colección más amplia de cartas¹⁶. La junta solicitó, adicionalmente, un informe al Archivo General de Indias en el que se hicieran constar las motivaciones históricas, artísticas y técnicas que habían llevado a la adopción del acuerdo. En dicho informe se plasmó que la carta fue una de las primeras cartas que se conservan de Colón.

El 8 de noviembre de 2013 –dentro del plazo de tres meses mencionado– se acordó la denegación de la solicitud del permiso de exportación, con base en el artículo 48 del RPHE. Junto con el acuerdo de denegación de la solicitud, no se incorporó la aceptación de venta irrevocable, sino que la carta permanecería bajo la titularidad privada de la FCA. Sí que se requirió la instrucción de expediente para declarar la carta como bien de interés cultural. Dicha declaración implicaría que la carta sería, desde la instrucción del expediente, directamente inexportable, salvo para casos de exportación temporal, según lo dispuesto por el artículo 11.1 de la LPHE.

4.1.2. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: procedimiento ordinario 245/2014

La FCA, una vez denegada su solicitud de permiso de exportación, presentó recurso de alzada contra la decisión administrativa y, el día 14 de enero de 2014, este recurso fue resuelto; el Secretario General Técnico del Ministerio de Cultura rechazó las alegaciones de la fundación. Contra esta resolución, la FCA interpuso, en 2014, recurso contencioso-administrativo –núm. 245/2014–. Finalmente, el 11 de febrero de 2015, el tribunal desestimó el recurso contencioso-administrativo, declarando la conformidad de las resoluciones recurridas con el ordenamiento jurídico.

¹⁶ De sistematización jurisprudencial, los criterios empleados por la Junta de Calificación incluyen, entre otros, la relevancia del autor y la posibilidad de que esa obra complete o forme parte de colecciones.

4.1.2.1. Las alegaciones de la Fundación Casa de Alba

Por un lado, la fundación alegó que, a consecuencia de su obligación de conservación, manutención y custodia de los bienes culturales, necesitaba fondos, ya que nunca había recibido financiación pública y que el valor estimado de la carta –21 millones de euros– podría ayudar a la conservación del patrimonio histórico español del que la FCA es titular. La elección de la carta objeto de este caso se debía a su menor relevancia con respecto del resto de bienes integrantes del patrimonio de la fundación, dada su naturaleza aislada –en este caso, respecto del resto de cartas de Colón–.

Además, la FCA se refirió a una infracción del artículo 33 de la CE –derecho a la propiedad privada–, ya que la finalidad de la venta de la carta no era sino financiar una entidad sin ánimo de lucro con fines de interés general y culturales, por lo que la función social del derecho a la propiedad privada quedaba desdibujada por la imposibilidad de exportar y, por tanto, su contenido esencial vulnerado. Por otro lado, se alegó desviación de poder por parte de la Administración, al vulnerar el principio de proporcionalidad, habida cuenta del grave perjuicio económico que la denegación de exportación causó a la FCA.

También se entendió infringido el principio de libre circulación previsto en el Tratado Constitutivo de la UE, que la FCA entendió debía prevalecer en cuanto que la exportación se pretendía realizar a otro país miembro. Por último, la FCA alegó que la denegación de la solicitud de exportación estaba supeditada a informes que se habían solicitado a órganos dependientes de la propia Administración –Junta de Calificación y Archivo General de Indias–, lo cual llevaba a la indefensión y vulneración del artículo 24 de la CE.

4.2. La problemática de la intervención administrativa en la exportación de bienes culturales

El régimen de exportación de bienes culturales presenta, como consecuencia ineludible de la pluralidad de partes que se ven envueltas en el proceso, una serie de dilemas que deben ser abordados. Estos son el mero reflejo de los distintos intereses en juego a la hora de exportar un bien. Por un lado, se encuentra el Estado, cuyo interés principal al respecto es el de velar por la conservación, preservación y enriquecimiento del patrimonio histórico español. Por otro lado, los propietarios que solicitan la autorización de exportación buscan el rendimiento económico que dicha exportación les garantiza. Y, por último, encontramos a los comerciantes o marchantes de arte, que verán su oficio facilitado y el mercado potenciado cuantas menos trabas administrativas haya, y viceversa (Bergel Sainz de Baranda, 2019). Ahora bien, es conveniente destacar que, a pesar de la problemática que supone la denegación del permiso de exportación a un propietario, estos casos son los menos habituales. Es decir, una parte mayoritaria de las solicitudes de permisos de exportación de bienes culturales son concedidos por la Administración (Acedo Grande, 2019). Sin ir más

lejos, en el año 2018 el Ministerio de Cultura aprobó 3.596 permisos de exportación, mientras que denegó la salida de tan solo 120 piezas –72 permisos de exportación definitiva y 48 de exportación temporal con posibilidad de venta– (Riaño y Galán, 14 de octubre de 2019).

Todo ello no obsta para que las problemáticas que generan esas relativamente pocas denegaciones sean tenidas en cuenta. Como se puede observar a través del caso de las cartas de Colón, el propietario de un bien cultural –la FCA en este caso– presenta una serie de alegaciones cuyas implicaciones merece la pena analizar. En el caso mencionado, algunas de las alegaciones giran en torno a tres argumentos principales que serán analizados a continuación: la discrecionalidad de la Administración, la potencial vulneración del derecho a la propiedad privada y el perjuicio económico sobre los propietarios de bienes culturales.

4.2.1. La discrecionalidad de la Administración

A raíz de la denegación del permiso de exportación de la carta de Colón, la FCA alega ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que la denegación de la solicitud de exportación estaba supeditada a informes que se habían solicitado a órganos dependientes de la propia Administración, lo cual suponía demasiada discrecionalidad, llevando a la indefensión del solicitante. Esta es, sin duda, una de las mayores críticas que recibe la Administración en su intervención en el régimen de exportación de patrimonio histórico. De manera generalizada, los tribunales españoles, en su control de la actividad administrativa, no han contradicho el criterio de la Junta de Calificación. Tan solo en dos casos se ha visto la denegación del permiso cuestionada por los tribunales, pero en ninguno de ellos se contradijo a la junta por falta de motivación, sino por causas técnicas –falta de prueba de la fecha de la obra y defectos procedimentales– (Bergel Sainz de Baranda, 2020 pp. 114 y 115).

Cabe mencionar que la actuación de la Administración está reglada, a pesar de que necesite valerse de informes técnicos a la hora de calificar bienes para autorizar o denegar su exportación, y que la denegación de un permiso de exportación está limitada por el criterio siguiente: debe ser proporcionada atendiendo a la importancia del bien. Aquí es donde surge el dilema en relación con el caso de las cartas de Colón. En la solicitud del permiso de exportación, la FCA aportó un informe de la casa de subastas Christie's, en el cual se informaba del carácter individualizado, y por tanto menos relevante para el patrimonio histórico, de la carta en cuestión. Según este criterio, el bien carecería de una importancia suficiente que pudiera justificar su inexportabilidad. Sin embargo, la Junta de Calificación, a la hora de evaluar la importancia de la carta, solicitó un informe al Archivo General de Indias. En este segundo informe se explica que la importancia de la carta radica en que es parte del patrimonio único de Colón, y que por lo tanto debiera ser inseparable del resto de cartas que conforman la colección.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en una valoración de este argumento, incide en este segundo informe, y destaca que la individualidad que proclama el informe de la casa de subastas no es sino un elemento más que justifica la conservación de la carta. Es

así como, sin haber unos criterios fijos sobre la valoración del bien más allá de su importancia, podría esgrimirse la excesiva discrecionalidad de la Administración que esta niega: no se aprecia una mediación entre ambos informes aportados –el de la casa de subastas Christie’s y el del Archivo General de Indias–, sino que parece que la Administración se basa únicamente en el realizado por técnicos dependientes de ella.

En ese sentido, en 2022, y recurso de casación mediante, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó la sentencia 597/2022, de 17 de febrero, anulando una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que ratificaba, una vez más, la decisión de denegar el permiso de exportación de un bien cultural¹⁷. La anulación de dicha sentencia tuvo lugar precisamente al considerar el Tribunal Supremo que en la decisión de denegar la exportabilidad del bien se había otorgado de manera injustificada un mayor valor probatorio a los informes de la Administración que a los informes de parte. De entre las cuestiones por las que se estimó que había interés casacional, atañe a este estudio la siguiente: el análisis de la naturaleza y del valor probatorio de los informes de la Administración que constaban en el expediente y que habían sido elaborados por técnicos o funcionarios de la misma, y si estos informes debían ser acogidos como informes de parte o como informes que, procediendo de funcionarios de los que se presume objetividad, contasen con un plus de fuerza probatoria.

Por medio de esta decisión, el Supremo recuerda que la Administración tiene, en efecto, discrecionalidad técnica a la hora de conceder o denegar permisos de exportación, pero sin que en ningún caso esa discrecionalidad técnica sea equiparable a una discrecionalidad en sentido propio, ni que por ello la Administración funde sus decisiones en criterios de mera oportunidad o conveniencia. Asimismo, el tribunal sienta que, como se venía entendiendo hasta entonces, los expertos dependientes de la Administración están facultados para actuar como peritos. Por lo tanto, sus informes deben ser valorados de manera libre y motivada. No obstante, el Supremo añade tres consideraciones adicionales.

En primer lugar, que se debe tener en cuenta el papel que ocupa la Administración en un pleito en relación con los informes que aporte: que la Administración presente un informe, siendo ella parte del litigio, o que lo presente en un litigio entre terceros, no puede ser considerado de igual manera. Mientras que en el segundo supuesto sí se puede afirmar la imparcialidad de la Administración y, por tanto, otorgar un mayor valor probatorio a sus informes, en el primer supuesto no sería razonable presumir esa imparcialidad, pues quien es parte difícilmente será objetivo.

¹⁷ En la sentencia anulada –STSJ de Madrid núm. 375/2019, de 12 de junio–, la Sala de lo Contencioso-Administrativo consideró ajustada a derecho la denegación del permiso de exportación de la obra *Fin de jornada* de Joaquín Sorolla por parte de la Junta de Calificación. La decisión de la junta tuvo lugar en 2016 y se fundó en el valor excepcional que estimó que la obra suponía para el patrimonio histórico. Tras la denegación del permiso, el propietario de la obra interpuso recurso de alzada, que fue desestimado en septiembre de 2017.

En segundo lugar, que «no todos los expertos al servicio de la Administración se encuentran en una misma situación de dependencia con respecto al órgano administrativo llamado a decidir». Esto, de acuerdo con la argumentación del Supremo, debe ser ponderado por el órgano que emite la decisión, puesto que no se puede presumir el mismo grado de imparcialidad de técnicos que gozan de cierta autonomía que de otros que, sin perjuicio de su capacitación técnica o científica, se hallen insertos en la estructura jerárquica de la Administración.

En tercer lugar, que habrá supuestos en que los informes de la Administración no podrán ser tenidos como verdaderas pruebas periciales, aunque hubieran sido elaborados por técnicos, en cuyo caso se les podrá dotar únicamente del valor que tengan como documentos administrativos.

Una vez expuestos los argumentos principales que esgrimió el Tribunal Supremo en febrero de 2022, cabe mencionar que en la sentencia no se realizó análisis alguno de los informes aportados por ambas partes –Administración y propietario del bien– y que, en consecuencia, no implicaba un fallo a favor de la exportabilidad del bien objeto del proceso. La sala únicamente se limitó a valorar la idoneidad de otorgar un plus de valor probatorio a los informes presentados por la Administración. De la misma manera, recuerda que la discrecionalidad técnica de la Administración no debe ser considerada como discrecionalidad en sentido propio. No obstante, se ha de tener en cuenta lo siguiente: en primer lugar, que no existen unos criterios fijos para valorar los bienes culturales objeto de una potencial exportación; en segundo lugar, que quien informa a la Administración sobre la idoneidad de la exportación –la Junta de Calificación– depende directamente de la Administración; y, en tercer lugar, que, por medio de la sentencia 597/2022, de 17 de febrero, el Supremo reconoce que se ha dotado de un valor superior a los informes aportados por la propia Administración. En consecuencia, ¿se puede verdaderamente afirmar que no media discrecionalidad en sentido propio alguna en la concesión o denegación de permisos de exportación?

Con todo, esta sentencia es una *rara avis* pues, como ha sido mencionado en párrafos anteriores, el criterio de la Junta de Calificación ha sido cuestionado por los tribunales en escasas ocasiones y en ninguna de ellas se había analizado una falta de motivación como sí se ha hecho a través de esta sentencia, lo cual abre la veda para que propietarios de bienes culturales cuya solicitud de permiso de exportación sea denegada puedan reclamar ante los tribunales una motivación reforzada.

4.2.2. Acerca de la posible vulneración del derecho a la propiedad privada

El derecho a la propiedad privada plasmado en el artículo 33 de la CE queda ciertamente intervenido cuando se discute la exportabilidad de un bien cultural. El contenido esencial de este derecho ha de ser respetado en todo caso y dicho contenido está delimitado

por su función social. En el caso de los bienes culturales, la función social del derecho a la propiedad privada se traduce en su disfrute o acceso público. La FCA alegó la vulneración de su derecho a la propiedad privada, arguyendo que la finalidad de la exportación de la carta era la de obtener financiación para la manutención del resto de bienes culturales de los que es titular. En ese sentido, el bien –la carta– estaría cumpliendo con su función social al permitir, mediante su valor económico, mantener el cuidado del resto de bienes del patrimonio de la FCA.

En respuesta a esta alegación, el Tribunal Superior de Justicia acude a la STS de 6 de mayo de 2002, en la que se afirma que negar la exportación de un bien no vulnera el derecho a la propiedad privada de sus titulares, pues nada impide vender ese bien dentro de España y obtener su valor económico por esa vía. Sin embargo, precisamente esto implica una disminución en el valor del bien, al verse restringido únicamente al mercado nacional, impidiendo en algunos casos su venta, pues la demanda es menor, y vaciando al bien de su utilidad económica (Cambolor de Echanove, 2021, p. 269). La opinión doctrinal apunta a que, si bien jurisprudencialmente no se observa una vulneración del derecho a la propiedad privada, si pudiera probarse el perjuicio económico que supone la denegación de exportación, sí que se entendería que hay una limitación excesiva sobre el derecho de propiedad, en cuyo caso sería indemnizable (p. 270).

4.2.3. El perjuicio económico sobre propietarios de bienes culturales

Como se menciona en el apartado anterior, resulta crucial el perjuicio económico que la actuación de la Administración pueda causar sobre propietarios de bienes culturales, a raíz de la denegación del permiso de exportación. En este caso, nos centramos en las obligaciones que se imponen a cualquier propietario de patrimonio histórico, en relación con la «adquisición preferente» de la Administración. La FCA alegó que no contaba con los medios suficientes para poder llevar a cabo una correcta conservación de los bienes que conforman su patrimonio, motivo por el cual necesitaba exportar la carta y con el potencial beneficio obtenido financiar dicha conservación. A esto se añade que la Administración, al denegar la exportación de la carta de Colón, tampoco aceptó la oferta de venta irrevocable que se hace en su favor. En consecuencia, la carta no pudo ser exportada, pero tampoco se benefició de una compraventa por parte de la Administración, quedando limitada al mercado nacional. Por añadidura, no solo ofrece el mercado nacional menos posibilidades de venta, al ser de menor tamaño, sino que el mercado es menos potente, y por lo tanto el precio que se ofrece por el bien será mucho menor que el que pudiera obtenerse en mercados extranjeros.

Independientemente de su venta o no, la FCA tiene una serie de obligaciones con respecto de los bienes culturales de los que es titular. Estas incluyen la manutención y conservación de los bienes, tarea periódica y, por lo tanto, costosa. Si estas imposiciones son administrativas, ¿no debería la Administración adquirir el bien o, en su caso, permitir su exportación, si dicha exportación se justifica en la necesidad de financiar la manutención de otros

bienes culturales? Parece que la única vía mediante la cual subsanar este perjuicio sería la de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas –arts. 32 y ss. LRJSP-. Para poder exigir responsabilidad patrimonial a la Administración el interesado tendría que probar que el daño es real, efectivo, individualizable y económicamente ponderable, que dicho daño es imputable a la Administración en relación directa de causa y efecto, y que no hubo incidencia de fuerza mayor, todo ello dentro del plazo de un año.

Sin perjuicio de ello, jurisprudencialmente se niega que el daño económico sea consecuencia directa de la denegación de exportación, y que tan solo podría probarse en caso de que en el momento de la denegación hubiera sobre la mesa una oferta cerrada de compraventa del bien. Pero en un mercado cuyas transacciones se realizan mayoritariamente a través de subastas, esta no es más que una remota posibilidad (Cambior de Echanove, 2021, p. 272) y, por lo tanto, los propietarios de bienes culturales tendrán que cargar con el perjuicio que una denegación de exportación les cause.

5. Conclusiones

El presente trabajo tiene como punto de partida dos conceptos clave: la cada vez más frecuente especialización profesional y la excesiva regulación, que supedita el ejercicio de numerosas actividades a autorización administrativa. Ambos son los elementos que, en combinación el uno con el otro, conducen al análisis realizado: la normativa que regula el mercado del arte en España –entendiéndose esta normativa como indicativa de un área de especialización– alimentada por las exigencias administrativas en lo referido a materia de exportaciones, genera las problemáticas que se exponen a lo largo de este análisis.

Consecuencia de esa combinación de elementos, la aplicación del régimen de exportación al caso de las cartas de Colón permite observar, con base en las alegaciones que puso de manifiesto la FCA durante el proceso contencioso-administrativo, los perjuicios que dicho régimen tiene en la práctica sobre los propietarios de bienes culturales. Esos perjuicios merecen ser considerados y analizados, si bien cabe recordar que los supuestos de denegación del permiso de exportación no constituyen la mayoría, pues el número anual de concesiones de permisos de exportación de bienes culturales excede con creces a los supuestos de denegación.

De una parte, se cuestiona si la Administración cuenta con un nivel de discrecionalidad demasiado amplio, concluyendo que, si bien los tribunales niegan dicho exceso, la Administración, en su misión de calificar los bienes culturales, se apoya en informes realizados por técnicos dependientes directamente de esta. La preferencia por los informes de dichos técnicos frente a informes presentados por el solicitante –como el informe de la casa de subastas Christie’s en el caso de las cartas de Colón– es lo que pone en duda la independencia de criterio por parte del órgano competente para resolver en los casos de denegación del permiso de exportación. Como ha quedado plasmado con anterioridad, en 2022 el

Tribunal Supremo cuestionó esa preferencia, a la vez que recordó que la discrecionalidad técnica con la que cuenta la Administración no es discrecionalidad en sentido propio, lo cual resulta contradictorio habida cuenta de la falta de criterios fijos y de que quienes elaboran los informes que guían a la Administración dependen directamente de ella.

De otra parte, se valora si el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 33 de la CE se ve vulnerado por el papel de la Administración en el régimen de exportación del patrimonio histórico. Ello depende de si la prohibición de exportar un bien cultural afecta al contenido esencial del derecho o no. La conclusión en este punto es que, de acuerdo con los tribunales, no hay necesariamente una vulneración de ese contenido esencial, lo cual no obsta para que haya una limitación excesiva sobre el derecho de propiedad, y que esto pueda derivar en indemnización.

Finalmente, el análisis sobre el perjuicio económico que la denegación del permiso de exportación provoca en su propietario conduce a lo siguiente: existe una relativa dificultad de probar que existe un perjuicio económico, al consistir la prueba en la existencia de una oferta sobre el bien que se pretende exportar, cuando la gran mayoría de bienes culturales se vende en subasta. Por lo tanto, será el propietario quien, lejos de poder exigir responsabilidad patrimonial a la Administración, habrá de cargar con el perjuicio económico.

En suma, y con base en las conclusiones alcanzadas en el presente trabajo, se observa una confrontación entre la conservación del patrimonio histórico español, de la que son responsables los poderes públicos, y los intereses de los propietarios o poseedores de bienes culturales pertenecientes a ese patrimonio histórico. Si bien el régimen de exportación no dificulta por completo la salida del territorio español del patrimonio histórico –recordemos que la mayoría de los permisos de exportación son concedidos–, sí supone, en mayor o menor medida, un perjuicio económico para aquellos particulares que ven frustrada su aspiración de exportar el bien del que son titulares. Siendo que en contadas ocasiones –como es el caso de la FCA– el objetivo de la pretendida exportación es el de financiar la conservación de otros bienes pertenecientes al patrimonio histórico español, cabría plantear la revisión de los criterios que permiten aportar prueba del perjuicio económico a la hora de exigir responsabilidad patrimonial a la Administración, ajustando dichos criterios a las características de la compraventa de bienes culturales. No obstante, no queda justificada una limitación al actual grado de intervención administrativa en el régimen de exportación de bienes culturales, en cuanto que esa intervención, por un lado, no vulnera el artículo 33 de la CE y, por otro lado, se sustenta sobre el mandato constitucional de conservación y promoción del patrimonio histórico español.

Referencias bibliográficas

- Acedo Grande, C. (2019). Acerca del concepto de Patrimonio Histórico. Aproximación legal y jurisprudencial. *Seminario Protección Jurídica del Patrimonio Cultural Español*. Instituto del Patrimonio Cultural de España. <https://youtu.be/y1SmCXZ46us>
- Assmann, S. (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objetos y fundamentos de la construcción sistemática*.
- Bergel Sainz de Baranda, Y. (2010). *La compra-venta de obras de arte*. Tirant lo Blanch.
- Bergel Sainz de Baranda, Y. (2019). Exportación de obras de arte: ¿puedo vender en Londres el cuadro que heredé de mi abuelo? *Seminario Protección Jurídica del Patrimonio Cultural Español*. Instituto del Patrimonio Cultural de España. <https://youtu.be/fU42UUjDNMs>
- Bergel Sainz de Baranda, Y. (2020). La exportación de obras de arte. Régimen jurídico y criterios para decidir sobre la concesión del permiso de exportación. Una propuesta «de lege ferenda». En Fundación Profesor Uría (Ed.), *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte 2019*. Civitas.
- Cambor de Echanove, C. (2021). *La intervención del Estado en el Mercado del Arte*. Tirant lo Blanch.
- El Cultural. (22 de junio de 2021). El Gobierno modifica la Ley de Patrimonio Histórico. *El Español*. https://www.elespanol.com/el-cultural/letras/20210622/gobierno-modifica-ley-patrimonio-historico/590942639_0.html
- Gobierno de España. (2022a). Definición de Bienes Culturales Protegidos. Ministerio de Cultura y Deporte. <https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/patrimonio/bienes-culturales-protegidos/definicion.html>
- Gobierno de España. (2022b). Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico. Ministerio de Cultura y Deporte. <https://www.cultura-ydeporte.gob.es/cultura/patrimonio/informacion-general/gestion-en-el-ministerio/junta-de-calificacion-valoracion-y-exportacion.html>
- González Zorzano, J. C. (2015). *Límites al dominio de los bienes culturales muebles*. Universidad de La Rioja.
- Koch, T. (22 de septiembre de 2021). Jaime Botín paga una multa de 91,7 millones por el contrabando de un «Picasso» y espera evitar el ingreso en prisión. *El País*. <https://elpais.com/cultura/2021-09-22/jaime-botin-paga-la-multa-de-917-millones-por-el-contrabando-de-un-picasso-y-espera-evitar-el-ingreso-en-prision.html>
- Martín Rebollo, L. (1999). Expoliación y circulación ilícita de bienes culturales. Marco jurídico. *XI Seminario Duque de Ahumada, Defensa del Patrimonio Cultural y Fuerzas de Seguridad*, pp. 35-53.
- McAndrew, C., Pérez Ibáñez, M., Niño Alfonso, I. y Niño Alfonso, B. (22 noviembre de 2021). El Mercado Español del Arte en 2021. Instituto de Arte Contemporáneo. <https://www.iac.org.es/noticias/actividades-iac/presentacion-del-informe-el-mercado-espanol-del-arte-en-2021.html>
- Merryman, J. H. (2000). *Thinking about the Elgin Marbles. Critical Essays on Cultural Property, Art and Law* (pp. 66-69). Kluwer.
- Páez Escámez, R. (2019). Régimen Jurídico del Patrimonio Histórico. Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. *Seminario Protección Jurídica del Patrimonio Cultural Español*. Instituto del Patrimonio Cultural de España. https://youtu.be/TRto_fcoKaE



- Pérez-Prat Durbán, L. y Ramos Prieto, J. (2015). El tráfico exterior de bienes culturales. Aspectos internacionales y tributarios de su régimen jurídico. En Fundación Profesor Uría (Ed.), *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano 2015*. Civitas.
- TeleMadrid. (10 de marzo de 2015). La Justicia prohíbe a la Casa de Alba subastar una carta de Colón a su hijo. <https://www.telemadrid.es/noticias/sociedad/Justicia-Casa-Alba-subastar-Colon-0-1663933642--20150310052051.html>
- Riaño, P. H. y Galán, J. (14 de octubre de 2019). Cultura concedió en 2018 más permisos que nunca para sacar obras de arte de España. *El País*. https://elpais.com/cultura/2019/10/14/actualidad/1571053438_213101.html
- Roca Junyent, M. (2007). *¡Sí, Abogado!* Noema.
- Zenit. (30 de agosto de 2020). Los países con más patrimonio cultural del mundo. España 2.º <https://zenithoteles.com/zenit-life/los-paises-con-mas-patrimonio-cultural-del-mundo-espana-2o/>

Inés Ambrosio Luna es graduada en Derecho y en Relaciones Internacionales por la Universidad Pontificia Comillas (ICADE). En la actualidad cursa un diploma de especialización en Derecho del Mercado del Arte por la Universidad Carlos III de Madrid, junto con el Máster de Acceso a la Abogacía por la Universidad Autónoma de Madrid, tras una estancia en la Abogacía del Estado. Sus áreas de interés como investigadora combinan las disciplinas jurídicas de contenido internacional con problemáticas particulares del mercado del arte y del patrimonio histórico. <https://orcid.org/0000-0002-5017-4530>

Honor y libertad de expresión de dirigentes políticos

Comentario a la STS de 6 de febrero de 2022

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

castoparamo@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

El ámbito de la protección del derecho al honor intimidad personal y familiar y propia imagen tiene un marco constitucional de protección delimitado por el Tribunal Constitucional, que se extiende a todas las personas al margen de su situación y que se configura en cada caso de acuerdo con el contexto existente en el supuesto particular.

No obstante, hay personas que desempeñan cargos públicos y tiene la consideración de dirigentes políticos y resulta evidente que no carecen de esa protección constitucional, pero su propia situación les exige un nivel de crítica más amplio que para el resto de las personas.

El comentario de la sentencia precisa de una referencia breve a los hechos que dieron lugar a los comentarios realizados por Facebook, así como el alcance de la demanda posterior y su resolución por ambas instancias previas al recurso de casación.

Los hechos son los siguientes: en un centro de menores infractores de la ciudad de Melilla, dependiente de la Consejería de Bienestar Social y Sanidad de la Melilla, como consecuencia de una pelea entre dos internos, uno de ellos, menor de 17 años, sufrió un desvanecimiento, y, tras su hospitalización, falleció casi un mes después de los hechos. Una de las personas que interviene en la separación le agita para posteriormente golpearse contra el suelo. En la autopsia clínica realizada no se establece la correlación entre con-

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de marzo de 2023).

tención y parada cardiorrespiratoria del menor, y se indica que la muerte es natural, por lo que no se realiza la autopsia judicial. El hecho dio lugar a la realización de unas sugerencias para mejorar el protocolo de contenciones a la consejería.

El demandado en el procedimiento, a través de Facebook, comentando la noticia de un medio de comunicación, expone que estuvo 20 días en coma, y dice que el consejero se desentiende de cualquier responsabilidad, así como que no se le realizó la autopsia al menor fallecido. Habla de fanatismo político, racismo, desprecio por los derechos humanos. Posteriormente en 2018 indica que la familia no ha recibido ninguna noticia o información y que fue enterrado de prisa sin consentimiento de la familia y que fue inmovilizado por cuatro agentes, y dice que su muerte por la enfermedad de corazón no se justifica simplemente como consecuencia de ella.

Es evidente que el hecho de que un menor de edad de raza negra falleciera como consecuencia de una pelea y tras una contención, efectuada por varias personas, dio una dimensión mediática que motivo incluso la intervención del defensor del pueblo.

El consejero de la ciudad autónoma consideró que se vulneró el derecho a su honor, interponiendo una demanda contra el demandado por sus comentarios a través de las redes sociales.

La sentencia de primera instancia que dictó el Juzgado de Primera Instancia de Melilla desestimó la demanda, que fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga, que dictó sentencia estimando el recurso de apelación, por ser inveraces las noticias difundidas, y le condenó a indemnizar al demandante en la cantidad de 3.000 euros.

Este recurrió en casación ante la Sala de Civil del Tribunal Supremo, que estimó el recurso y desestimó la demanda.

Libertad de expresión versus derecho al honor

Hay dos aspectos que son relevantes en esta sentencia, que son, en primer lugar, el honor de un cargo público y la libertad de expresión-opinión o información. En el caso de la sentencia que se comenta, tiene prevalencia el derecho al honor cuando se trata de una persona con una responsabilidad pública, como consejero de una ciudad autónoma o de una comunidad autónoma, y con una relevancia que no se puede ignorar a la hora de contemplar el límite al que debe ser expuesto el derecho a su honor, y, por otro lado, se cuestiona si lo prevalente es la libertad de opinión o expresión respecto de las expresiones que debe soportar el demandante, que puede molestarle o disgustarle, y debe soportar las mismas.

La colisión entre los derechos fundamentales exige ponderar las circunstancias concurrentes concretas, y en esa colisión debe establecerse qué derecho debe prevalecer.

Analizando la doctrina jurisprudencial y constitucional, ha de indicarse que el artículo 20.1 a) y d) de la CE, en relación con el artículo 53.2 de la CE, reconoce como derecho fundamental, especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 de la CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor y a la intimidad personal.

La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

El artículo 7.7 de la LPDH define el derecho al honor en un sentido negativo, desde el punto de vista de considerar que hay intromisión por la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Doctrinalmente se ha definido como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona.

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional (SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4.º; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 5.º [NCJ049830], y 51/2008, de 14 de abril, FJ 3.º [NCJ044682]), el honor constituye un «concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento». Este tribunal ha definido su contenido afirmando que este derecho protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 12.º [NCJ041762]), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio, FJ 7.º [NCJ041158]).

La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión o de información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 12 de noviembre de 2008, RC n.º 841/2005 [NCJ048820], 19 de septiembre de 2008, RC n.º 2582/2002 [NCJ048137], 5 de febrero de 2009, RC n.º 129/2005 [NCJ049379], 19 de febrero de 2009, RC n.º 2625/2003, 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006, 4 de junio de 2009, RC n.º 2145/2005, 10 de noviembre de 2010, RC n.º 731/2008, 25 de enero de 2011, RC n.º 859/2008).

Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

Cuando se trata de la libertad de información, la técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009, RC n.º 1457/2006).

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza en la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción, máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4.º, y 29/2009, de 26 de enero, FJ 4.º [NCJ047944]). Este criterio jurisprudencial es hoy admitido expresamente por el artículo 11 CD FUE, el cual, al reconocer los derechos a la libertad de expresión y a recibir y comunicar información, hace una referencia específica al respeto a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde esta perspectiva:

La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008, de 23 de junio [NCJ045571]) (SSTS RC n.º 3370/1995; de 25 de octubre de 2000, RC n.º 2313/1997; 14 de marzo de 2003 [NCJ042425]; 19 de julio de 2004, RC n.º 5106/2000; 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006) o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales, o se trata, simplemente, de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (SSTEDH 1991/51, *Observer y Guardian*, y 2004/36, *Plon, Von Hannover y Alemania*; SSTC 115/2000 [NCJ051946] y 143/1999, y SSTS de 5 de abril de 1994, 7 de diciembre de 1995, 29 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004 y 21 de abril de 2005). En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de

la *veracidad*, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una diligencia razonable por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso aun cuando la información, con el paso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007 y 29/2009, de 26 de enero, FJ. 5.º). Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002, de 8 de abril [NCJ049755]), el cual exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero trasmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración (sentencia 796/2013, de 17 de diciembre).

La libertad de información y la relevancia pública de la publicación del reportaje excede los límites marcados por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional para ser considerado como un reportaje neutral, y haga prevalecer la libertad de información sobre el derecho al honor de la demandante, que en este caso se considera vulnerado.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, puede considerarse que las manifestaciones del demandado han de quedar amparadas por su derecho a la libertad de expresión. La cuestión sobre la que manifestó su opinión era de interés general. La libertad de expresión tiene unos límites tolerables cuando las opiniones o juicios de valor no versan sobre una cuestión de interés social o no gozan de una base fáctica suficiente, o se manifiesten a través de frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito, y en cualquier caso, las expresiones han de ser objetivamente injuriosas, tenidas en el concepto público como afrentosas, con el consiguiente descrédito o menosprecio para el demandante; puesto que la libertad de expresión no implica un derecho al insulto. Además, las expresiones empleadas deben analizarse no atendiendo a su estricto significado gramatical, aisladamente consideradas, sino en relación con el contexto donde pueden perder o ver disminuido su significado ofensivo o alcanzar una dimensión de crítica asumible. (SSTS 400/2021, de 14 de junio [NCJ065587]; 290/2020, de 11 de junio [NCJ065002]; 429/2020, de 15 de julio; 471/2020, de 16 de septiembre; 670/2022, de 17 de octubre; 338/2018, de 6 de junio; 540/2018, de 28 de septiembre [NCJ063659]; 273/2019, de 21 de mayo [NCJ064260], y 471/2020, de 16 de septiembre).

Además, sobre los dirigentes políticos, la STS de 10 de junio de 2020 dice que los dirigentes políticos –como el recurrido– deben tolerar un nivel de crítica superior a las demás personas, porque con su actividad se exponen voluntariamente a un mayor control (SSTS de 8 de julio de 1986, 1 de junio de 2010 y 15 de marzo de 2011). En contrapartida, a los políticos se les reconoce una mayor libertad a la hora de comunicar opiniones y juicios: «La libertad de expresión, preciosa para cualquier persona, lo es muy particularmente para un elegido del pueblo: representa a sus electores, expone sus preocupaciones y defiende sus intereses».

Lo difundido por las redes sociales no son descalificaciones de carácter personal, sino que son críticas que afectan indirectamente al demandante como mandatario público, o sobrepasan los límites tolerables, y sin la intensidad suficiente o desconectada con las ideas transmitidas para hacer prevalecer el derecho al honor sobre la libertad de expresión referida a los derechos humanos relacionados con un menor de edad fallecido.

Por tanto, la revocación de la sentencia de la audiencia provincial la desestima y reconoce al demandado que el ejercicio de la libertad de expresión no sobrepasó los límites constitucionales, y toma en consideración la consideración de la persona demandante, que como persona con responsabilidad política debe soportar un nivel de crítica más elevado que el resto de las personas.

Doctrina de los frutos del árbol envenenado en el ámbito penal

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid (España)
an.medrano@poderjudicial.es | <https://orcid.org/0000-0003-4740-6836>

Enunciado

Juan es un empresario que tiene una empresa de iluminación y productos de esta naturaleza; ha puesto una querrela contra un empleado de toda su confianza y contra otro trabajador que ayudaba al primero, ya que este ha estado manteniendo una conducta desleal, pues, actuando al margen de su empresa y presuntamente sustrayendo materiales de la misma, estuvo realizando durante un periodo de tiempo, imposible de acotar, su propia actividad paralela, contactando y ofreciendo sus servicios a la misma cartera de clientes de la empresa que era su empleadora. En la querrela, es constante la descripción de este marco en el que se integran los hechos imputados por el querellante al trabajador, imputándose finalmente por el querellante, a los querellados, los siguientes delitos: hurto, apropiación indebida, delito contra la propiedad industrial y daños.

El trabajador a su vez ha denunciado a Juan por un delito de descubrimiento y revelación de secretos, ya que está confirmado que Juan ha conocido todos los pormenores de la actividad paralela de su trabajador entrando en el ordenador del mismo. Este ordenador era un ordenador de empresa, pero el trabajador, además de su correo electrónico de la empresa, había instalado, pese a no estar permitido, un correo electrónico privado del dominio Gmail, desde el cual gestionaba su actividad paralela en competencia desleal con su empresa, siendo así que el empresario ha estado entrando y obteniendo datos de ambos correos de forma ilícita al objeto de obtener las pruebas que necesitaba para descubrir esta actividad paralela; Juan ha sido condenado en firme por el Juzgado de lo Penal por este delito de descubrimiento y revelación de secretos, habiéndose confirmado esta condena en la Audiencia Provincial de Madrid y en la Sala 2.ª del Tribunal Supremo.

¿Cómo afecta esta condena penal a la querrela de Juan, si por las pruebas obtenidas en el correo privado de su empleado ha sido condenado por haber sido conseguidas ilícitamente?

Cuestiones planteadas:

- La doctrina de los frutos del árbol envenenado.
- Consecuencias procesales de la obtención ilícita de pruebas.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Estamos ante una causa penal en la cual se persigue la presunta conducta desleal de un trabajador de una mercantil que, al margen de su empresa y presuntamente sustrayendo materiales de la misma, estuvo realizando durante un periodo de tiempo, imposible de acotar, su propia actividad paralela, contactando y ofreciendo sus servicios a la misma cartera de clientes de la empresa que era su empleadora. En la querrela, es constante la descripción de este marco en el que se integran los hechos imputados por el querellante al trabajador, imputándose finalmente por el querellante, a los querellados, los siguientes delitos: hurto, apropiación indebida, delito contra la propiedad industrial y daños.

A partir de lo dicho, y en el curso de la instrucción de la causa, se ha producido un hecho trascendental para el destino final de la misma: nuestro querellante, durante los cuatro meses previos a la extinción de la relación laboral del trabajador querellado, accedió ilícitamente, en un número indeterminado de ocasiones, al correo personal del trabajador querellado (correo Gmail que se había instalado en el portátil suministrado por la empresa), consultando, apoderándose e imprimiendo todos los emails que tuvo por conveniente, en un número imposible de determinar, y aportando a continuación varios de estos correos a la documentación de esta querrela para hacer uso de ellos en la acción penal, habiendo sido por ello condenado por un delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197 del CP en tres instancias. A estos efectos, resulta ilustrativo integrar en este caso este párrafo que se integra en la primera sentencia, ya firme:

por lo que en julio de 2013, accedió al ordenador del trabajador y a su correo corporativo, lo que repitió en los meses de agosto, septiembre y octubre, accediendo además al correo personal del trabajador (xxxxx@gmail.com), que este había instalado en el ordenador, imprimiendo el día 5 de agosto determinados mensajes y correos electrónicos enviados o recibidos entre el 11/03/2013 y el 26/06/2013, que posteriormente aportó como prueba documental en las diligencias previas 1843/14 del Juzgado de Instrucción n.º 50, iniciadas por querrela del aquí acusado contra el trabajador mencionado.

Es acertada jurisprudencia la empleada por la Audiencia Provincial de Madrid, la que marca el objeto de la resolución a adoptar, pues siendo evidente la vigencia del artículo

11.1 de la LOPJ (que da la cobertura normativa a la doctrina citada en el párrafo anterior, al impedir que surtan efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales), no pueden hacerse interpretaciones rígidas en aplicación de esa norma, cayendo en un automatismo excesivo y, sobre todo, inmotivado, pues debe razonarse adecuadamente en qué medida la nulidad determinante de la previa condena penal de nuestro querellante se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquella. Para que los efectos de la nulidad de lo obtenido afecte a otras diligencias de instrucción dejándolas nulas, ha de haber una conexión natural; es la que ha sido denominada como «conexión de antijuridicidad», que no siempre se da de forma automática, pues hay que valorar la naturaleza y características de la vulneración del derecho y cómo afecta al resto del material probatorio desarrollado en la instrucción.

Pues bien, precisamente para poder dar respuesta a lo apuntado en el párrafo anterior, hemos de acudir a lo que nuestra jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (SSTS 113/2014 [NCJ058395], 301/2013 y 811/2012) y la del Tribunal Constitucional (especialmente la 81/1998 [NFJ007038]) establece en esta materia, pues resultan ser las resoluciones que de forma más contundente explican la «doctrina de los frutos del árbol envenenado» y, sobre todo, su alcance y efectos respecto del resto de pruebas que directa o indirectamente (como indica el art 11.1 LOPJ) se ven anuladas por vulnerar derechos fundamentales.

Según estas sentencias,

la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo, o indirecto, pretende, en primer lugar, otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, en segundo lugar, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los responsables de la investigación criminal. Con carácter general la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se ha vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, para asegurar que la prueba ilícita inicial no surte efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de los medios probatorios ilícitos y permitir su aprovechamiento indirecto, vacía la norma de contenido efectivo, pues la utilización de procedimientos inconstitucionales acaba indirectamente surtiendo efecto.

El Tribunal Constitucional, cuya doctrina en esta materia nos vincula (art. 5 1.º LOPJ), ha matizado la aplicación del art. 11 LOPJ, en función de la extensión que su propia jurisprudencia iba otorgando a las violaciones constitucionales en materia probatoria y las consecuencias anulatorias que esta extensión podía determinar en caso de aplicación ilimitada del efecto indirecto, desarrollando la doctrina de la conexión de antijuridicidad, en la STC 81/98 (NFJ007038), de 2 de abril, dictada por el Pleno. Doctrina que por algunos sectores doctrinales se ha calificado como una regla de exclusión de origen nacional. La conexión de antijuridicidad supone el establecimiento de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión

que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado. Pero esta conexión no es meramente causal sino que admite excepciones, que se traducen en la práctica en limitaciones de la prohibición absoluta de valoración de las pruebas indirectamente derivadas de una infracción constitucional.

El juego de regla general y excepción se deriva de que la prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en el derecho a un juicio con todas las garantías, que impide la utilización de un medio probatorio en cuya obtención se haya producido una vulneración de derechos constitucionales, y además en nuestro ordenamiento esta prohibición constituye un mandato legal específico (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por ello la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas tiene que constituir la regla general, que solo cabe exceptuar, conforme a la citada doctrina constitucional, cuando concorra un supuesto específico de desconexión, que debe constatararse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización.

El análisis de la excepcional concurrencia de un supuesto de desconexión exige un examen complejo y preciso de cada supuesto que va más allá de la mera relación de causalidad natural. En primer lugar, es necesario realizar el análisis desde una perspectiva externa, partiendo del examen de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado. Cuando la necesidad de tutela de un derecho fundamental es especialmente intensa, como sucede por ejemplo en los supuestos de tortura o en los de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas sin ningún tipo de autorización judicial, excepcionar la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en la violación de dichos derechos puede incentivar la comisión de infracciones y privarles de una garantía indispensable para su efectividad. Por tanto, en estos supuestos no cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en esta perspectiva externa. Solo cuando nos encontramos ante una injerencia llevada a cabo con intervención judicial, pero con motivación insuficiente o con un vicio procedimental, puede pasarse al análisis interno de la eventual concurrencia de un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad.

Y solo en estos casos puede no ser necesario extender ilimitadamente dicha prohibición a las pruebas derivadas, pero sin que olvidemos que la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas tiene que constituir la regla general.

Hemos de analizar qué prueba o pruebas, pese a ser causalmente consecuencia de la declarada nula, pueden sin embargo ser o no válidas como prueba de cargo, al no existir, entre todas ellas, la conexión de antijuridicidad necesaria para que se comunique el defecto de una a las restantes. Por lo tanto, habrá que analizar si hay conexión causal entre las

pruebas para poder afirmar que una prueba deriva de la otra y, tras ello, proceder a examinar la conexión de antijuridicidad, esto es, ver si las pruebas son jurídicamente independientes. Hay que razonar qué pruebas guardan relación con los correos ilícitamente obtenidos y cuáles puedan no tener esa relación, valorando si estas últimas aportan indicios que permitan seguir adelante con la causa o no. Procede adelantar ya de antemano que la conexión de antijuridicidad entre los correos ilícitamente obtenidos y constitutivos de delito y el resto de las pruebas aportadas en la querrela es absoluta, pues es el mismo querellante el que expresamente ha reconocido que los correos constituyeron la base de la querrela.

Es completamente imposible conocer en cuántas ocasiones accedió el querellante al correo privado del trabajador desde julio a octubre de 2013, cuántos correos consultó y de cuántos se apoderó e imprimió, y cuántos de ellos ha aportado y cuáles no han sido aportados por razones de oportunidad. Recordemos este pasaje de la STS 328/2021 (NSJ062474) de la Sala 2.^a que confirmó las sentencias condenatorias de nuestro querellante, para tratar de abarcar la intensidad de la invasión en la intimidad perpetrada por el condenado para hacernos idea del volumen de correos que pudo llegar a interceptar y aprehender el Sr. XXX:

De hecho, frente a la versión de la defensa, de que el acceso a esas cuentas privadas fue prácticamente inevitable por el funcionamiento del sistema, lo que indica el *factum* es precisamente lo contrario. Su conducta no se limitó a ese contacto casual con aquello que no se quería conocer, sino que se imprimieron determinados mensajes y correos electrónicos enviados o recibidos, llegando a ordenar el acusado a su hija que siguiera haciendo acopio de mensajes para recabar todos los datos posibles de lo sucedido. En cualquier caso, el amplio paréntesis cronológico durante el que el trabajador fue despojado de su derecho a la intimidad, a la protección de datos y, en fin, de su derecho al entorno virtual habla por sí solo de la intensidad y el alcance de la injerencia.

Esta precisa descripción de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo nos permite presumir que el volumen de información delictivamente obtenida debió de ser muy superior al reconocido para, a partir de ella, poder obtener otras pruebas para la querrela, todas absolutamente ilícitas, dejando esta causa sin consistencia alguna, pues todas las pruebas obtenidas son «frutos del árbol envenenado» conforme a la doctrina ya descrita.

Es más que evidente que la investigación por parte del empresario querellante coincide en el tiempo con las ocasiones en que el mismo entró indebidamente en el correo del trabajador, es decir, julio de 2013, y es igual de evidente que la práctica totalidad de la información que consiguió entre los meses de julio a octubre de 2013 de su correo particular es la que le sirvió para hacerse con una idea cabal de la dimensión y alcance del problema que ante sí tenía. Solo los correos a los que nunca debió acceder el querellante y de los que nunca debió apoderarse, se constituyeron en la fuente de información que le permitió después verificar nuevas gestiones con otros medios que, precisamente por su relación directa con los correos, se convierten en medios de prueba completamente contaminados y con clara

conexión de antijuridicidad con la prueba ilícitamente obtenida. Solo cuando accedió al correo del trabajador, pudo elaborar el querellante una estrategia investigadora de su empleado, estrategia completamente nula por causa de su propia condena, pues solo los correos ilícitos le permitieron elaborarla; pero además en su actividad delictiva (delito que, como le han recordado las sentencias ejecutorias, no admite la modalidad culposa), el querellante diseñó su plan de investigación y actuación, permitiendo que el trabajador continuase trabajando durante los meses de julio, agosto, septiembre y hasta el 14 de octubre en que le despidió, simultaneándose por su parte en el mismo periodo las entradas (sin control) en su correo privado, al objeto de seguir manteniendo nuevas pruebas de esos meses, lo que evidenciaba que solo lo que obtenía de los correos era su fuente de información, y de ahí la plena aplicabilidad de la doctrina de «los frutos del árbol envenenado» a nuestro caso.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 11.1.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 197.
- STS, Sala 2.^a, núm. 328/2021 (NSJ062474).
- SAP de Madrid de 18 de octubre de 2021.

Contratos bancarios y folleto informativo para el inversor. Responsabilidad civil

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

jesquivias1959@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

Enunciado

En el año 2020 la entidad bancaria Sumas, SA realizó una oferta pública de suscripción de acciones (OPS) para su salida a Bolsa sin historial de cotización previo, tanto para inversores minoristas como para inversores cualificados. La empresa Cuitas, en su condición de suscriptor cualificado, concurre a la oferta con inversores minoristas, recibiendo la información genérica derivada del folleto genérico de inversión, con algunas carencias o inexactitudes secundarias. Cuitas demanda a Sumas, SA porque considera que la información del folleto no respeta los principios de imagen fiel y de prudencia valorativa, y reclama la indemnización correspondiente por los daños patrimoniales sufridos por la pérdida de valor en el mercado como consecuencia de la falta de fidelidad y engaño por parte de Sumas. Considera que dicho folleto solo contempla una información inextensa, sin alusión alguna a la solvencia de la entidad, características de los títulos que va a emitir y perspectivas futuras del negocio. Por otro lado, el banco cree que, dada su condición de empresa cualificada en la negociación de valores de mercado, Cuitas no es acreedora a la información que demanda por folleto, porque se considera que es un inversor privilegiado con acceso propio a la información puntual del mercado y de las demás condiciones. Alega que no se le puede exigir ninguna responsabilidad porque el folleto contiene una síntesis de la información fundamental que necesitan los inversores para comprender las características y riesgos del emisor, del garante y de los valores ofertados o admitidos a cotización en un mercado regulado, para ser leída conjuntamente con las demás partes

del folleto a fin de ayudarles a decidir si deben invertir o no en estos valores. Una de las cuestiones que se discute es si Cuitas puede o no ser considerado inversor cualificado, porque evidentemente el rigor de las exigencias formales y de las garantías del folleto o de la información es diferente.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cuáles son las características que deben concurrir en Cuitas para que se la considere un inversor cualificado, y en qué medida puede acogerse a las inexactitudes o lagunas informativas para demandar responsabilidad civil al banco?
2. ¿Existe responsabilidad de la entidad bancaria por la naturaleza del folleto emitido, que sirvió de base para la suscripción de los títulos por Cuitas?
3. ¿Se puede exigir responsabilidad al banco por el contenido inexacto de un folleto que sí contempla una nota de síntesis? De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿qué plazo hay para reclamar?

Solución

1. ¿Cuáles son las características que deben concurrir en Cuitas para que se la considere un inversor cualificado, y en qué medida puede acogerse a las inexactitudes o lagunas informativas para demandar responsabilidad civil al banco?

Aquí vamos a dar respuesta exclusivamente a esta pregunta sin entrar en las consecuencias legales de la información sobre el negocio jurídico y las responsabilidades derivadas de la pérdida de valor de las acciones adquiridas según la mayor o menor transparencia de la información recibida. Esto se analiza después, en las siguientes cuestiones. Sí se ilustrará acerca de la trascendencia de la información sesgada de los folletos informativos y de la incidencia en la decisión de compra de un gran inversor como Cuitas.

Es evidente que los inversores cualificados o institucionales tienen una mayor cualificación y son conocedores, con mayor criterio y recursos, de las evoluciones futuras del mercado. Saben, por tanto, más, e invierten con mejor criterio y seguridad; o, por lo menos, las sorpresas de los reveses financieros son producto de la imprevisión lógica del riesgo, más que de la vulnerabilidad de la precaria condición de un consumidor inexperto o mayor de edad, o simplemente falta de formación o de cultura. Pero es importante, a estos efectos, saber si estos inversores tienen derecho a la misma información que los demás. Si puede alegar defectos de transparencia informativa para exigir responsabilidad civil a la entidad bancaria por las consecuencias nefastas del negocio.

Si la CNMV «define como inversor cualificado a la entidad o persona que invierte en los mercados de valores grandes cantidades de dinero, lo que permite conseguir mejores condiciones de negociación, comisiones más bajas, etc.», la CNMV está acercando a Cuitas al gran inversor. Y si «se consideran inversores cualificados los institucionales (bancos y cajas, compañías de seguros, sociedades gestoras de fondos de inversión, entidades gestoras de planes de pensiones, fondos y sociedades de inversión...), las pequeñas empresas y las personas físicas que, cumpliendo determinados criterios, soliciten ser considerados inversores cualificados», una vez más llegamos a la misma conclusión. Por otra parte, si el Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, nos dice en artículo 39 lo que debe considerarse por inversores cualificados:

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 30 bis.1 a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio (art. 35 del TR Real Decreto Legislativo 4/2015), se considerarán inversores cualificados las personas o entidades enumeradas como clientes profesionales en el artículo 78 bis.3 (art. 205 del TR Real Decreto Legislativo 4/2015), las contrapartes elegibles a que se refiere el artículo 78 ter (art. 207 del TR Real Decreto Legislativo 4/2015) de dicha ley, así como las pequeñas y medianas empresas que tengan su domicilio social en el Estado español y que expresamente hayan solicitado ser consideradas como inversor cualificado. [Nos remitimos a las normas de referencia donde constan indicados, de manera exhaustiva, los inversores cualificados].

Por consiguiente, Cuitas es, sin duda, un gran inversor cualificado. Si esto se nos indica, es evidente lo evidente: Cuitas es un inversor mayorista cualificado.

Contestada una fácil pregunta, ahora conectamos la precedente cuestión a la responsabilidad civil anunciada. Y así, para decidir sobre el posible ejercicio de la acción de responsabilidad civil por Cuitas, lo relevante está en saber si Cuitas, además de la información que le proporcionó Sumas en el folleto, pudo tener otra que le vino de su condición de inversor cualificado; incluso debe analizarse el caso en concreto, diferenciándolo de otros de la misma naturaleza, para concluir si tiene derecho a la misma información que cualquier otro inversor minorista, a los efectos de demandar al banco por responsabilidad civil. Por consiguiente, la combinación cualificación e información vuelve a ser la esencia de la respuesta, y el caso plantea una oferta pública (en adelante, OPA) a la que se acoge Cuitas sin información completa.

Respecto de esta OPA el caso dice literalmente: «Sumas, SA realizó una oferta pública de suscripción de acciones para su salida a Bolsa sin historial de cotización previo, tanto para inversores minoristas como para inversores cualificados». Esto tiene su trascenden-

cia porque la información del folleto no contiene la del historial indicado, que solo conoce el banco, y no podemos excluir al inversor cualificado por una presunción de conocimientos o experiencia, cuando la sesgada o limitada información del folleto le impide conocer datos esenciales, tanto si es un inversor experto como si de un consumidor vulnerable se trata. Por consiguiente, parece lógico amparar a Cuitas cuando el historial de cotizaciones se considere relevante para conformar la voluntad de inversión en la compra de acciones que derivan de una OPA, o cuando no se pueda probar que Cuitas podría conocerlos al margen del folleto, o que por su condición de inversor cualificado tenía a su alcance otros medios privilegiados de conocimiento que soslayaran el defecto informativo. Es más, bastaría con invocar la falta de veracidad del referido folleto para amparar también a Cuitas, porque las inexactitudes son tenidas en cuenta. Son carencias relevantes que inciden en la responsabilidad de Sumas.

La STJUE de 3 de junio de 2021 (C-910/19) resume perfectamente lo comentado, dando respuesta a una cuestión prejudicial planteada en los siguientes términos:

1. Cuando una oferta pública de suscripción de acciones se dirige tanto a inversores minoristas como a inversores cualificados, y se emite un folleto en atención a los minoristas, ¿[deben interpretarse los artículos 3, apartado 2, y 6 de la Directiva 2003/71 en el sentido de que] la acción de responsabilidad por el folleto ampara a ambos tipos de inversores o solamente a los minoristas?
2. En el caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea que ampara también a los inversores cualificados, ¿es posible valorar su grado de conocimiento de la situación económica del emisor de la OPS al margen del folleto, en función de sus relaciones jurídicas o mercantiles con dicho emisor (formar parte de su accionariado, de sus órganos de administración, etc.)?

El TJUE respondió así:

1. El artículo 6 de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, (actual art. 11 del Reglamento 2017/1129), sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE, en su versión modificada por la Directiva 2008/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, en relación con el artículo 3, apartado 2, letra a), de la Directiva 2003/71, en su versión modificada por la Directiva 2008/11, (actual art. 1.4 del Reglamento 2017/1129), debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de una oferta pública de suscripción de acciones dirigida tanto a inversores minoristas como a inversores cualificados, la acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto no ampara solamente a los inversores minoristas, sino también a los inversores cualificados.

2. El artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2003/71, en su versión modificada por la Directiva 2008/11 (actual art. 11.2 del Reglamento 2017/1129), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a disposiciones de derecho nacional que, en un supuesto de ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de un inversor cualificado por la información contenida en el folleto, permitan al juez tomar en consideración que dicho inversor tenía o debía tener conocimiento de la situación económica del emisor de la oferta pública de suscripción de acciones en función de sus relaciones con este y al margen del folleto, o incluso obliguen al juez a tomar en consideración tal hecho, siempre que las citadas disposiciones no sean menos favorables que las que rijan acciones similares previstas en el derecho nacional ni surtan el efecto práctico de hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de la acción de responsabilidad.

En definitiva, Cuitas está legitimada para demandar al banco y exigir la responsabilidad civil por los daños derivados de un mal negocio financiero defectuosamente informado.

2. ¿Existe responsabilidad en la entidad bancaria por la naturaleza del folleto emitido, que sirvió de base para la suscripción de los títulos por Cuitas?

Conectado con lo anterior, esta pregunta plantea si Cuitas puede acogerse a la demanda de nulidad que un particular, suscriptor de acciones, podría interponer, bien por defecto de folleto, bien por insuficiencia de información. Se trata de profundizar más en la responsabilidad civil del banco.

Hay que partir de lo siguiente: cuando se suscribe la compra de acciones se realiza una evaluación de mercado según la información que se recibe (el folleto). Esa información, que es la base de la transparencia, conlleva saber también la solvencia de una entidad financiera. Para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la regulación de los mercados de valores se lleva a cabo a través de las denominadas normas de estructura, relativas a las exigencias de capital, solvencia o liquidez que se establecen para las entidades que operan en este ámbito; y las normas de comportamiento, mediante las que se imponen obligaciones de información a los participantes en los mercados. Estas últimas resultan esenciales, porque el principio fundamental en que se basa la normativa es el de transparencia informativa (divulgación completa). Si hablamos de un inversor minorista sus posibilidades de estar informados están más limitadas. No son profesionales de la inversión –por así decirlo–, y por ello la información del folleto es, si cabe, más importante (SSTS de 23/2016 y 24/2016, ambas de 3 de febrero; y 380/2021, de 1 de junio, y 770/2021, de 5 de noviembre, sobre la responsabilidad por inexactitudes en el folleto).

Ahora bien, como es de ver en el caso, cuando se trata de ofertas públicas de adquisición de valores negociables que combina el suscriptor minorista y el cualificado la pregunta es si, para estos últimos, la transparencia, la información del negocio, requieren de la exis-

tencia del folleto, que facilite al inversor una idea correcta sobre «la situación económica y financiera del emisor de los valores, sobre las perspectivas de su negocio, sobre las características de los títulos que se van a ofertar y sobre las condiciones de la propia oferta». No hay dudas respecto del minorista por su condición más débil en relación con la banca y los mercados; sin embargo, la cualidad de inversor profesional acostumbrado de Cuitas, ¿le permite invocar las deficiencias informativas o la obligatoriedad del prospecto –o folleto– con el contenido indicado?

La STJUE de 3 de junio de 2021 (C-910/19) aclara esta cuestión: la información es esencial, la fiable información sobre las acciones que se van a comprar, pues evidente que se trata de proteger al inversor, así como el buen funcionamiento de los mercados. El comprador-inversor debe tener la información adecuada que le permita tomar las decisiones «con conocimiento de causa». La sentencia, a estos efectos, no distingue entre inversores cualificados o minoristas, sino que busca la máxima garantía de compra dentro de un mercado financiero equilibrado y justo, que provoque la confianza y la seguridad. Al sentenciar así la cuestión, no se restringe, por consiguiente, la facultad de que Cuitas invoque las deficiencias del folleto informativo, aunque se trate de un inversor cualificado y mayoritario. Esa denuncia conlleva necesariamente la petición de responsabilidades civiles. Porque la excepción que prevé el artículo 4 del Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado y por el que se deroga la Directiva 2003/71/CE, no impide o excluye (o se interpreta por el Tribunal de Justicia) a Cuitas de la misma posibilidad de información que tiene el minorista; y si su artículo 11, sin excepción alguna, establece la responsabilidad civil por los defectos de información, este es otro dato a tener en cuenta en la misma dirección, sin que las mayores posibilidades de conocimiento del mercado de Cuitas, por sus propios medios, impidan el acceso general de conocimiento que proporciona el folleto. Siendo así, es legítimo que los inversores cualificados invoquen la información contenida en dicho folleto y que, en consecuencia, puedan ejercitar las acciones de responsabilidad del artículo 11 del reglamento por esa información, aunque no sean sus destinatarios. Un artículo que nos dice:

Los Estados miembros se asegurarán de que la responsabilidad de la información que figura en un folleto recaiga al menos en los emisores o sus organismos administrativos, de gestión o supervisión, en el oferente, en la persona que solicita la admisión a cotización en un mercado regulado o en el garante, según el caso. Las personas responsables del folleto estarán claramente identificadas con su nombre y cargo o, en el caso de las personas jurídicas, los nombres y el domicilio social, así como por una certificación hecha por ellas según la cual, a su entender, los datos del folleto son conformes a la realidad y no se omite en él ningún hecho que por su naturaleza pudiera alterar su alcance.

Artículo con contenido parecido al 38.1 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del mercado de valores.

3. ¿Se puede exigir responsabilidad al banco por el contenido inexacto de un folleto que sí contempla una nota de síntesis? De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿qué plazo hay para reclamar?

La precisión es importante, porque no toda irregularidad o carencia de contenido informativo conlleva la responsabilidad del emisor, del banco Sumas, SA. Aquí se trata de saber los criterios que pueden concretar esa responsabilidad del banco. Es decir, advertido que cabe exigir la responsabilidad civil por un inversor mayorista, y asumido también cómo debe ser la información (cuestiones una y dos), ahora nos centramos en los alegatos que podría utilizar Cuitas, que podrían constituir la base o el objeto de su demanda cuando la información del folleto es sintética.

Pero por el banco se alega –según expone el supuesto fáctico–

que no se le puede exigir ninguna responsabilidad porque el folleto contiene información fundamental que necesitan los inversores para comprender las características y riesgos del emisor, del garante y de los valores ofertados o admitidos a cotización en un mercado regulado, para ser leída conjuntamente con las demás partes del folleto a fin de ayudarles a decidir si deben invertir o no en estos valores.

También se nos dice que existen «carencias o inexactitudes secundarias».

Pues bien, si el folleto solo contiene informaciones falsas u omisiones relevantes, ¿contiene necesariamente inexactitudes relevantes? La norma concede al inversor la acción para resarcirse de los daños y perjuicios sufridos (art. 38.3 del texto del refundido de la Ley del mercado de valores). Re caerá, al menos, sobre el emisor, el oferente o la persona que solicita la admisión a negociación en un mercado regulado y los administradores de los anteriores. Las informaciones inexactas, engañosas..., todo aquello que, bien por constatación, bien por omisión, puede perjudicar la transparencia y la fidelidad tan necesaria para tomar la decisión de contratar, de suscribir la oferta de acciones, la compra de valores negociables en Bolsa. Y toda información correcta sobre la situación económica y financiera del banco, así como las previsiones de futuro que permiten conformar una voluntad sobre la inversión que se va a realizar. Todo ello es lo determinante para decidir esta cuestión.

Se interpreta que lo falso debe ser entendido en su versión más amplia, por consiguiente, las meras inexactitudes o datos desactualizados son relevantes. Como evidentemente las versiones informativas falsas a sabiendas. Las manifestaciones de la entidad tienen dos frentes: por un lado, Sumas se acoge a la defensa de la condición de inversor cualificado de Cuitas, y al respecto ya hemos contestado que el argumento decae y lo hace jurídicamente desestimable. Por otro, la alegación de un folleto que contiene inexactitudes tampoco parece obtener una respuesta favorable. Pero es que hay una tercera cuestión añadida a las dos anteriores: el recurso a la nota de síntesis del folleto con el contenido indicado en el su-

puesto fáctico. Una nota que se contempla en el artículo 7 del Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017. Respecto de esta, el mismo reglamento señala que «el contenido de la nota de síntesis deberá ser exacto, imparcial y claro, y no deberá ser engañoso. La nota de síntesis se considerará una introducción al folleto y será coherente con las otras partes del folleto». Por tanto, también decae el argumento del banco por las razones expuestas, pues como, nos indica el artículo 38 de la LMV:

No se podrá exigir ninguna responsabilidad por causas relacionadas exclusivamente con la nota de síntesis a que se refiere el artículo 7 del Reglamento (UE) n.º 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, o con la nota de síntesis específica del folleto de la Unión de crecimiento contemplada en el artículo 15.1 de dicho reglamento, incluida su traducción, salvo que: a) sea engañosa, inexacta o incoherente con las demás partes del folleto, o b) no contenga, leída conjuntamente con el resto del folleto, la información fundamental destinada a ayudar a los inversores a decidir si deben invertir o no en los valores.

En definitiva, la responsabilidad de Sumas se contempla, según dispone el artículo precitado –además de lo apuntado para el supuesto de la nota de síntesis–, en los demás casos:

a) Por «todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto o del documento que en su caso deba elaborar el garante», que deban producir un perjuicio patrimonial.

En cuanto al plazo para reclamar, ese mismo artículo prevé que Cuitas dispondrá de cuatro años para ejercitar las acciones legales. Plazo que se cuenta desde que hubiera tenido conocimiento de la falsedad o de las omisiones del folleto.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 24/1988 (mercado de valores), arts. 30 bis, 78 bis y 78 ter.
- Real Decreto legislativo 4/2015 (TR mercado de valores), arts. 35, 38.1, 205 y 207.
- Real Decreto 1310/2005 (desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, del mercado de valores en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos), art. 39.
- Reglamento 2017/1129 (sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado), arts. 1.4, 4, 7, 11 y 15.

- Directiva 2003/71 (sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización), arts. 3, 6 y 8.
- STJUE C-910/19, de 3 de junio de 2021 (NCJ065535).
- SSTS 23/2016 (NCJ060775) y 24/2016 (NCJ060994), de 3 de febrero, y 382/2019, de 2 de julio (NCJ064144).

Recurso contra sentencia desestimatoria en acción de impugnación de un acuerdo de disolución de una sociedad limitada

Pedro Mario González Jiménez

Profesor contratado doctor (acred.) de Derecho Mercantil.

Universidad de Córdoba (España)

d12gojip@uco.es | <https://orcid.org/0000-0002-4684-2751>

Enunciado

Un empresario español y otro extranjero constituyen una sociedad limitada para realizar nuevos proyectos empresariales dedicados a la energía renovable fuera de España. Como administrador único designan al empresario extranjero, puesto que contaba con experiencia en el sector y en los países donde se pretendía invertir. En cuanto a la distribución del capital, la mayoría (más del 70 %) la ostenta una sociedad mercantil propiedad del administrador, mientras que una sociedad propiedad del inversor español se queda con una participación minoritaria (menor al 12 %). Por otro lado, casi todo el capital se destina a comprar unos terrenos en cierto país extranjero con el propósito de que fuesen utilizados para la explotación de un proyecto de energía solar. Sin embargo, según se le comunica al socio español, llegado un momento resulta imposible llevar a cabo ese proyecto ya que, según parece, existen revueltas en los terrenos adquiridos que incluso ponen en peligro la integridad física de los trabajadores y del administrador.

En febrero de 2014 la demandada remite al cliente mediante burofax la convocatoria de una junta general que se habría de celebrar en el domicilio social el 24 de marzo de 2014. Esta estaba firmada por el administrador de la sociedad (el empresario extranjero) y su orden del día era el siguiente: 1.º Aprobar, en su caso, las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2011 y 2012 y la propuesta de aplicación del resultado de cada uno de ellos; 2.º

Aprobación, en su caso, de la gestión del administrador único; 3.º Análisis de situación de la sociedad y medidas a adoptar, así como la conveniencia de proceder a la liquidación de la sociedad; 4.º Redacción y aprobación del acta.

El socio minoritario (en este caso, potencial recurrente) no acude a la junta convocada, en la creencia razonable de que, tal como se deduce de conversaciones telefónicas que obran en el expediente, había quedado suspendida, con motivo de la imposibilidad de asistencia del administrador. Sin embargo, finalmente el administrador no apareció, pero sí un representante.

De la literalidad del acta aprobada de la junta de socios supuestamente celebrada en marzo de 2014 se verifica, a efectos del presente procedimiento, lo siguiente: a) el único socio que asiste es el socio mayoritario, una sociedad administrada por el empresario extranjero que también era el administrador único de la sociedad cuya junta se celebra; b) no asisten los socios minoritarios; c) se dice que asiste el administrador único, si bien esto queda refutado por las pruebas aportadas por la sociedad demandante; d) los puntos primero y segundo, referidos a las cuentas anuales de 2011 y 2012, se aprueban, y e) se acuerda la liquidación de la sociedad en virtud del artículo 363.1 c) del TRLSC, esto es, por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.

Con fecha 18 de abril de 2014 el administrador único de la sociedad que se pretende liquidar remite un burofax al recurrente, socio minoritario, con la finalidad de «hacerle partícipe del alcance de los acuerdos a los que se llegó en la Junta General de la sociedad celebrada en su sede social en marzo de 2014». Tal comunicación fue recibida por el socio minoritario el día 23 de abril. En la misma se indicaba la existencia de un acuerdo de liquidación materializado a través de un sistema de liquidación de activos por medio de subasta pública, aclarando que la misma se había señalado para el 23 de abril de 2014 en una notaría de cierto país extranjero, esto es, el mismo día en que el socio minoritario recibía la notificación. De modo que a pesar de la trascendencia de la información que se traslada al socio minoritario (liquidación de la sociedad y venta de activos mediante subasta en el extranjero), la comunicación sobre el acuerdo adoptado el 24 de marzo se realiza mediante comunicación tan solo días antes de la celebración de la subasta y casi un mes después de la adopción del acuerdo.

Más tarde, se convoca una junta para aprobar el balance de liquidación el 5 de enero de 2015, el cual es aprobado por el socio mayoritario. El socio minoritario solicita información, pero la administración niega todas y cada una de las peticiones del minoritario sobre la base de justificaciones de carácter jurídico formal.

El resultado final es que de la inicial aportación por el empresario español de la cantidad de 300.000 euros, de los cuales 275.000 euros son en concepto de prima de emisión, se queda (como resultado del acuerdo de disolución, operaciones liquidatorias y reparto del haber social) con 450 euros. Los fondos van a parar, por un lado, a las enormes minus-

valías de los terrenos a cuya subasta no pudo acudir la socia minoritaria y que adolece de gran opacidad, y por otro, a trabajos realizados por otras empresas en las que el empresario extranjero es administrador o tiene una participación considerable. El asunto se lleva a la jurisdicción penal donde es desestimado.

Insatisfechas las pretensiones en la vía penal, dado que en el acta notarial el representante del demandante en la junta, al final de su intervención, dejó salvaguardados los derechos de impugnación tanto de la junta de 5 de enero de 2015 como de la de 24 de marzo de 2014, decide interponer una demanda para impugnar los acuerdos.

Por lo que respecta a la junta general de marzo de 2014, la acción de impugnación de acuerdos sociales ejercida por la parte actora se fundó en lo siguiente: a) su nulidad por no asistencia a la junta del administrador de la sociedad demandada, b) nulidad del acuerdo de disolución y liquidación adoptado en la junta por la inexistencia de la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, c) nulidad de la junta por defectuosa convocatoria, ya que el orden del día debe ser redactado con claridad, sin que sea suficiente una referencia genérica o expresada en términos ambiguos o indeterminados, y d) nulidad por conflicto de intereses. Inexistencia de real manifestación de voluntad en la junta presuntamente celebrada.

Por otro lado, en lo que concierne a los acuerdos adoptados en junta general de fecha 5 de enero de 2015, señaló como motivos de impugnación de los acuerdos sociales: a) que la liquidación y operaciones liquidatorias nunca fueron llevadas a cabo por la persona designada como liquidador, sino por el socio mayoritario, b) la vulneración del derecho de información y c) la falta de balance final.

A las causas de nulidad y anulabilidad expuestas por la parte actora se opuso la parte demandada, quien señaló que la acción entablada por la parte actora respecto a la impugnación de ambos acuerdos estaría caducada, a tenor de la legislación aplicable por la fecha de aprobación de los distintos acuerdos impugnados. En este punto el régimen legal aplicable es el siguiente:

Respecto de los acuerdos adoptados en junta general de fecha 24 de marzo de 2014, es de aplicación el artículo 205 de la TRLSC anterior a la reforma operada en dicho precepto por la Ley 31/2014, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo (en adelante, LMGC). En cuanto a los acuerdos adoptados en junta general de 5 de enero de 2015, es de aplicación lo establecido en el artículo 390.2 de la TRLSC, en su redacción vigente en el momento de la adopción de estos acuerdos, es decir, el plazo de impugnación del acuerdo aprobatorio del balance de liquidación es de dos meses a contar desde la fecha de su adopción.

Así las cosas, la juzgadora le da la razón a la parte contraria al entender que tanto la acción de impugnación de la junta de 2014 como la referida a la junta de 2015 está caduca-

da. La acción para impugnación de los acuerdos adoptados en la junta general de fecha 5 de enero de 2015 lo estaría, a su juicio, por cuanto la misma fue entablada en fecha 24 de marzo de 2016 (fecha de interposición de la demanda), por ello transcurridos más de dos meses desde la adopción del acuerdo.

Igual suerte desestimatoria corre la acción entablada para impugnar los acuerdos adoptados en junta general de fecha 24 de marzo de 2014, una vez examinada la figura de la caducidad a la luz del texto de la norma vigente al tiempo de su aprobación. En opinión de la juzgadora, el artículo 205 del TRLSC aplicable al caso por razones temporales establece en su apartado primero que la acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año, entendiéndose por tales los que puedan ser contrarios a la ley, quedando exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público. Por ello, han de considerarse caducados debido a que en el presente caso no estamos ante un acuerdo contrario al orden público.

La juzgadora llega a esta conclusión citando la STS de 30 de mayo y de 29 de noviembre de 2007, que en lo que respecta a la doctrina sobre el concepto de orden público dice que

el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdo, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarlos de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE.

También cita la STS de 26 de septiembre de 2006, a tenor de la cual se resalta el carácter excepcional que el concepto de orden público presenta respecto de la caducidad de la acción de impugnación, fenómeno procesal que ha de ser la regla general. Destaca la juzgadora que la apreciación de la afectación al orden público de los acuerdos impugnados debe ir ligada al examen del caso concreto, sin que de manera genérica cualquier vulneración de los derechos del socio suponga que nos encontramos ante acuerdos contrarios al orden público, por esenciales y relevantes que sean tales derechos, como ocurre con la vulneración del derecho de información, para lo cual cita la STS de 10 de noviembre de 2004, entre otras.

De modo que, en síntesis, sostiene que para atender a la excepcionalidad del concepto de orden público se ha de estar en presencia, o bien de acuerdos que vulneren derechos fundamentales y, singularmente, en lo que nos ocupa, el derecho a la tutela judicial efectiva, o bien ante acuerdos que, de modo ineluctable, por su contenido, resulten contrarios a los principios configuradores del tipo social.

En particular, en el caso concreto de la junta general se podría apreciar que la existencia de acuerdos contrarios al orden público se relaciona con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y parte de dos presupuestos: el primero es que el socio se

vea privado de su derecho de la propia participación en la formación de la voluntad social. Pero este presupuesto no es suficiente. Se requiere además que el acuerdo permanezca oculto. Al respecto, señala que incluso carece de sentido que acuerdos adoptados impidiéndose al socio ejercer su derecho, pero conocidos por este, puedan ser asimilados a los acuerdos contrarios al orden público, por lo que debe rechazarse que la mera vulneración del derecho ya sirva para destruir la regla de la caducidad, ya que ello no comporta por sí la infracción del derecho a la tutela judicial, dado que el socio interesado podrá acudir a los tribunales dentro del plazo de caducidad establecido para el ejercicio de las acciones de impugnación.

De ahí que la juzgadora concluya que no nos encontramos ante un acuerdo que haya permanecido oculto, sino que se conocía desde un principio, primero al haberle sido notificada la convocatoria a junta y después al haberle sido notificada el acta de la junta que contenía los acuerdos adoptados. Por último, tampoco nos encontramos ante acuerdos frontalmente atentatorios contra principios configuradores de la sociedad y, como tal, contrarios al orden público. El acuerdo de disolución y liquidación adoptado no solo no resulta contrario al orden público en esta vertiente, sino que contempla una posibilidad prevista en el TRLSC.

Tras su disertación sobre el concepto de orden público, la sentencia comentada examina la nulidad de los acuerdos adoptados en la citada junta por inasistencia a la misma del administrador social. En este punto trae a colación la STS de fecha 19 de abril de 2016, la cual advierte que la ausencia de los administradores sociales, como regla general, no puede ser considerada como causa de suspensión o nulidad de la junta general, puesto que ello sería tanto como dejar al albur de los administradores la posibilidad de expresar la voluntad social a través de las juntas generales. Cabe extraer así la conclusión de que la ausencia de los administradores en la celebración de la junta, a pesar de ser obligada y poder generar responsabilidad por incumplimiento de una obligación inherente al cargo, no determina de forma automática su suspensión o nulidad. Esto se matiza sensiblemente cuando la ausencia puede ser determinante de la privación de algún derecho de los socios, como el derecho de información. Circunstancia que en el presente caso considera la juzgadora que no concurre en tanto que la parte actora, socio de la demandada, tampoco concurrió a la celebración de esta junta, por lo que el ejercicio de ninguno de sus derechos se vio conculcado al tiempo de la celebración de esta y menos su derecho de información al tiempo de la misma, por cuanto no fue ejercitado debido precisamente a su propia ausencia. Además, advierte que aunque el administrador no puede delegar su asistencia, ello no implica una prohibición a que en el seno de la junta general pueda proporcionarse a los socios información que no provenga del órgano de administración (STS de 30 de abril de 2016).

Por último, en lo que respecta a la falta de claridad en la redacción de los puntos del orden del día a tratar, brevemente concluye la juzgadora que tampoco se puede compartir en tanto que el orden del día tras su lectura resulta claro y preciso, siendo un hecho evidente que no procederá la liquidación de la sociedad si con carácter previo no se acuerda la disolución de esta.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Están caducadas las acciones de impugnación de la junta celebrada en 2014 o de la junta celebrada en 2015?
2. ¿Es conforme a derecho cómo se formula el orden del día?
3. ¿Es motivo de impugnación la falta de asistencia efectiva del administrador a la junta general?
4. Comente si resulta controvertible o no el concepto de orden público al que alude la sentencia recurrida tomando en consideración cada uno de estos hechos: a) la simulación de la junta de socios; b) la falta de claridad en la convocatoria, la ausencia del administrador social y el incumplimiento del deber de información, y c) la causa legal de disolución.
5. ¿Es aplicable el plazo de 2 meses del artículo 390 de la TRLSC en lo que concierne a la junta de 2015?

Solución

1. ¿Están caducadas las acciones de impugnación de la junta celebrada en 2014 o de la junta celebrada en 2015?

El poder de la junta general no es omnímodo. Aunque se erige en el órgano soberano de la sociedad, su actividad debe acomodarse siempre al respeto de lo establecido en la ley y en los estatutos, así como a lo que constituye las bases esenciales de la sociedad. Sin embargo, cierto es que en la práctica societaria no son infrecuentes los casos en los que estos límites quedan socavados. Por esta razón, el derecho societario establece un sistema de impugnación de acuerdos que constituye, por un lado, la piedra angular de las garantías a favor de los minoritarios, del interés de la sociedad y de la legalidad de sus acuerdos y, por otro, un límite eficaz para frenar los abusos de poder de las mayorías.

Al respecto, cabe destacar que dicho régimen sufre una modificación importante a finales de 2014 con motivo de la aprobación de la LMGC. Con anterioridad a esta norma, eran acuerdos impugnables los contrarios a la ley, a los estatutos y aquellos que se adoptasen en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros y lesivos para los intereses de la sociedad. Contra los acuerdos contrarios a la ley se podía ejercitar acción de nulidad en el plazo de caducidad de un año a contar desde la adopción del acuerdo y contra los otros dos supuestos, esto es, contrarios a los estatutos o a los intereses de la sociedad, 40 días a contar desde la adopción del acuerdo o desde la inscripción en el BORME si es que estos fuesen inscribibles. Sin embargo, a partir de la reforma, si bien siguen siendo impugnables los mismos acuerdos, las acciones de impugnación difieren. No en vano, desaparece la distinción

entre nulidad y anulabilidad y, en consecuencia, también los distintos plazos de impugnación. En la actualidad, por lo tanto, todas las acciones tienen un plazo de caducidad de un año, salvo los acuerdos contrarios al orden público, cuya acción no caduca ni prescribe.

El régimen aplicable a la junta de marzo de 2014 ha de ser el establecido en el sistema de impugnación anterior a la aprobación de la LMGC, ya que esta entra en vigor en un momento posterior a la celebración de la junta y no puede ser aplicable. De modo que consideramos que *las acciones de nulidad no habrían caducado* y, por ello, no sería necesario atender a la excepción de orden público si tomamos en consideración dos argumentos:

Primero. El acuerdo se recoge por escrito, por lo que el primer día a considerar para el cómputo del plazo en lo que respecta a la caducidad de la acción de impugnación es aquel en que se recibe el acta¹. El motivo es fácil de entender. Como bien dice la juzgadora, el acuerdo no permaneció oculto. Pero también es una realidad que el recurrente no asistió a la junta, por lo que no pudo conocer el acuerdo hasta que le fue notificado. Si se trata con indiferencia este hecho, se otorga una vía a los administradores y a los socios mayoritarios para lograr que no prosperen impugnaciones acortando, intencionadamente, el plazo real del que dispone el socio minoritario para plantear la impugnación. De ahí que por sistemática jurídica deba de considerarse que el cómputo del plazo de caducidad no puede empezar el mismo día de celebración de la junta cuando este se adopte por escrito y el socio que ejercita la acción de impugnación haya estado ausente.

Segundo. Si seguimos un concreto criterio para la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo del año, la acción caducará el 25 de marzo, no el 24 (Álvarez Sánchez de Movellán, 2015a). En particular, consideramos que debe seguirse el criterio del *dies a quo non computatur in termino*. A favor de esta tesis se ha manifestado la doctrina justificando que como *dies a quo* debe entenderse, como criterio general, el siguiente día de la adopción del acuerdo (art. 5 CC) (Gimeno Sendra, 1990). Aunque hay voces que defienden la tesis contraria, esto es, empezar el cómputo desde la fecha del acuerdo (en nuestro caso, el 24 de marzo de 2014), esta interpretación no se comparte. El precepto que recoge el año de caducidad no constituye una norma especial frente a la común del artículo 5 del CC, además, en todo caso, al incidir dicho plazo en el ejercicio de un derecho fundamental, como es el de tutela, debe inclinarse la balanza hacia el lado de la interpretación más favorable a su ejercicio.

2. ¿Es conforme a derecho cómo se formula el orden del día?

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que la literalidad del orden del día no ha de ser plenamente coincidente con el acuerdo adoptado². Por el contrario, la ley úni-

¹ Entre otros, *vid.* González Pajuelo (2015) y Morales Barceló (2019).

² STS de 28 de noviembre de 1991, núm. 8573/1991.

camente requiere que el orden del día sea completo y que esté redactado con suficiente claridad, esto es, que se evite la vaguedad y se contenga la información suficiente para que los socios intervengan en las deliberaciones y votaciones con una preparación adecuada³. Esto, además, sin ser sorprendidos con deliberaciones sobre puntos que no hubiera motivo para pensar que iban a ser abordados en la junta general⁴. El carácter sorpresivo es, por tanto, el elemento clave para discernir si la convocatoria fue clara o no.

3. ¿Es motivo de impugnación la falta de asistencia efectiva del administrador a la junta general?

Respecto a la ausencia del administrador en la junta general, la argumentación de la juzgadora es intachable. Pese a existir esa obligación legal del administrador, esto no es lo que interesa al régimen de impugnación de acuerdos, no al menos en cuanto a aspecto formal. Preocupa en la medida que imposibilita el derecho de información del socio. Como bien asegura la juzgadora, al estar este ausente y acudir, en todo caso, un representante del administrador informado, no puede estimarse este motivo. Ello no es obstáculo, sin embargo, para que se analice la vulneración del derecho de información anterior a la celebración de la junta.

Al respecto, cabe destacar que el derecho de información de los socios se concibe por la jurisprudencia como un derecho de carácter esencial, irrenunciable y necesario para que el socio pueda conformar su voluntad y poder ejercer de forma responsable su voto⁵. No obstante, el derecho no puede convertirse en un entorpecimiento innecesario y perjudicial para la vida de las sociedades. Si bien, es cierto que esta jurisprudencia es matizada por aquella otra que afirma que no puede considerarse cumplido adecuadamente el derecho de información del socio en la junta general argumentando que ya antes tuvo ocasión de solicitar información más detallada por escrito⁶. A pesar de ello, huelga decir que no faltan casos en los que el Tribunal Supremo ha declarado la validez de los acuerdos señalando que la motivación de la impugnación del acuerdo en la infracción del derecho de información se había realizado de mala fe o abuso de derecho⁷. Ello ocurrirá cuando la única intención sea conseguir a toda costa la nulidad de un acuerdo contrario a los intereses del impugnante⁸.

³ SSTs de 28 de noviembre de 1991, núm. 8573/1991; 14 de junio de 1994, núm. 4820/1994; 17 de mayo de 1995, núm. 3924/1995, y 4 de marzo del 2000, núm. 1502/2000.

⁴ STS de 17 de mayo de 1995, núm. 3024/1995.

⁵ SSTs de 9 de julio de 1996, núm. 8788/1996; 21 de octubre de 1996, núm. 7167/1996, y STS de 15 de diciembre de 1998, núm. 9636/1998.

⁶ STS de 16 de diciembre de 2002, núm. 10750/2002.

⁷ STS de 8 mayo de 2003, núm. 3888/2003.

⁸ STS de 31 de julio de 2002.

4. Comente si resulta controvertible el concepto de orden público al que alude la sentencia recurrida tomando en consideración cada uno de estos hechos: a) la simulación de la junta de socios; b) la falta de claridad en la convocatoria, la ausencia del administrador social y el incumplimiento del deber de información, y c) la causa legal de disolución.
- a) La simulación de la junta y el concepto de orden público.

En el supuesto que nos ocupa parece razonable entender que la junta no se celebró en realidad, sino que tan solo hay una simulación *a posteriori*. Alcanzar tal conclusión no es descabellado en la medida en que puede ser una práctica habitual de la sociedad no reunirse y pactar el contenido de las actas. Además, la cancelación de la junta se puede sobreentender de las conversaciones mantenidas por los empresarios y de las contradicciones reflejadas en el acta, como por ejemplo la falsa presencia del administrador en la junta. De considerarse una simulación, ha de traerse a colación la doctrina que ha considerado que no ajustarse a la realidad y tener el propósito de eludir la intervención de algún socio es contrario al orden público⁹. Cabría preguntarse, por consiguiente, si interesaba que el socio recurrente no participase activamente en el fin de la sociedad.

No es inverosímil sostener que, en puridad, lo que se perseguía convocando, desconvocando y finalmente celebrando (presuntamente) la junta era evitar la intervención en la misma del socio-recurrente, el cual estaba pidiendo explicaciones de la gestión, las cuentas y las operaciones de la sociedad en mitad de un proceso que acabó, finalmente, con una empresa fuertemente descapitalizada. Ciertamente es que en ese caso la conducta ilegal debe ir acompañada de una intención con efectivo perjuicio, lo que se puede inferir de la STS de 18 de mayo de 2000 cuando afirma que el concepto de orden público «se aplica a acuerdos que suponen un ataque al socio siempre con una finalidad, la de privarlos de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 CE»¹⁰.

Sostiene esta consideración la STS de 30 de mayo de 2007, la cual asegura que «crear la apariencia de junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de los socios que desconocen su existencia ataca a los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal afectando al orden público»¹¹. Así, un acuerdo sería contrario al orden público por sus circunstancias si se hace valer un acuerdo adoptado en una junta que realmente no se celebró, esto es, aquellos acuerdos inexistentes o simulados (Morales Barceló, 2019).

⁹ STS de 5 de febrero de 2002, núm. 1600/2000.

¹⁰ STS de 30 de mayo de 2007, núm. 596/2007. *Vid.* Álvarez Sánchez de Movellán (2015b).

¹¹ STS de 30 de mayo de 2007, núm. 596/2007 (NCJ044804).

De hecho, tal es la relevancia de la noción de «circunstancias» en lo que respecta al orden público que tras la reforma introducida por la LMGC se introdujo el concepto de «acuerdos que por sus circunstancias fueran contrarios al orden público» frente a la redacción precedente que no se refería a las circunstancias, sino solo a los acuerdos que contradigan el orden público por sus «causas o contenido». Ciertamente es que hay quien no cree que la finalidad de esa incorporación sea ampliar el concepto de orden público ni que una expresión indeterminada como las «circunstancias» sirva para ello (González Fernández, 2017). Sin embargo, algún autor ha confirmado que, teniendo en cuenta sus antecedentes, este término debe referirse a acuerdos realmente inexistentes o, simplemente, falsos, tal como se desprende del Estudio de la Comisión de Expertos de la LMGC (Vidal Calvo, 2016).

- b) La falta de claridad en la convocatoria, la ausencia del administrador social y el incumplimiento del deber de información desde la perspectiva del concepto de orden público.

La ausencia del administrador como tal no conlleva la impugnación de los acuerdos. Es muy complicado pensar que la mera ausencia del administrador convierte el acuerdo en contrario al orden público, puesto que eso sería emplear una interpretación formalista que la doctrina y la jurisprudencia tienen más que descartada. Lo que interesa en todo caso no es la ausencia del administrador en sí, sino la cuestión acerca de si esa ausencia vulnera el derecho a la información del socio durante la junta. Dado que el recurrente no asistió y que en la junta había un representante informado, en ningún caso es posible estimar este motivo de impugnación.

Respecto de la vulneración del derecho de información antes de la celebración de la junta, cabe destacar que solo será impugnabile un acuerdo cuando la información no suministrada sea esencial para el ejercicio razonable del derecho de voto o cualquier otro derecho de participación. De hecho, el actual artículo 204.3 del TRLSC establece que no será motivo de impugnación la incorrecta o insuficiencia de la información solicitada antes de la celebración salvo que esa información fuese esencial para el ejercicio por parte del socio de algún derecho de participación. Lo que no estaría amparado en las causas de impugnación sería la ausencia total de información antes de la junta. A este respecto, cabe destacar que es esencial cuando sea sustancial para el ejercicio de los derechos y no es esencial cuando es innecesaria para la tutela de los derechos del socio. De modo que hay que acudir al llamado test de relevancia. Solo cuando la infracción sea relevante, por haber podido influir en el voto del socio, será posible impugnar el acuerdo social. Además, en todo caso, el ejercicio del derecho ha de ser razonable, lo que significa que el ejercicio debe ser de buena fe y no abusivo.

Con esto queremos decir que ya de por sí incluso en el supuesto general dentro del plazo de caducidad de un año la falta de información ha de revestir un carácter importante. Ello obliga a considerar la falta de información como motivo de que un acuerdo sea contrario

al orden público como algo muy excepcional y para los casos más graves. De manera que esto solo sería posible si se demuestra que la falta de información causó indefensión al recurrente. Además, el hecho de que se acudiese a la vía penal dificulta que se estime este punto, puesto que se podría entender que el ejercicio de la acción de impugnación y fuera del plazo de un año no es de buena fe y que reviste un carácter abusivo.

Por último, la falta de claridad del punto 3.º de la convocatoria es una cuestión controvertida. Hay argumentos a favor y en contra:

A favor. El orden del día no es una exigencia caprichosa del ordenamiento, sino que tiene una doble finalidad: por un lado, informa a los socios de los asuntos a tratar para que estos, junto con el ejercicio del derecho de información, puedan ejercer debidamente sus derechos políticos. Por otro, controla los acuerdos una vez adoptados, evitando acuerdos sorpresivos que pudieran adoptarse, bien en ausencia de un socio, bien sin el previo conocimiento de su adopción por parte de este. La única excepción a esta regla son los asuntos expresamente previstos en la ley y el supuesto de la junta universal del artículo 178 de la TRLSC¹².

De la doble finalidad expuesta, se deriva la jurisprudencia acuñada por la STS 95/2006, de 13 de febrero, merced a la cual el TRLSC

exige que la convocatoria cumpla una serie de formalidades con la función empírica de posibilitar información al socio y, al fin, servir de medio de defensa de su derecho a asistir a las juntas generales, votar de modo consciente y reflexivo en ellas, solicitar asesoramiento e información para valorar la trascendencia de los temas y, al fin, permitir al ausente ejercer un control de la legalidad de los acuerdos que se adopten mediante la impugnación de aquellos que no se correspondan con el orden del día de la convocatoria, derechos que son de difícil ejercicio en caso de convocatorias incompletas, ambiguas o indeterminadas.

Por este motivo,

la convocatoria debe contener el orden del día, en el que figuran los asuntos a tratar, como se ha dicho con el doble fin de que la emisión del voto vaya precedida de la necesaria reflexión y de que la buena fe de los socios que decidieron no asistir no se vea sorprendida por la inclusión de cuestiones no anunciadas¹³.

¹² Ampliamente, sobre la junta universal y los problemas que ha planteado en el Derecho societario español (hoy ya resueltos): Miranda Serrano (2002, pp. 71 y ss.).

¹³ En ese sentido, además, SSTS de 17 de mayo de 1995 y 12 de julio de 2005.

En el asunto que nos ocupa, el punto 3.º de la convocatoria señala como materia a tratar el «análisis de situación de la sociedad y medidas a adoptar, así como la conveniencia de proceder a la liquidación de la sociedad». Merced a lo cual se adopta la disolución de la sociedad por motivo del artículo 363 c) del TRLSC, esto es, por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social. Cabe por tanto, en suma, preguntarse si dicho punto de la convocatoria adolece de ambigüedad o indeterminación, de modo que los derechos del socio se vean conculcados o que el socio que decidió no asistir se vea sorprendido por la inclusión de cesiones no anunciadas.

Cierto es que podría considerarse que (a) el punto 3.º no goza de la claridad debida por ser ambiguo e indeterminado y (b) dicha ambigüedad e indeterminación ha conculcado derechos del socio y sorprendido al socio no asistente.

a) El punto 3.º no goza de la claridad debida por ser ambiguo e indeterminado.

Por un lado, el adjetivo ambiguo significa que el sustantivo al que acompaña puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión. Por otro, el adjetivo indeterminado implica falta de determinación, esto es, de exactitud. En este sentido, ha de considerarse que el punto 3.º de la convocatoria es ambiguo e indeterminado por los siguientes motivos:

- 1.º Contraposición del lenguaje empleado en los puntos 1.º, 2.º y 3.º. En los puntos 1.º y 2.º se utiliza un lenguaje conciso que no deja lugar a dudas sobre la cuestión a tratar.
- 2.º La lectura del punto 3.º sugiere una mera discusión acerca de las posibilidades con las que cuenta la sociedad, entre las cuales se encuentra la liquidación, pero en ningún momento señala que la presente junta tenga por finalidad aprobar o no la disolución de la sociedad.

En otras ocasiones (STS de 25 de marzo de 1988) no se ha considerado suficiente un enunciado como el de «estudio de los estatutos» cuando después se ha producido la modificación de diversos artículos no especificados e, incluso, en doctrina muy rigurosa (STS de 29 de diciembre de 1999), el Tribunal Supremo ha entendido que se había producido la infracción de la exigencia legal referida cuando en la convocatoria no se fijaba el importe de la ampliación, ni se expresaba si podía hacerse por emisión de nuevas acciones o por elevación de valor.

En contra. A pesar de lo expuesto más arriba, cabe decir que no es suficiente afirmar que determinado supuesto incurre en falta de claridad para mantener la nulidad de la convocatoria y, por ende, de los acuerdos adoptados. Es preciso analizar el supuesto de hecho concreto para poder concluir si una determinada convocatoria, en atención a su contenido y a las circunstancias en que se ha producido, se ha llevado a cabo con violación de los

derechos individuales del socio. Es preciso determinar si según las circunstancias del supuesto concreto, la falta de claridad de la convocatoria ha derivado en una violación de la situación jurídica del socio disidente que justifique un reproche de nulidad. A este respecto, resultaría del todo punto desproporcionado considerar inválida la convocatoria y por ende los acuerdos sociales adoptados cuando del expediente resulta que el socio disidente conoció –o pudo conocer con antelación suficiente– con exactitud el concreto alcance y efectos de los asuntos a tratar en junta y las consecuencias económicas y societarias que de los mismos pudieran resultar.

En todo caso, es necesario enfatizar que la cuestión que consideramos controvertida es si la falta de claridad podría suponer la impugnación dentro del plazo general de caducidad de un año. En cambio, consideramos evidente que la falta de claridad en ningún caso puede ser considerada tan grave como para que se aplique el concepto excepcional y restrictivo de orden público. Antes bien, la palabra liquidación en el punto del día imposibilita esta conclusión, ya que hace que el carácter sorpresivo no tenga una entidad que pueda justificar la nulidad absoluta. Además, cabe destacar que cualquiera que fuese la causa invocada, el socio mayoritario disponía de votos suficientes para decidir la disolución societaria, por lo que sería desproporcionado retrotraer los efectos del acuerdo y por ello el juzgador se va a mostrar, con seguridad, muy reticente a admitir este motivo de impugnación, sobre todo si nos movemos dentro del concepto de orden público.

c) La causa legal de disolución y el concepto de orden público.

La doctrina viene también reconociendo que con la mención a la «causa y contenido», el legislador quiere decir que la motivación, fundamento o finalidad, es decir, la causa como la materia sobre la que versa el acuerdo, o el contenido, son suficientes para desencadenar la nulidad, si es que contradicen el orden público (Álvarez Sánchez de Movellán, 2015b). Un acuerdo es contrario al orden público por razón de su causa cuando lo es por el efecto que se pretende alcanzar (Morales Barceló, 2019). A este respecto, se nos ocurre que se podría argumentar que con la inexistente causa legal de disolución el efecto que se pretende lograr es la convalidación por ley de una mala gestión, de la realización de operaciones opacas y de un intento (finalmente alcanzado) de descapitalizar la sociedad en detrimento del socio minoritario, ahora recurrente.

Sin embargo, esa argumentación encuentra un obstáculo difícil de sortear como es el hecho de que por la mera voluntad del socio mayoritario, aun sin estar inmersa en causa de disolución legal, la sociedad hubiese tenido el mismo destino, esto es, la liquidación. Por este motivo, es difícil concebir que el juez retrotraiga los efectos a un momento anterior a la disolución (con la perturbación que ello implica para la seguridad en el tráfico) cuando el resultado sería el mismo, es decir, la disolución de la sociedad. Además, el juzgador cuenta con una herramienta evidente para ello, como es el carácter restrictivo del concepto de acuerdo contrario al orden público.

5. ¿Es aplicable el plazo de 2 meses del artículo 390 del TRLSC en lo que concierne a la junta de 2015?

En lo que respecta a la junta de 2015 sí que resultaría aplicable la reforma del sistema de impugnación de acuerdos que trae consigo la LMG. A este respecto, cabe destacar el plazo establecido en el artículo 390.2 de la TRLSC, en virtud del cual la impugnación del balance de liquidación habría caducado, puesto que este es de dos meses. En este contexto, además, conviene señalar que esta «fotografía contable» no forma parte de las cuentas anuales y, por tanto, no puede considerarse nulo el acuerdo que lo aprueba, al no reflejar la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la entidad (Palau Ramírez, 2004). Tampoco impide la validez del acuerdo el hecho de que en el balance final de liquidación pudieran haber incidido defectos de las cuentas anuales de ejercicios anteriores, puesto que aquí sigue el mismo criterio por el cual, aunque no se hayan aprobado las cuentas de ejercicios anteriores, nada impide la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio en curso, como de hecho ocurre en el presente caso¹⁴. Es más, incluso no faltan sentencias merced a las cuales se ha resaltado que no es anulable el acuerdo de venta de un inmueble cuando la parte impugnante no acredita la existencia de ofertas más ventajosas por él ni el valor real del mismo mediante informe pericial¹⁵. De hecho, se ha llegado a sostener que para el caso de que el liquidador venda los activos más importantes del patrimonio social a un precio muy inferior a su valor de mercado (como ocurre en nuestro caso), se deba pedir la nulidad de los contratos demandando a la sociedad, al liquidador y al tercero que hubiera celebrado el contrato de compraventa. Así, la impugnación del acuerdo de aprobación del balance de liquidación no es el camino para deshacer ese negocio jurídico perjudicial para el socio impugnante¹⁶.

No obstante, es indubitado que una cosa es el balance de liquidación y otra muy diferente las formalidades y derechos que rodean a la junta general en la cual se aprueba el mismo, ya que no deja de ser una junta general en la que resultan aplicables las normas relativas a esta. Por este motivo, conviene analizar si el plazo de 2 meses se refiere tan solo al balance de liquidación en sí y en todo lo demás se remite al régimen general de impugnación o si, en cambio, la junta general en la que se aprueba el balance de liquidación en su totalidad y respecto de cualquier circunstancia a ella referida, supone una excepción en la que siempre y en todo caso el plazo de caducidad se reduce a 2 meses.

Es controvertido el hecho de que el brevísimo plazo de 2 meses entre en juego también cuando el motivo de impugnación alegado en lo que respecta a la junta de 2015 no es el balance en sí, sino la vulneración de otros derechos, como el de información, cuyo plazo

¹⁴ STS de 31 de diciembre de 2001, núm. 10132/2001.

¹⁵ STS de 6 de marzo de 1999, núm. 1361/1999.

¹⁶ Sobre este punto, *vid.* SAP de Murcia de 27 de octubre de 2016.

de caducidad es de un año. Sin embargo, esta línea de argumentación difícilmente puede llegar a obtener frutos si tomamos en consideración lo siguiente:

El objeto de la impugnación nunca es, en rigor, el balance final, sino el acuerdo de aprobación de los documentos de los que se desprende la cuota que corresponde a cada socio. De ahí que el artículo 390.2 del TRLSC se trate, en realidad, de una norma sobre impugnación de acuerdos sociales, que reviste un carácter especial (Beltrán, 2011). Su especialidad radica en dos cuestiones fundamentales: la legitimación activa y el plazo para la impugnación, que será en todo caso de 2 meses. Tanto es así que carece de sentido en este momento terminal de la vida social la distinción legal entre acuerdos nulos y anulables (art. 204 TRLSC) y sus consecuencias en materia de caducidad de la acción (art. 205 TRLSC). Por ello la remisión a estos preceptos resulta improcedente según ha puesto de manifiesto la doctrina citada.

De modo que se prevé un plazo único de 2 meses a contar desde la fecha de su adopción, sea cual sea el motivo de impugnación. Esto, aunque puede ser difícil de imaginar en un primer momento, tiene un claro fundamento. De no ser así la remisión en este punto al régimen general de impugnación de los acuerdos sociales obligaría a afirmar que nunca caducará la acción de impugnación del acuerdo de aprobación del balance final considerado contrario al orden público. Eso sería un lastre para la seguridad en el tráfico, razón por la cual la ley sencillamente prevé que no sea así, sino que la determinación concreta del plazo de impugnación de este acuerdo de tan solo 2 meses satisface el interés de todos los socios de no dilatar innecesariamente la vida social.

Conclusiones

La realidad empresarial ha demostrado que existen inconvenientes en que el socio minoritario encuentre en las acciones judiciales de impugnación una herramienta de presión frente a la mayoría, pudiendo llegar a interferir seriamente en la actividad normal y cotidiana de la sociedad. En efecto, es por esta realidad por lo que la reforma auspiciada por la LMGC busca limitar los motivos de impugnación de los acuerdos sociales, aunque no pueda presuponerse siempre que el socio minoritario vaya a hacer un uso abusivo de la facultad de impugnar judicialmente. Como ha afirmado muy acertadamente la doctrina, «si no hay conflicto intrasocietario, no hay impugnaciones» (González Fernández, 2017). Si bien tradicionalmente la impugnación de acuerdos se ha definido como un medio de defensa de los minoritarios frente a las conductas abusivas de la minoría, lo cierto es que la interposición de demandas constantes entorpecen y perjudican el normal desarrollo de la actividad de la sociedad.

De hecho, parte de la doctrina, sin dejar de reconocer la inconveniencia de sanar un acto que contraviene el orden público, no deja de mostrar reparo respecto a lo que puede

resultar de aplicar de forma estricta las consecuencias de la nulidad radical a un acuerdo social (González Fernández, 2017). Los acuerdos sociales no son actos que se agoten en sí mismos, sino que, por el contrario, normalmente van a incidir en acuerdos y actos posteriores de la sociedad. De aplicar aquellas consecuencias, la nulidad radical de uno de ellos debería arrastrar a los acuerdos subsiguientes y suponer también la nulidad de todos ellos, lo que a todas luces genera un serio problema de seguridad en el tráfico.

Con esto queremos decir que sin salir del lodazal que suponen las arenas movedizas de los acuerdos contrarios al orden público, es difícil lograr la impugnación, ya sea de la junta de 2014 o de la de 2015. Dicho de otro modo: consideramos que la jurisprudencia sobre el concepto de orden público y las consideraciones doctrinales no son proclives a entender que un supuesto como este sea contrario al orden público. Antes bien, parece que ante el dilema de tomar partido entre la seguridad en el tráfico y los derechos de los socios minoritarios la balanza se ha de decantar por lo primero, a no ser que la gravedad del incumplimiento sea tal que resulte del todo inaceptable para el ordenamiento, bien porque vulnere derechos fundamentales, o bien porque atente contra los principios configuradores del derecho de sociedades, entendiendo este no en su vertiente privada, sino en la esfera pública, que interesa al ordenamiento más allá de un interés meramente particular¹⁷.

¹⁷ Aunque respecto de los principios configuradores de los tipos societarios, hay que dar la razón a la doctrina que duda de su existencia, al afirmar que, dado que han de extraerse de la ley imperativa, es difícil –si no imposible– separarlos y diferenciarlos de ella: Miranda Serrano (2023).

Referencias bibliográficas

- Álvarez Sánchez de Movellán, P. (2015a). Caducidad de la acción de impugnación de acuerdos. *Estudios sobre proceso de impugnación de acuerdos sociales*. Dykinson.
- Álvarez Sánchez de Movellán, P. (2015b). Causas legales de impugnación. Régimen procesal de las mismas. *Estudios sobre proceso de impugnación de acuerdos sociales*. Dykinson.
- Beltrán, E. (2011). Artículo 390. Balance final de liquidación. En AA. VV., *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, tomo II. Civitas.
- Gimeno Sendra, V. (1990). *La reforma procesal mercantil. Los nuevos procesos de impugnación de acuerdos y de la propiedad industrial*. Tirant lo Blanch.
- González Fernández, M. B. (2017). Reglas de legitimación e impugnabilidad. El conflicto entre mayorías y minorías inmanente en la impugnación de acuerdos. *Revista de Derecho de Sociedades*, 50.
- González Pajuelo, M. (2015). Impugnación de acuerdos sociales (capítulo 6). En AA. VV., *Mejora del Gobierno corporativo de sociedades no cotizadas (a propósito de la Ley 31/2014, de 3 de septiembre)*. Dykinson.
- Miranda Serrano, L. M. (2002). La junta universal de accionistas o socios: Una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de universalidad de las juntas. *Revista de Derecho Mercantil*, 243.
- Miranda Serrano, L. M. (2023). Adopción de acuerdos por escrito y sin sesión: encaje del ordenamiento español en una tendencia de Derecho comparado flexibilizadora de los procesos de formación de la voluntad social. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(1).
- Morales Barceló, J. (2019). Tutela del Derecho de información: especial referencia a la impugnación de los acuerdos sociales (capítulo 9). En AA. VV., *El derecho de información en las sociedades mercantiles capitalistas*. Bosch.
- Palau Ramírez, F. (2004). Nulidad y anulabilidad de acuerdos de la junta general de las sociedades de capital en la jurisprudencia española en la última década. *Revista Aranzadi Doctrinal*.
- Vidal Calvo, L. (2016). Caducidad y legitimación en la acción de impugnación de acuerdos sociales. En AA. VV., *Comentario práctico a la nueva norma de Gobierno Corporativo. Ley 31/2014 de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*. Dykinson.

Bien patrimonial y procedimiento de deslinde. Transformación de entidad pública. Incompatibilidad de concejal y prohibición para contratar

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

juliogalancaceres@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

Lindando con el espacio que ocupa de un inmueble del organismo autónomo Instituto de Ciencias Tecnológicas, que lo tiene como bien propio, perteneciente al municipio de XXX, de 4.500 residentes, se encuentra otro, enclavado en una finca de propiedad privada en la que, en opinión de la Administración, y pese a la existencia de escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad a favor del particular, existen unos 50 metros que le pertenecen. Ante ello, la Administración decide poner en marcha el procedimiento de deslinde para aclarar definitivamente la cuestión. Iniciado el procedimiento, el propietario de la finca colindante interpone recurso de reposición, solicitando la suspensión de este, alegando su propiedad basada la escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad. Afirma que no procedía el deslinde al existir una acequia que fija la división de ambos inmuebles a lo largo de toda la línea divisoria. Al desoír la Administración dicho argumento, siguió con el procedimiento, por lo que el propietario de la finca privada interpuso, en primer lugar, un juicio de tutela posesoria (antigua interdicto de retener y recobrar la posesión) y, posteriormente, con anterioridad a la finalización del procedimiento administrativo, el ejercicio de acción reivindicatoria ante la jurisdicción ordinaria.

Durante la tramitación del procedimiento de deslinde, la Administración se plantea la posibilidad de su desistimiento y, en su caso, la renuncia para acabar el procedimiento puesto en marcha, debido a que no está convencido de tener razón en el fondo.

Finalmente, continúa con el procedimiento que resuelve señalando que aquellos 50 metros de dudosa titularidad pertenecen a la Administración.

Ante ello el interesado, notificado de dicha resolución, interpone el oportuno recurso contencioso-administrativo.

Por otra parte, la alcaldesa pregunta al secretario-interventor sobre si es posible transformar una sociedad de responsabilidad limitada local que gestiona actividades culturales en un patronato.

El ayuntamiento, celebradas nuevas elecciones locales, se plantea y acuerda, en sesión plenaria extraordinaria, la creación de una comisión especial de asesoramiento a la alcaldesa, tenientes de alcalde y junta de gobierno con la participación única de los grupos políticos que gobiernan en el ayuntamiento. Tienen competencias propias del Ayuntamiento en lo referente a informes y estudios. El grupo municipal, ahora en la oposición, que sostenía al anterior alcalde, se abstuvo en la votación.

Se hace constar que el día anterior a la sesión, el secretario municipal se puso enfermo, por lo que la alcaldesa designó a un funcionario del ayuntamiento (técnico de la Administración general) en funciones de secretario para ejercer las funciones propias de la secretaría en la sesión que se había convocado.

Por otra parte, en dicho ayuntamiento ha resultado elegida, en las elecciones celebradas el día 24 de mayo, una persona, concejal, que ha sido seleccionada con fecha 19 de marzo de ese año para su contratación por el ayuntamiento como «personal de atención a la entrada, guardarropa y vestuarios de la piscina municipal», con cargo al Programa de Dinamización Económica Local que realiza el ayuntamiento en colaboración con la diputación provincial, en desarrollo del Plan Provincial de Dinamización Económica Local para el año en curso, para la contratación y formación de personal laboral en situación de desempleo para la realización de obras o prestaciones de servicios de competencia municipal que contribuyan al desarrollo económico y social de los municipios de la provincia. En la cláusula quinta relativa de las bases de la convocatoria de las subvenciones relativa a «requisitos y cuantías», se establece que «para poder optar a las subvenciones de la presente convocatoria se exigirá a los ayuntamientos la realización de obras o prestación de los servicios municipales con cumplimiento de, entre otros requisitos, la asunción por parte del ayuntamiento de al menos el 20 % del coste laboral de esos contratos, señalándose, asimismo, que la cuantía de cada contrato de tres meses será de 2.076,72 euros, asumiendo la diputación provincial la financiación del 80 % de la misma y el ayuntamiento el resto».

En la cláusula séptima de esas bases relativa a la «selección de las contrataciones» se establece que «los ayuntamientos serán las entidades encargadas del proceso de selección de las distintas contrataciones, siendo este proceso de su exclusiva responsabilidad». Dichas contrataciones se realizarán en todo caso con arreglo a criterios objetivos, señalando cuatro posibles a título meramente enunciativo.

La alcaldesa solicita información al secretario-interventor sobre:

- Si existe incompatibilidad entre el desempeño de ese puesto de trabajo y el desempeño de concejal.
- Si existe incompatibilidad, cuál es el procedimiento que tendría que seguir este ayuntamiento, una vez que la citada persona ha aceptado el puesto de trabajo.
- Si puede el pleno del ayuntamiento declarar la compatibilidad del desempeño del trabajo y ostentar el cargo de concejal, debido a las especiales circunstancias de este: temporalidad del contrato, no es un puesto de carácter permanente, se trata de un servicio de corta duración, cofinanciado con fondos ajenos al ayuntamiento y la selección se ha realizado con fecha anterior a su elección como concejal.

Finalmente, el ayuntamiento ha decidido la enajenación por subasta de un bien, inscrito en el inventario como bien patrimonial. Entre las ofertas realizadas se encuentra la del Sr. AAA, que debe al ayuntamiento el pago de los tres últimos años del impuesto sobre bienes inmuebles de su vivienda, sin que la deuda tributaria se haya suspendido, aplazado o fraccionado, y encontrándose el oportuno procedimiento para la exigencia del pago en periodo ejecutivo. El ayuntamiento acaba enajenando el inmueble al citado Sr. AAA. Por otra parte, aquel exigió una garantía provisional a los licitadores que presentaran ofertas.

Cuestiones planteadas:

1. Procedencia del deslinde.
2. Procedencia del recurso de reposición.
3. Consecuencia del ejercicio de las acciones civiles.
4. Posibilidad del desistimiento y de renuncia de la Administración.
5. Comente el recurso interpuesto por el interesado.
6. Indique cuál deberá ser el contenido de unos estatutos del organismo autónomo local, de forma resumida.
7. Repuesta del secretario-interventor a la alcaldesa sobre si es posible transformar una sociedad de responsabilidad limitada local que gestiona actividades culturales en un organismo autónomo. ¿Cuál sería el fundamento y el órgano competente para acordarlo?
8. Responda a las siguientes cuestiones de forma razonada:
 - a) ¿El grupo que sostenía a la anterior alcaldesa, a la vista del acuerdo municipal adoptado sobre un órgano complementario, está legitimado para impugnar el acuerdo? ¿Qué recursos, en su caso, cabrán contra ese acuerdo municipal? ¿Podría un vecino recurrir ese acuerdo?

- b) ¿Es ajustado a derecho el acuerdo referenciado en cuanto crea una comisión especial de asesoramiento en los términos señalados en el relato de hechos? ¿Se adecuó a la legalidad la composición de las mismas?
 - c) ¿Es legal el acuerdo adoptado sin la presencia de la secretaria municipal, y con la habilitación de la alcaldesa de un funcionario del ayuntamiento?
9. Usted, como secretario-interventor, informe a la alcaldesa sobre la consulta efectuada a la persona que ha sido elegida concejal en las últimas elecciones.
10. ¿Está incurso en causa de prohibición para contratar la persona que no está al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias con el ayuntamiento por deber el pago de los tres últimos años del IBI de su vivienda sin que la deuda tributaria esté suspendida, fraccionada o aplazada? ¿Sería posible el establecimiento de una garantía provisional? ¿Fue ajustada a derecho la adjudicación del inmueble al Sr. AAA?

Solución

1. Procedencia del deslinde.

El artículo 44.1 b) del Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986 reconoce, como prerrogativa de la Administración, la potestad de deslindar.

Son dos los presupuestos que se requieren para promover y ejecutar el deslinde de los bienes de la Administración, como señala el artículo 50.1 de la LPAP: que los límites del inmueble sean imprecisos o existan indicios de usurpación.

En este caso, es la Administración la que afirma que existe dicha incertidumbre en los límites de la finca, pero es lo cierto que existe escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad, donde consta como división de ambas propiedades –pública y privada– mediante una acequia que fija la división de ambos inmuebles.

No resulta procedente el deslinde cuando los inmuebles se encuentren perfectamente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre, respecto a la aparente extensión superficial y al estado posesorio. Por ello, la incertidumbre o imprecisión de límites ha de ser objetiva, es decir, solo la falta ocasionada por virtud de su falta de determinación, por la forma imprecisa que ostentan los inmuebles existentes o por la inexistencia de signos aparentes que permitan la identificación de la línea perimetral de ambos predios (STS de 26 de junio de 2003, entre otras).

En este caso, el procedimiento de deslinde puesto en marcha por la Administración obedece a un criterio meramente subjetivo, sin base objetiva, pues esta exteriorizada en la línea divisoria de ambas propiedades, que era clara (acequia y Registro de la Propiedad).

De cualquier forma, son los artículos 56 y siguientes del Reglamento de bienes de las entidades locales (RBEL) y 52 y siguientes de la LPA los que regulan el procedimiento de deslinde.

2. Procedencia del recurso de reposición.

El órgano competente para resolver el procedimiento, previo acuerdo de incoación e instrucción, podría ser el presidente o director del organismo autónomo, a tenor de lo previsto en el artículo 51.3 de la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones públicas, que señala que, respecto de los bienes propios de los organismos públicos o adscritos a los mismos, la competencia se ejercerá por sus presidentes o directores. Ahora bien, al no prever nada expresamente la normativa local al respecto, debería entrar en juego la cláusula residual de atribución de competencias del artículo 21.1 s) de la Ley 7/1985, que señala que son competencias del alcalde «las demás que expresamente le atribuyan la ley y aquellas que la legislación del Estado o de las comunidades autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales».

Ahora bien, nos encontramos ante un acto de trámite no cualificado, como es el acuerdo de iniciación, por lo que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 112, no es procedente recurso alguno. Este escrito debe ser considerado como meras alegaciones, que deberían originar una resolución administrativa, poniendo fin al deslinde por su improcedencia debido a las razones antes comentadas.

3. Consecuencia del ejercicio de acciones civiles.

No deben ser admitidas, pues los artículos 66 del RBEL y 50.2 de la LPAP señalan que, iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, y mientras dure su tramitación, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión. Luego deberá esperar a que finalice este procedimiento de deslinde para poder plantear el recurso oportuno.

4. Posibilidad del desistimiento y de renuncia de la Administración.

Como todo procedimiento administrativo, el de deslinde concluye con un acuerdo resolutorio, pero nada impide, en principio, la terminación del procedimiento a través de las restantes formas contempladas en el artículo 84 de la Ley 39/2015, entre las que viene citada el desistimiento y la renuncia.

El hecho de que el artículo 94.1 solo hacía referencia al interesado como el único que pueda solicitar el desistimiento de sus solicitudes en modo alguno había venido siendo un obstáculo para que la Administración pueda también utilizar esta figura como modo de finalizar un procedimiento por ella iniciado. Así lo han proclamado las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1986 y de 11 de julio de 1990 al afirmar que

la jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de que la administración desista de un procedimiento iniciado de oficio por ella, pues aunque la LPA contempla únicamente el supuesto de desistimiento del interesado, ello no impide que pueda darse válidamente un desistimiento llevado a cabo por decisión de la administración cuando llega al convencimiento de la falta de base de las actuaciones de que se trate.

En la actualidad, el artículo 93 de la Ley 39/2015 señala que «en los procedimientos iniciados de oficio, la Administración podrá desistir, motivadamente, en los supuestos y con los requisitos previstos en las leyes».

Recordamos que, en este caso, defendimos la improcedencia de la acción de deslinde, puesto que no se había planteado la incertidumbre necesaria para el ejercicio de dicha acción. Ahora bien, como el desistimiento solo afecta al procedimiento, no impediría que la Administración, posteriormente, con base en nuevas pruebas sobre la incertidumbre de los límites de la propiedad, pudiera poner en marcha un nuevo procedimiento de deslinde para clarificar la cuestión.

Otra cosa es la renuncia a sus derechos, que la Ley 39/2015 la anuda solo al interesado en el artículo 94 de la LPAP, cuando no esté prohibida por el ordenamiento jurídico.

El desistimiento es la terminación anormal de un proceso debida a que el actor manifiesta su voluntad de abandonar su pretensión, pero sin renunciar al derecho en que la basaba, que podrá ejercitar en un nuevo procedimiento posterior.

La renuncia, por su parte, es la terminación anormal de un procedimiento por el que la parte manifiesta su voluntad de abandonar su pretensión, renunciando al derecho material que la apoya, es decir, que posteriormente no podrá ejercitar en otro proceso.

De los artículos 6 de la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones públicas, referido a los principios relativos a los bienes y derechos de dominio público, y 7, referido a principios relativos a los bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales, deducimos que es obligación de la Administración la defensa de sus bienes y derechos porque es algo que afecta al interés general.

El artículo 10.4 b) añade que

es competencia de los distintos departamentos ministeriales «ejercer las funciones relativas a la vigilancia, protección jurídica, defensa, inventario, administración, conservación, y demás actuaciones que requiera el correcto uso de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado que tengan afectados o cuya administración y gestión les corresponda».

El título II de la LPAP, referido a la protección y defensa del patrimonio, dedica el capítulo I a la obligación de proteger y defender el patrimonio, señalando el artículo 28 que

las Administraciones públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio. A tal fin, protegerán adecuadamente los bienes y derechos que lo integran, procurarán su inscripción registral, y ejercerán las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello.

Y el 29:

1. Los titulares de los órganos competentes que tengan a su cargo bienes o derechos del Patrimonio del Estado están obligados a velar por su custodia y defensa, en los términos establecidos en este título.
2. Iguales obligaciones competen a los titulares de concesiones y otros derechos sobre los bienes de dominio público.

Prueba de ello es que el artículo 41 de la LPAP y el artículo 44.1 b) del RBEL le otorgan una serie de privilegios y prerrogativas en orden a la defensa de su patrimonio, recogiendo en la letra b) de dicho precepto la de deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad, regulándose el procedimiento en los artículos 50 a 55 de dicha ley y 56 a 68 del citado reglamento, cuyos principales trámites son:

- El expediente de deslinde se iniciará mediante acuerdo, que se tomará previo examen de una memoria, en la que necesariamente habrá de hacerse referencia a los siguientes extremos:
 - 1.º Justificación de deslinde que se propone.
 - 2.º Descripción de la finca o fincas, con expresión de sus linderos generales, de sus enclavados, colindancia y extensión perimetral y superficial.
 - 3.º Título de propiedad y, en su caso, certificado de inscripción en el Registro de la Propiedad, y, especialmente, informaciones posesorias que, en su caso, se hubieran practicado y actos de reconocimiento referentes a la posesión en favor de la entidad local de los bienes que se tratare de deslindar.
- De acuerdo con dicha memoria se elaborará un presupuesto de gastos de deslinde, siendo, en su caso, estos gastos a cuenta de los particulares promotores. En este supuesto, deberá constar expresamente en el expediente la conformidad de estos.
- Acordado el deslinde por la corporación, se notificará dicho acuerdo a los dueños de las fincas colindantes y también, en su caso, a los titulares de otros derechos reales constituidos sobre las mismas.
- El deslinde se anunciará en el boletín oficial de la provincia, el boletín oficial del municipio y en el tablón de anuncios del ayuntamiento, con 60 días de antelación a la fecha fijada para iniciar las operaciones.

- Los interesados podrán presentar ante la corporación cuantos documentos estimaren conducentes a la prueba y defensa de sus derechos hasta los 20 días anteriores al comienzo de las operaciones.
- En la fecha señalada dará comienzo el apeo, al que asistirán un técnico con título facultativo adecuado y los prácticos que, en su caso, hubiere designado la corporación. El apeo consistirá en fijar con precisión los linderos de la finca y extender el acta.
- El acuerdo resolutorio de deslinde será ejecutivo y solo podrá ser impugnado en vía contencioso-administrativa, sin perjuicio de que cuantos se estimen lesionados en sus derechos puedan hacerlos valer ante la jurisdicción ordinaria.
- Iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión ni se admitirán interdictos sobre el estado posesorio de las fincas mientras no se lleve a cabo dicho deslinde.
- Una vez que el acuerdo de aprobación del deslinde fuera firme, se procederá al amojonamiento, con intervención de los interesados.

Por todo ello, en el caso de procedimientos relativos al patrimonio de las Administraciones públicas no sería posible admitir la figura de la renuncia, pues supondría que jamás podría poner en marcha, de nuevo, el procedimiento de deslinde en ese caso, ni aunque aparecieran nuevas pruebas que acreditaran su titularidad como, por ejemplo, la nulidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad porque ha existido falsificación, cohecho o cualquier otro delito al realizarse aquella.

Lo que sí admite el artículo 31 es la transacción y sometimiento a arbitraje en estos términos:

No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno.

Pero esto es otra cuestión.

5. Comente el recurso interpuesto por el interesado.

Respecto al recurso contencioso-administrativo que ha interpuesto, será el procedente si impugna algo que tiene su base en el derecho administrativo, en caso contrario no será el recurso procedente, ni la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para resolver esta cuestión.

Según el artículo 65 del RBEL y el 53 de la LPAP, relativa al régimen de control judicial:

Frente a las actuaciones que, en ejercicio de las facultades y potestades enumeradas en el artículo 41 de esta ley y de acuerdo con el procedimiento establecido, realicen las Administraciones públicas no cabrá la acción para la tutela sumaria de la posesión prevista en el artículo 250.1.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Las demandas en las que se ejercite esta pretensión no serán admitidas a trámite.

2. Los actos administrativos dictados en los procedimientos que se sigan para el ejercicio de estas facultades y potestades que afecten a titularidades y derechos de carácter civil solo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa.

Quienes se consideren perjudicados en cuanto a su derecho de propiedad u otros de naturaleza civil por dichos actos podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del orden jurisdiccional civil, previa reclamación en vía administrativa conforme a las normas del título VIII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [esta exigencia en esta Ley, ha de considerarse derogada por la Ley 39/2015].

6. Indique, de forma resumida, el contenido de un estatuto de un organismo autónomo local.

Como ejemplo, puede servir el siguiente:

TÍTULO I. NATURALEZA, DOMICILIO Y OBJETIVO

TÍTULO II. ÓRGANOS DE GOBIERNO

El organismo autónomo estará regido por los siguientes órganos de gobierno: presidente, que es el alcalde; vicepresidente; secretario, el del ayuntamiento; interventor. Funciones; sesiones.

- *Presidente del consejo*: Funciones.
- *Vicepresidente*: Funciones.

TÍTULO III. ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN

- *Director-gerente*: Nombrado por el presidente, cargo de confianza; funciones.
- *Secretario e interventor-tesorero*: Mismas funciones que la legislación les señala respecto al ayuntamiento.

TÍTULO IV. RÉGIMEN ECONÓMICO

I. Patrimonio del organismo autónomo

II. Hacienda del organismo autónomo

La Hacienda del organismo autónomo estará constituida por:

- a) Los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de derecho privado.
- b) Las tasas.
- c) Por las aportaciones que destine, en su caso, a este fin el Excmo. Ayuntamiento de XXX con cargo a sus presupuestos.
- d) Las subvenciones.
- e) Los percibidos en concepto de precios públicos.
- f) El producto de las operaciones de crédito.
- g) El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias.
- h) Las demás prestaciones de derecho público.

III. Presupuestos del organismo autónomo

TÍTULO V. RÉGIMEN JURÍDICO DE ACTOS Y ACUERDOS

Las resoluciones y acuerdos dictados por los órganos de gobierno del organismo en el ámbito de sus respectivas competencias podrán ser objeto de recurso potestativo de reposición.

TÍTULO VI. PERSONAL AL SERVICIO DEL ORGANISMO AUTÓNOMO

Integrarán las plantillas del servicio:

- a) Los funcionarios del ayuntamiento destinados en el «organismo autónomo».
- b) Los funcionarios de carrera o contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeñan puestos de confianza o de asesoramiento especial.

TÍTULO VII. TUTELA CORPORATIVA

El Excmo. ayuntamiento pleno podrá modificar o derogar los presentes estatutos, así como acordar la disolución del organismo autónomo, en cuyo caso será de aplicación lo prevenido en el artículo 47.

TÍTULO VIII. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

El «organismo autónomo» podrá ser disuelto:

- a) Por acuerdo del ayuntamiento pleno adoptado por mayoría absoluta de sus miembros
- b) A propuesta del consejo rector, mediante acuerdo adoptado por unanimidad y posterior acuerdo del ayuntamiento con la mayoría absoluta de sus miembros.

2. Al disolver el «organismo autónomo», revertirán al Excmo. Ayuntamiento de XXX el patrimonio con todos sus incrementos y las aportaciones que figuren en el activo. Los bienes revertidos perderán la afectación que tuvieron y pasaran con plena disponibilidad directa por parte del ayuntamiento. No obstante, las instalaciones pertenecientes a corporaciones, entidades, etc. seguirán siendo de su respectivo titular.

3. El personal al servicio del organismo autónomo pasará a depender del ayuntamiento en las mismas condiciones que ostentasen en el patronato, hasta que se proceda a la adaptación retributiva y laboral establecida en la RPT del ayuntamiento para iguales puestos de trabajo.

7. Repuesta del secretario-interventor a la alcaldesa sobre si es posible transformar una sociedad de responsabilidad limitada local que gestiona actividades culturales en un organismo autónomo.

El fundamento general lo da el preámbulo de la Ley 27/2013, Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que señala:

Los antecedentes inmediatos de la reestructuración del sector público local son los acuerdos entre el Gobierno de la Nación y las Entidades Locales de 7 de abril de 2010 y de 25 de enero de 2012. El primero, más genérico, definido como acuerdo marco con las Entidades Locales sobre sostenibilidad de las finanzas públicas 2010-2013, establecía la aprobación por parte de dichas entidades de un plan de racionalización de las estructuras de sus respectivos sectores públicos, administrativos y empresariales, con el objetivo de mejorar la eficiencia y reducir el gasto público. El segundo, definido como acuerdo de reordenación y racionalización del sector público instrumental local y de control, eficiencia y reducción del gasto público gestionado por el mismo, perseguía disciplinar la actividad de las Administraciones Públicas sin menoscabo de la calidad de los servicios que prestan. Para ello consideraba como eje principal las medidas de reducción de la dimensión del sector público local, lo que implicaba la necesidad de controlar su actividad y racionalizar su organización.

En cuanto al fundamento concreto se encuentra en el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, LRBRL, modificado por la de la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que señala:

Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

- a) Gestión por la propia entidad local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Entidad pública empresarial local.
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación, en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local, quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

En relación con la transformación es el artículo 87 de la Ley 40/2015 el que se refiere a las transformaciones de las entidades integrantes del sector público institucional estatal, señalando:

1. Cualquier organismo autónomo, entidad pública empresarial, sociedad mercantil estatal o fundación del sector público institucional estatal podrá transformarse y adoptar la naturaleza jurídica de cualquiera de las entidades citadas.

2. La transformación tendrá lugar, conservando su personalidad jurídica, por cesión e integración global, en unidad de acto, de todo el activo y el pasivo de la entidad transformada con sucesión universal de derechos y obligaciones.

La transformación no alterará las condiciones financieras de las obligaciones asumidas ni podrá ser entendida como causa de resolución de las relaciones jurídicas.

3. La transformación se llevará a cabo mediante Real Decreto, aunque suponga modificación de la Ley de creación.

4. Cuando un organismo autónomo o entidad pública empresarial se transforme en una entidad pública empresarial, sociedad mercantil estatal o en una fundación del sector público, el Real Decreto mediante el que se lleve a cabo la transformación deberá ir acompañado de la siguiente documentación:

a) Una memoria que incluya:

1.º Una justificación de la transformación por no poder asumir sus funciones manteniendo su naturaleza jurídica originaria.

2.º Un análisis de eficiencia que incluirá una previsión del ahorro que generará la transformación y la acreditación de inexistencia de duplicidades con las funciones que ya desarrolle otro órgano, organismo público o entidad preexistente.

3.º Un análisis de la situación en la que quedará el personal, indicando si, en su caso, parte del mismo se integrará, bien en la Administración General del Estado o bien en la entidad pública empresarial, sociedad mercantil estatal o fundación que resulte de la transformación.

b) Un informe preceptivo de la Intervención General de la Administración del Estado en el que se valorará el cumplimiento de lo previsto en este artículo.

5. La aprobación del Real Decreto de transformación conllevará:

a) La adaptación de la organización de los medios personales, materiales y económicos que resulte necesaria por el cambio de naturaleza jurídica.

b) La posibilidad de integrar el personal en la entidad transformada o en la Administración General del Estado. En su caso, esta integración se llevará a cabo de acuerdo con los procedimientos de movilidad establecidos en la legislación de función pública o en la legislación laboral que resulte aplicable.

Los distintos tipos de personal de la entidad transformada tendrán los mismos derechos y obligaciones que les correspondan de acuerdo con la normativa que les sea de aplicación.

La adaptación, en su caso, de personal que conlleve la transformación no supondrá, por sí misma, la atribución de la condición de funcionario público al personal laboral que prestase servicios en la entidad transformada.

La integración de quienes hasta ese momento vinieran ejerciendo funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo podrá realizarse con la condición de «a extinguir», debiéndose valorar previamente las características de los puestos afectados y las necesidades de la entidad donde se integren.

De la ejecución de las medidas de transformación no podrá derivarse incremento alguno de la masa salarial preexistente en la entidad transformada.

Según el artículo 85 bis.1 a) de la Ley 7/1985, su creación, modificación, refundición y supresión corresponderá al pleno de la entidad local, quien aprobará sus estatutos. Deberán quedar adscritas a una concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local, si bien, en el caso de las entidades públicas empresariales, también podrán estarlo a un organismo autónomo local. Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresaria-

les cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza.

8. Responda a las siguientes cuestiones de forma razonada:

- a) El grupo que sostenía la anterior alcalde, a la vista del acuerdo municipal adoptado sobre órganos complementarios, ¿está legitimado para impugnar el acuerdo? ¿Qué recursos, en su caso, cabrán contra ese acuerdo municipal? ¿Podría un vecino recurrir ese acuerdo?

El grupo municipal que sostenía a la anterior alcalde no está legitimado para impugnar el citado acuerdo porque, a tenor del artículo 209 del ROF, es preciso que hubiesen votado en contra de tales acuerdos, y en el caso que comentamos, ese grupo municipal se abstuvo en la votación del referido acuerdo.

Por otra parte, debemos decir que la legitimación la confiere la ley individualmente a los concejales que votan en contra pero no colectivamente al grupo municipal; por tanto, la interposición del recurso debe ser a título individual, aunque el principio constitucional de la tutela judicial efectiva consagrada por el artículo 24 de la CE impide rechazar un recurso por meros defectos formales, debiéndose dar la oportunidad de subsanar la falta de legitimación para impugnar ese acto administrativo, aunque, en este caso, no es procedente, ya que los concejales se abstuvieron en la votación.

De haber tenido legitimación, los recursos posibles serían el potestativo de reposición ante el mismo pleno, y, posteriormente, o bien directamente, recurso contencioso-administrativo ante el juzgado de lo contencioso-administrativo (art. 8.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), pues ese acuerdo ponía fin a la vía administrativa (art. 52 Ley 7/1985).

Respecto a si podría un vecino impugnar ese acuerdo, debemos recordar que es requisito obligatorio poseer legitimación activa para poder interponer un recurso. Esa legitimación, que otorga la condición de interesado, conforme al artículo 4 de la Ley 39/2015, supone ostentar un derecho o interés legítimo en el asunto de que se trate. La misma exigencia requiere el artículo 19.1 de la LJCA cuando se refiera la legitimación activa para interponer un recurso contencioso-administrativo.

En el caso que analizamos, el acuerdo versa sobre una cuestión exclusivamente en materia organizatoria, en virtud de las potestades de autoorganización que el artículo 4 de la Ley 7/1985 confiere a las entidades locales. Es una cuestión interna de la propia Administración, que no parece que pudiera afectar de ninguna manera al vecino en cuestión, por lo que el mismo no puede esperar un beneficio o un perjuicio por el acuerdo adoptado. De manera que entiendo que carece de legitimación, en este caso para recurrir ese acuerdo.

b) ¿Es ajustado a derecho el acuerdo referenciado en cuanto que crea una sola comisión especial de asesoramiento en los términos señalados en el relato de hechos? ¿Se adecuó a la legalidad la composición de las mismas?

El artículo 4 de la Ley 7/1985 citado reconoce a los ayuntamientos la potestad de autoorganización. En este sentido, la creación de una comisión especial de asesoramiento no parece ajusta a derecho, y ello es debido a que:

- Se trata de un órgano complementario.
- Con composición restringida a la alcaldesa y los tenientes de Alcalde, todos ellos miembros de la junta de gobierno.
- Asesoran, exclusivamente, a alcaldesa, los tenientes de Alcalde y la junta de gobierno.
- Tienen competencias propias del ayuntamiento en lo referente a informes y estudios.

En primer lugar, al ser un órgano complementario, se debe respetar la proporcionalidad de los grupos políticos de la corporación, según el artículo 20.3 de la Ley 7/1985 y el 125 del ROF que, obviamente, en este caso, no se respeta.

Por otro lado, en cuanto al esquema del ROF, en relación con las comisiones informativas y su clasificación, mantiene dos tipos: generales y especiales. Las primeras tienen vigencia indefinida y las segundas, vigencia limitada, extinguiéndose estas últimas cuando desaparezca el objeto de su creación (art. 124 ROF). En el supuesto que analizamos se califica la comisión como especial, cuando realmente es general.

En conclusión, en este punto, el acuerdo infringe las potestades de autoorganización de que goza el ayuntamiento al amparo del artículo cuatro.1 de la LRRL, en lo referente a la composición (art. 20.3), en lo referente a la denominación (especial cuando es general, art. 124 ROF) y en lo referente a los órganos de asesoramiento (art. 123 ROF).

c) ¿Es legal el acuerdo adoptado sin la presencia de la secretaria municipal, y con la habilitación de la alcaldesa de un funcionario del ayuntamiento?

El Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, en su artículo 52 señala, referido a nombramientos accidentales:

1. Cuando no fuese posible la provisión del puesto por los procedimientos previstos en los artículos anteriores del presente real decreto, las Corporaciones Locales podrán solicitar a las Comunidades Autónomas el nombramiento, con carácter accidental, de uno de sus funcionarios con la preparación técnica adecuada y, siem-

pre que sea posible, que pertenezca al subgrupo A1 o cuente con una titulación universitaria. En las Corporaciones Locales de más de 5.000 habitantes, en todo caso, será un funcionario de carrera perteneciente al subgrupo A1.

2. Para que se pueda efectuar un nombramiento accidental, el puesto deberá estar vacante, o no encontrarse desempeñado efectivamente por su titular, por encontrarse en alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Comisión de servicios.
- b) Suspensión por un periodo superior a un mes.
- c) Excedencia por cuidado de familiares.
- d) Excedencia por violencia de género.
- e) Incapacidad temporal por periodo superior a un mes.
- f) Otros supuestos de ausencia, siempre que sea superior a un mes.

3. La Comunidad Autónoma efectuará el nombramiento accidental solicitado, siempre que no exista posibilidad de nombrar a un funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional para dicho puesto.

4. Para los supuestos de incapacidad temporal por periodos de tiempo inferiores a un mes, o ausencia del titular del puesto por vacaciones, asuntos propios u otras causas, por periodos inferiores a un mes, se podrá nombrar accidentalmente, a propuesta del Presidente de la Corporación a un funcionario propio de la Entidad Local, de acuerdo con la normativa autonómica.

5. En ningún caso podrá ser habilitado accidentalmente un funcionario interino para desempeñar un puesto reservado a funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional.

Pero también hay que tener en cuenta que el alcalde es el jefe superior de personal, conforme al artículo 21.1 h), por lo que entiendo que, en primer lugar, y suponiendo que la sustitución fuera a durar más, podría hacer uso de lo previsto en el párrafo 4.º del artículo citado, comunicando de forma inmediata a la comunidad autónoma correspondiente, dado el poco tiempo que ha transcurrido entre la causa de la no asistencia de la titular de la secretaría y la celebración de la sesión; en su caso, la comunidad autónoma convalidaría el nombramiento realizado por la alcaldesa.

Suponiendo que la sustitución fuera solo para ese acto, la alcaldesa, como jefa de personal, tendría competencia para nombrar al sustituto siempre que el elegido tuviera la formación profesional y título suficiente para ello. Por otra parte, debemos señalar que, en el caso que comentamos, el funcionario seleccionado pertenece al subgrupo A1 y es técnico de la Administración General del citado ayuntamiento, por tanto, tiene formación suficiente y aptitud para ejercer el cargo.

9. Usted, como secretario-interventor, informe a la alcaldesa sobre la consulta efectuada a la persona que ha sido elegida concejal en las últimas elecciones.

La Ley de bases del régimen local, en su artículo 73, remite respecto a los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad de los corporativos a lo establecido en la legislación electoral.

A este respecto la Ley de régimen electoral de 1985 señala las causas de incompatibilidad exigibles a todos los cargos electos mientras se mantengan en el cargo.

Específicamente señala, en su artículo 178.2 b), que es incompatible con la condición de concejal el desempeño de funciones, entre otras, de directores de servicios, funcionarios o restante personal activo del respectivo ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él. Esto incluye tanto al personal laboral como al funcionario. Añade el apartado 3 que «cuando se produzca una situación de incompatibilidad, los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad».

Por último, el ROF afirma en su artículo 9 que «el concejal perderá su condición de tal por incompatibilidad en los supuestos y condiciones establecidos en la legislación electoral»; y añade en el artículo 10 que «los concejales deberán observar en todo momento las normas de incompatibilidad y deberán poner en conocimiento de la Corporación cualquier hecho que pudiera constituir causa de la misma». Igualmente señala el procedimiento de actuación, del cual señalamos:

- Producida una causa de incompatibilidad y declarada la misma por el pleno corporativo, el afectado por la declaración deberá optar, en el plazo de los diez días siguientes a aquel en que reciba la notificación de su incompatibilidad, entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que dé origen a la referida incompatibilidad.
- Si no lo hiciera en el plazo, se entenderá que ha renunciado a su puesto de concejal, debiendo declararse por el pleno la vacante correspondiente y poner el hecho en conocimiento de la administración electoral, a los efectos previstos en los artículos 182 y 183 de la LOREG.

Pese a que el no enjuiciamiento de las situaciones concretas producidas dentro del ámbito correspondiente a la competencias de las entidades locales es competencia de la Junta Electoral Central, limitándose su función a la interpretación de las disposiciones establecidas en la LOREG o en su normativa de desarrollo, son numerosas las consultas elevadas a la misma sobre la cuestión, manteniendo un criterio uniforme al respecto, citándose a continuación las más recientes:

- Acuerdo de fecha 30 de junio de 2011 en el que se señala que «la Junta Electoral Central tiene reiteradamente acordado que no existe incompatibilidad con la condición de Concejal si el interesado no se incorpora a la plantilla de personal del Ayuntamiento, ni tampoco cuando se trate de obras de corta duración y financiadas con fondos ajenos al Ayuntamiento».
- Acuerdo de fecha 15 de septiembre de 2011 que señala que «es doctrina de la Junta Electoral Central que la incompatibilidad se aplica a las personas contratadas por la Corporación Local si es este el que abona su retribución (Ac. de 4 de abril de 1991). La no incorporación a la plantilla del ayuntamiento no genera la incompatibilidad siempre que concurra con la condición de que no sea el propio ayuntamiento el que le abone la retribución (Ac. de 10 de julio de 2003, de 4 de octubre, 15 de noviembre de 2004). La temporalidad de la contratación no impide el surgimiento de incompatibilidad, siendo lo determinante la incorporación a la plantilla del Ayuntamiento y que sea este quien abone la retribución».
- Acuerdo de 29 septiembre de 2011 que establece la compatibilidad «al no corresponder al ayuntamiento la selección del trabajador, la capacidad en la selección de la corporación de la que forma parte el concejal no se deduce de la forma legal de contratar, faltando la dependencia exigida por el artículo 178 de la LOREG».

Como puede comprobarse de los acuerdos de la Junta Electoral Central, se desprende que existe una fina línea que separa la compatibilidad de la incompatibilidad, deduciéndose de los mismos que la compatibilidad del cargo de concejal con el de empleado temporal del ayuntamiento requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: contratación temporal, no incorporación a la plantilla, obras y servicios de corta duración, financiadas con fondos ajenos al ayuntamiento y que no corresponda al ayuntamiento la selección del trabajador.

Asimismo, conviene recordar también que la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2002 ha declarado que las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en cuanto a excepciones a criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido, en el bien entendido que con el régimen de incompatibilidades se trata de garantizar la objetividad, imparcialidad, eficacia y transparencia en el desempeño del cargo de concejal, preservándole de influencias ajenas al interés público que pudieran contaminar la toma de decisiones.

Por consiguiente, no cabe una interpretación extensiva de las incompatibilidades, cuya interpretación y precisión ha de estar presidida por la indicada finalidad de preservar a la función pública de una influencia desviada del interés público.

En el supuesto que nos ocupa, se trata de una contratación temporal realizada con base en las subvenciones convocadas por la Diputación Provincial de Toledo en el marco de un Plan Provincial de Dinamización Económica Local para el año en curso, para la contratación y formación de personal laboral en situación de desempleo para la realización de obras o

prestaciones de servicios de competencia municipal, que contribuyan al desarrollo económico y social de los municipios de la provincia, en los siguientes términos contenidos en las bases reguladoras de la convocatoria:

- En su cláusula quinta relativa a «requisitos y cuantías»: «Se establece que para poder optar a las subvenciones de la presente convocatoria se exigirá a los ayuntamientos la realización de obras o prestación de los servicios municipales, cumplimiento de, entre otros requisitos, la asunción por parte del ayuntamiento de al menos el 20 % del coste laboral de esos contratos, señalándose asimismo que la cuantía de cada contrato de tres meses será de 2.076,72 euros, asumiendo la diputación provincial la financiación del 80 % de la misma y el ayuntamiento el resto».
- En su cláusula séptima relativa a la «selección de las contrataciones»: se establece que «los ayuntamientos serán las entidades encargadas del proceso de selección de las distintas contrataciones, siendo este proceso de su exclusiva responsabilidad». Dichas contrataciones se realizarán en todo caso con arreglo a criterios objetivos, señalando cuatro posibles a título meramente enunciativo.

En consecuencia, se trata de una contratación temporal, para servicios eventuales de corta duración, pero que son financiados parcialmente por el ayuntamiento, y la selección del trabajador corresponde al ayuntamiento.

Vistos los acuerdos de la Junta Electoral Central al respecto de la incompatibilidad del cargo de concejal con el de empleado temporal del ayuntamiento, así como la interpretación restrictiva de las excepciones al régimen de incompatibilidades declarada por el Tribunal Supremo, que han sido anteriormente referidos, procede señalar que en este supuesto, aun tratándose de una contratación temporal para servicios eventuales de corta duración, no se cumple con los requisitos de financiación ajena a la corporación y selección realizada por Administración ajena a la municipal.

Por todo lo expuesto, se considera que aun cuando la selección ha sido realizada con arreglo a los criterios determinados por el ayuntamiento antes de la elección como concejal, el hecho de que sea el propio ayuntamiento quien financia parte de las retribuciones sería suficiente para determinar la existencia de causa de incompatibilidad. Por ello el pleno debe declarar la incompatibilidad.

En cuanto al procedimiento que tendría que seguir el ayuntamiento, teniendo en cuenta que la interesada todavía no ha tomado posesión de su cargo y que todavía no ha procedido a la firma del contrato, y en consecuencia no ha comenzado al desempeño del puesto de trabajo, procede señalar, en primer lugar, que una vez que la interesada haya tomado posesión de su cargo como concejal de la corporación es cuando resulta afectada por el régimen de incompatibilidades previsto en el artículo 178 de la LOREG y en los artículos 9 y 10 del ROF, y en segundo lugar, que existe doctrina que mantiene que la incompatibilidad solo

existe desde el momento en que dicho cargo comienza a desempeñar el puesto de trabajo, es decir, desde el momento de la firma del contrato, pues hasta ese momento la persona afectada no adquiere la condición de personal laboral que origina la incompatibilidad con su condición de concejal, y debiendo declararse esta circunstancia por el pleno, con base en las circunstancias concurrentes.

En el supuesto que nos ocupa, una vez que se haya tomado posesión de su cargo y se haya producido la contratación, es el pleno quien debe valorar las circunstancias concurrentes y el que debe declarar la incompatibilidad, otorgándole plazo de opción.

No obstante, en supuestos claros de existencia de incompatibilidad, existe la posibilidad, bien de que el concejal electo no proceda a la toma de posesión de su cargo procediendo a la renuncia, o bien de que el concejal, una vez elegido y durante el plazo de firma del contrato, pueda, de forma responsable y expresa, optar por seguir desempeñando el cargo de concejal o desempeñar el puesto de trabajo como personal laboral, renunciando al cargo de concejal, en lugar de firmar el contrato y esperar a la declaración de incompatibilidad por el pleno, otorgándole plazo de opción. Así se evitan daños mayores, tales como altas y bajas en seguridad social, cotizaciones, salarios y tiempo de incertidumbre en cuanto a la realización de la obra o prestación del servicio.

10. ¿Está incurso en causa de prohibición para contratar la persona que no está al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias con el ayuntamiento por deber el pago de los tres últimos años del IBI de su vivienda, sin que la deuda tributaria esté suspendida, fraccionada o aplazada? ¿Sería posible el establecimiento de una garantía provisional? ¿Fue ajustada a derecho la adjudicación del inmueble al Sr. AAA?

a) Régimen jurídico del contrato.

El artículo 71.1 d) de la Ley 9/2017, de contratos del sector público (LCSP), recoge como causa de prohibición para ser contratista «no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen».

Por su parte, el Reglamento de bienes de las corporaciones, que en su artículo 11.1 establece que «la adquisición de bienes a título oneroso exigirá el cumplimiento de los requisitos contemplados en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales».

Pese a esta específica remisión que el artículo transcrito hace a la normativa reguladora de las contrataciones locales, debemos acudir a la LCSP, que en su artículo 9.2 determina que «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 incorporeales, 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». No obstante esta exclusión de su ámbito de aplicación, el artículo 26.2 de la propia LCSP determina que «2. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado».

Por tanto, podemos afirmar:

1. La LCSP no regula el requisito de la capacidad de obrar de los licitadores, que se rige por las normas generales de derecho común. De manera que las normas de capacidad de obrar en los contratos patrimoniales, al igual que en el resto de los contratos del sector público, son las propias de los ordenamientos civil y mercantil.
2. La exclusión con carácter general de los contratos patrimoniales de la LCSP, como consecuencia de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, conlleva que no se aplican a los contratos patrimoniales las prohibiciones de contratar del artículo 71 de la LCSP. Sin embargo, es posible argumentar, sobre la base del artículo 8.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas, precepto básico, que regula los principios relativos a los bienes y derechos patrimoniales que no existe óbice jurídico para que, a través de los pliegos de condiciones que han de regir la adjudicación de estos contratos patrimoniales, se establezcan de forma motivada previsiones, a modo de supuestos de exclusión, equivalentes al cuadro de prohibiciones de la LCSP, siempre que no resulten desproporcionadas, ni tengan por efecto una discriminación no justificada, y atiendan a la concreta naturaleza y características del contrato en particular así como a garantizar los principios de igualdad y objetividad en la concurrencia del procedimiento de adjudicación.

b) Garantía para mantener las ofertas.

Al estar excluidos los contratos patrimoniales de la LCSP, son los órganos de contratación de las entidades locales quienes pueden establecer, en el marco de sus atribuciones, la exigencia de prestación de garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación definitiva del contrato, sin que sean de aplicación las normas del régimen de garantías de la LCSP pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 111 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas, los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los

bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La Administración pública puede, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración.

c) Validez de la adjudicación a favor del Sr. AAA.

Si el pliego no recogía como causa de prohibición para ser contratista la ya señalada y su oferta económica era la mejor, la adjudicación fue ajustada a derecho. Si, por el contrario, se recogía esta causa en el pliego, entonces la adjudicación sería nula de pleno derecho al amparo del artículo 47.1 f) de la Ley 39/2015, LPAC, consistente en «los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición».

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 5/1985 (Régimen Electoral General), arts. 178, 182 y 183.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 4, 20, 21, 73 y 85.
- Ley 29/1998 (LJCA), art. 19.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 5, 6, 7, 8, 10, 28, 33, 39, 41, 50, 51, 52, 53 y 111.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 84, 93, y 94.
- Ley 40/2015 (LRJSP), art. 87.
- Ley 9/2017 (Contratos del Sector Público), arts. 9, 26 y 71.
- Real Decreto 1372/1986 (Rgto. de bienes de las entidades locales), arts. 44, 56 y ss., 65 y 66.
- Real Decreto 2568/1986 (Rgto. de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), arts. 9, 10, 123 a 126 y 209.
- STS de 18 de octubre de 1986, de 11 de julio de 1990 y de 26 de junio de 2003.
- Acuerdos de la Junta de Contratación Administrativa del Estado de 30 de junio, 15 de septiembre y 29 septiembre de 2011.

Formación a empresas

Cursos de formación a medida



En el CEF.- nos adaptamos a las necesidades formativas de todo tipo de empresas para ofrecer una propuesta global a medida



Presencial

En nuestras sedes de Madrid, Barcelona y Valencia, o bien en las instalaciones de tu empresa



Telepresencial

Clases online y en directo que permiten interactuar con profesores y estudiantes



Online

Vídeos explicativos y material audiovisual a través del campus virtual

Nuestro proceso

- ✓ **Análisis y detección de necesidades específicas**
- ✓ **Valoración y diseño a medida del plan formativo**
- ✓ **Puesta en marcha y ejecución**
- ✓ **Gestión de la bonificación de la FUNDAE**
- ✓ **Evaluación y encuestas**
- ✓ **Seguimiento**

Áreas formativas

-  **Tributación**
-  **Jurídica**
-  **Laboral y Recursos Humanos**
-  **Contabilidad y Finanzas**
-  **Dirección y Administración de Empresas**
-  **Excel y Microsoft Power BI**
-  **Marketing y Ventas**



Más información en:

 www.cef.es/empresas

 91 451 98 28

CEF.-

XXXIII

PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS



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.

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

Lugar y plazo

Los trabajos, junto con el sobre cerrado, se remitirán a 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 de presentación de trabajos finaliza el 3 de mayo de 2023, a las 20 horas.

Información sobre las bases

Puede consultar las bases del premio visitando www.cef.es