

CEF Legal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 269 | Junio 2023

ISSN: 2697-1631

**Compraventa de los
secretos empresariales**

Pablo Muruaga Herrero

**Problemas prácticos que plantea
el procedimiento de jura de cuentas**

M.^a José Achón Bruñén

**La ayuda pública como efecto
incentivador de la inversión
en el periodo 2021-2027**

Francisco A. Aranguren Baena

45 CEF.-
Aniversario

Ahora



MÁSTERES

CURSOS



¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?

FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE

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

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 269 | Junio 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

Von Bismarck y su ¿predicción? sobre la compraventa de los secretos empresariales. (Breves reflexiones sobre la compraventa de secretos empresariales) 5-30

Von Bismarck and his prediction? on the buying and selling of trade secrets. (Brief reflections on the buying and selling of trade secrets)

Pablo Muruaga Herrero

Problemas prácticos que plantea el procedimiento de jura de cuentas. (Motivos que pueden impedir que los abogados y procuradores cobren las cantidades que se les adeudan) 31-70

Practical problems of the final statement of accounts

M.^a José Achón Bruñén

Constitucional-administrativo

La ayuda pública como efecto incentivador de la inversión en el nuevo periodo de programación 2021-2027: ¿hacia un cambio de paradigma? 71-94

The public aid as an incentive effect for investment in the new programming period 2021-2027: towards a paradigm shift?

Francisco A. Aranguren Baena

Comentarios de resoluciones

Civil-mercantil

Derecho a la intimidad y propia imagen de una menor y autorización de su madre para publicar su imagen (Comentario a la STS de 14 de febrero de 2023) 95-102

Casto Páramo de Santiago

Casos prácticos

Civil

Legitimación activa de los copropietarios para promover el precario Adelaida Medrano Aranguren	103-108
Póliza de seguro asociado a préstamo hipotecario José Ignacio Esquivias Jaramillo	109-115

Administrativo

Derecho de información de los parlamentarios del Congreso sobre gastos de personal recogidos en los PGE Julio Galán Cáceres	116-136
--	---------

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>



Von Bismarck y su ¿predicción? sobre la compraventa de los secretos empresariales

Breves reflexiones sobre la compraventa de secretos empresariales

Pablo Muruaga Herrero

Máster de Acceso a la Abogacía por la UNED

pablo.muruaga.herrero@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-2141-1813>

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 entrada en vigor de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales supuso un avance cualitativo en la regulación de una categoría jurídica que, cuando menos, resulta conflictiva, al establecer un régimen completo de protección, supliendo de este modo la imposibilidad de que sean registrados. No obstante, el legislador decidió introducir en esta ley un novísimo capítulo, el tercero, dedicado al secreto empresarial como objeto del derecho de propiedad, proclamando como principio general de esta materia la libre transmisibilidad. Empero, a pesar de establecer tal principio, la regulación que propuso destaca por su parquedad, sin presentar un régimen completo de los negocios jurídicos que puedan tener como objeto un secreto empresarial, como sería la compraventa de secretos empresariales, en la que se centra este artículo. Así, ante la referida ausencia, se debe analizar la naturaleza de este negocio e intentar dotarle de un régimen completo, unitario e integrado en nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: secretos empresariales; compraventa; titularidad; cotitularidad; regulación.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado (en avance *online*): 17-05-2023

Cómo citar: Muruaga Herrero, P. (2023). Von Bismarck y su ¿predicción? sobre la compraventa de los secretos empresariales. Breves reflexiones sobre la compraventa de secretos empresariales. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 269, 5-30. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18843>



Von Bismarck and his prediction? on the buying and selling of trade secrets

Brief reflections on the buying and selling of trade secrets

Pablo Muruaga Herrero

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 entry into force of Law 1/2019, of February 20, 2019, on trade secrets represented a qualitative advance in the regulation of a legal category that, to say the least, is conflictive, by establishing a complete regime of protection, thus making up for the impossibility of registering them. However, the legislator decided to introduce in this law a very new chapter, the third one, dedicated to the business secret as an object of the right of ownership, proclaiming as a general principle of this matter the free transferability. However, in spite of establishing such principle, the regulation proposed by him stands out for its parsimony, without presenting a complete regime of the legal transactions that may have as object a trade secret, as would be the purchase and sale of trade secrets, on which this article is focused. Thus, in view of the aforementioned absence, it is necessary to proceed to analyse the nature of this business and try to provide it with a complete, unitary and integrated regime in our legal system.

Keywords: trade secrets; sale and purchase; ownership; co-ownership; regulation.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2023 / Published (online preview): 17-05-2023

Citation: Muruaga Herrero, P. (2023). Von Bismarck y su ¿predicción? sobre la compraventa de los secretos empresariales. Breves reflexiones sobre la compraventa de secretos empresariales. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 269, 5-30. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18843>



Sumario

1. Introducción
 2. Concepto y requisitos de los secretos empresariales
 - 2.1. Concepto
 - 2.2. Requisitos
 - 2.3. Recapitulación
 3. Régimen jurídico de la compraventa de secretos empresariales
 - 3.1. El secreto empresarial como objeto del derecho de propiedad
 - 3.2. Titularidad y cotitularidad
 - 3.3. Compraventa
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

El sistema legislativo español tiene una deuda pendiente –y algún día será cobrada– con el contrato de compraventa. Si bien esta afirmación puede resultar poco académica –incluso, descarada–, la realidad nos ha demostrado que el contrato de compraventa es uno de los contratos que más carencias ha presentado en su regulación.

Ya el artículo 1445 del Código Civil, artículo jamás modificado, planteaba –y sigue planteando– la duda sobre si la obligación de transferir el dominio era esencial en el contrato de compraventa¹, debido a la gran vaguedad con la que lo describía². O, por ejemplo, el artículo 1452, que regula la teoría del riesgo en nuestro derecho y cuyo contenido ha dado lugar a tal cantidad de *reyertas doctrinales* que uno ya no puede ni enumerarlas³. O ausencias notables como es la regulación de la venta de cosa ajena, regulada en el derecho romano, en el germánico o en el francés, pero no en el español.

Empero, la problemática con la compraventa no se limita al contenido del Código Civil, sino que cada vez que aparece una nueva tipología de compraventa en nuestro sistema, el legislador español –y, consecuentemente con ello, la sociedad en general– se *da de bruces* continuamente con los mismos problemas. El texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios –en adelante, TRLGDCU–, si bien supuso un gran avance para los consumidores y usuarios, plantea numerosas lagunas e inconcreciones en relación con

¹ En la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, el artículo 531-1 define el contrato del siguiente modo: «1. La compraventa es el contrato en virtud del cual el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho al comprador, quien, a su vez, se obliga a pagar por ello un precio determinado o determinable en dinero o signo que lo represente». (Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2018).

² En este sentido, el profesor Albaladejo García publicó en 1947 una obra capital sobre la obligatoriedad de la transmisión de la propiedad en la que, aunque se posiciona, expone magistralmente las diversas posturas al respecto. (Albaladejo García, 1947).

³ Entre muchos otros, podemos ver las opiniones discrepantes de Bérnago Labrés (1947), Cossío y Corral (1953), Morales Moreno (2003) y Linacero de la Fuente (2008).

la compraventa, que impiden una protección total para estos (Ferrer Guardiola, 2021), siendo solo uno de los múltiples ejemplos que podemos encontrar a lo largo de la historia reciente del derecho español. Destaca también la problemática sobre la compraventa de empresas, tema sobre el que *han corrido ríos de tinta* desde que en el siglo pasado la doctrina privatista comenzase a plantearse de manera seria la transmisión *inter vivos* de estas (Garrigues Díaz-Cañabate, 1976, pp. 165-216). Actualmente, seguimos sin una regulación concreta sobre ella, a pesar de los intentos que se han realizado, como el anteproyecto de Código Mercantil de la comisión codificadora que regula de manera específica la compraventa de empresas y demás transmisiones, regulación que facilitaría notablemente un negocio jurídico de tal importancia no solo para el ámbito del derecho, sino para otros de nuestra sociedad, y que en la práctica suponen un *quebradero de cabeza* para los agentes jurídicos que intervienen en ellos.

Como decía anteriormente, cada nueva oportunidad es una oportunidad que termina siendo perdida. Así, tras este sucinto e incompleto paseo por la historia de la compraventa y centrándonos ya en el cometido y objetivo de este breve texto, arribamos a la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales –LSE–, normativa que se esperaba como *agua de mayo*, transponiéndose la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, si bien, la aplicación del antiguo artículo 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal –LCD– ya permitió la protección de este particular objeto, aunque de una manera incompleta.

Este texto legislativo, con sus aspectos positivos y negativos –no es objeto de este artículo pormenorizar en ellos–, plantea, no obstante, desde nuestro punto de vista, una carencia –que parece que sea *consustancial* en nuestro derecho–: no regula la compraventa de los secretos empresariales. Únicamente se limita en su artículo 4 a regular de manera genérica la transmisibilidad de los secretos empresariales con dos escuetas frases, sin incidir en los aspectos más importantes de la misma compraventa y englobándose conjuntamente otros negocios jurídicos.

Con todo, volvemos una y otra vez a la problemática con la compraventa o, más bien, no problemática, sino ausencia u olvido de regulación en nuestro país. Ya afirmó Von Bismarck que «España es el país más fuerte del mundo: los españoles llevan siglos intentado destruirlo y no lo han conseguido», frase que bien podría terminar del siguiente modo, teniendo en cuenta la importancia que tiene la compraventa en el sistema jurídico y en el tráfico económico de nuestro Estado: «los españoles llevan siglos intentando destruir la compraventa y no lo han conseguido». Quizá un día, en una nueva regulación de algún negocio jurídico, se decida el legislador a regular completa, detallada y armónicamente un negocio de tal importancia como es la compraventa en nuestro sistema jurídico y económico, pero eso, quizá, no lleguemos a verlo. Ahora bien, en estas páginas se intentará de un modo breve y esquemático indicar algunos de los aspectos más destacados de la compraventa de secretos empresariales, sin perjuicio de que este tema exija un mayor estudio, atención y dedicación.

2. Concepto y requisitos de los secretos empresariales

2.1. Concepto

El apartado primero del artículo 1 de la LSE dispone que:

1. El objeto de la presente ley es la protección de los secretos empresariales.

A efectos de esta ley, se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

- a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
- b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y
- c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.

Dicho artículo, sin presentar grandes novedades legislativas o terminológicas sobre el concepto de «secreto empresarial»⁴ –en inglés, *trade secret*–, sí que presenta los elementos esenciales para considerar cuándo se está ante un secreto empresarial y, consecuentemente con ello, cuándo se ha de acudir a la protección que se regula en la LSE. A pesar de ello, se ha de destacar que la definición que aporta el texto legislativo es, en realidad, una suma de requisitos que ha de reunir la información, sin que llegue, según mi opinión, a describir la auténtica esencia del secreto empresarial⁵.

2.2. Requisitos

No obstante, aunque no sea el cometido de estas páginas, sí que considero conveniente analizar sucintamente los elementos definitorios del secreto empresarial para conceptualizar

⁴ Hay que tener en cuenta que ya el artículo 39.2 del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio –Acuerdo ADPIC– ya establecía cuáles eran los elementos caracterizadores de los secretos empresariales: «a) sea secreta [...] no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible; b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables [...] para mantenerla secreta».

⁵ Sobre este extremo son muchos los comentarios que ha hecho la doctrina acerca de la dificultad de conceptualizar los secretos empresariales mediante una definición científica. *Vid.* Suñol Lucea (2009, p. 190, n. p. 485, 486, 487).

el marco en el que nos encontraremos, teniendo en cuenta, además, que se acaba de señalar que la definición contenida en la LSE es en realidad una suma de los diversos requisitos que se le exige a los secretos empresariales para tener tal consideración.

Así, el primer requisito que debe reunir un secreto empresarial para tener tal consideración es que su objeto sea *información empresarial* (Suñol Lucea, 2009, p. 105), debiendo, por tanto, referirse a un a) «conjunto de datos dotados de significado que constituyen un mensaje susceptible de interpretación por el ser humano, no siendo exigible su fijación en un soporte intangible» (Guillén Monge, 2020, p. 37) y b) que ese conjunto de datos sea de carácter empresarial –corolario de la denominación que recibe–⁶. No obstante, la nueva regulación incluye como secreto empresarial no solo «conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado, siempre que esta no haya sido divulgada» (Guillén Catalán, 2019, p. 3).

En segundo lugar, se requiere que la información sea secreta, es decir, que la información «no [sea] generalmente conocida de forma pública en círculos relevantes de negocios» (Campuzano Laguillo y Sanjuán Muñoz, 2019, p. 34). Ateniéndonos al texto legal, se requieren tres condiciones acumulativas para poder hablar de carácter secreto: a) que la información no sea generalmente conocida b) por las personas que habitualmente actúan *en los círculos* donde esa información es utilizada y c) siempre que su conocimiento no sea de fácil acceso.

En tercer lugar, es necesario que del carácter secreto se derive una ventaja frente a los competidores que se manifieste en un valor, ya sea real o potencial. En este sentido, la doctrina tradicional, como Gómez Segade (1974, pp. 238-249) indicó, señaló que para encontrarnos ante un secreto era necesario que se diera una doble condición: a) que se deseara ocultar la información y b) que existiese una razón legítima –generalmente, cuantificable– para que se mantuviera tal confidencialidad⁷. No obstante, la doctrina más reciente (Suñol Lucea, 2009; Guillén Monge, 2020) sostiene que el auténtico valor del secreto empresarial se deriva de su condición de secreto, pues los restantes participantes en el mercado no podrán acceder a dicha información. Es más, *verbi gratia*, la jurisprudencia⁸ viene manteniendo que «el valor competitivo es la ventaja de la que goza la empresa que conoce y aplica la información secreta frente a las empresas que carecen de ella», es decir, tiene valor porque es secreta la información.

⁶ Para profundizar sobre qué debemos entender por «empresarial» *vid.* Suñol Lucea (2009, pp. 109-122).

⁷ Esta cuestión ha sido también señalada por la jurisprudencia española al entender que para considerar como secreta una información y otorgarle la protección establecida en la legislación es necesario que haya una razón que lo legitime, es decir, el empresario debe tener unos intereses legítimos en el mantenimiento del secreto, más allá de su mera voluntad. *Vid.* SAP de Madrid (Sec. 14.ª), núm. 476/2004, de 9 de junio, rec. núm. 1008/2002 (ponente Pablo Quecedo Aracil): «Que de la información se puedan obtener ventajas en la competencia, de forma que por tal razón deba ser protegida como un valor en sí misma».

⁸ Entre otras muchas, SAP de Vizcaya (Sec. 4.ª), núm. 654/2019, de 23 de abril, rec. núm. 743/2018 (ponente Lourdes Arranz Freijo).

Finalmente, el último requisito que se contempla en la LSE es que el empresario –más correctamente, el titular del secreto– haya adoptado medidas razonables para asegurar su protección, exigiéndole una cierta diligencia en la protección de las informaciones de las que es titular. No obstante, los diversos textos legales que regulan –o han regulado– los secretos empresariales no contienen una concreción sobre la razonabilidad de las medidas, debiendo ser los tribunales quienes consideren, a la vista de los casos que juzguen, cuáles son las medidas razonables que se le pueden exigir al titular del secreto⁹.

Como señala acertadamente Castán Pérez-Gómez (2019, p. 308),

por si el objeto no fuese en sí mismo lo suficientemente etéreo o inasible, resulta que tiene que estar revestido de ciertas condiciones para que se pueda considerar como un activo protegido. Y esas condiciones, que son extrínsecas al propio objeto, están teñidas además de no poco margen de ambigüedad.

Con todo, la realidad del concepto empresarial es la que es, por lo que para que estemos ante un secreto empresarial será necesario que concurran los requisitos señalados por la legislación.

2.3. Recapitulación

Aunque sea anterior a la entrada en vigor de la LSE, podemos traer a colación la definición que realizó Suñol Lucea (2009, p. 191) por su enorme virtuosismo, ya que señaló que el secreto empresarial sería

toda información relativa a la empresa a la que los terceros no pueden acceder fácilmente por medios lícitos sin emplear una cantidad significativa de recursos, y respecto de la cual su titular ha adoptado medidas razonables para mantenerla en secreto, tanto en relación con los sujetos a los que se la comunicó, como respecto de aquellos que la ignoran.

La vigencia de esta definición está fuera de toda duda en la medida en que el artículo 1 de la LSE, citado *ut supra*, recoge los mismos elementos que la anterior regulación. Además, desde una vertiente jurisprudencial, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2018¹⁰ –anterior a la LSE, pero igualmente vigente su aportación–

⁹ A pesar de esa inconcreción, parte de la doctrina considera que es necesaria, puesto que en caso contrario se estaría mermando el ámbito objetivo de la protección. (Arroyo Aparicio, 2019).

¹⁰ STS, Sala de lo Penal (Sec. 1.ª), núm. 679/2018, de 20 de diciembre, rec. núm. 2585/2017 (ponente Susana Polo García).

definió el secreto empresarial desde «una concepción funcional-práctica, debiendo considerar secretos de empresa los propios de la actividad empresarial, que de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva». A modo de resumen señala Bercovitz Rodríguez-Cano (2019, p. 201) que el secreto empresarial será, nuevamente, incidiendo en los diversos requisitos,

una información o conocimiento, referido a cualquier modalidad de actividad [...] que no sea conocida por las personas pertenecientes al círculo en que se maneja habitualmente ese tipo de conocimientos, [...] que tenga] valor empresarial por el hecho de ser secreta. Y [se hayan] adoptado medidas serias para mantener el secreto.

3. Régimen jurídico de la compraventa de secretos empresariales

3.1. El secreto empresarial como objeto del derecho de propiedad¹¹

«El secreto empresarial como objeto del derecho de propiedad» es el título que recibe el capítulo III de la LSE en el que se regula de manera genérica y dispositiva los aspectos básicos patrimoniales de los secretos empresariales, tratando específicamente en los artículos que lo conforman la transmisión de los secretos empresariales, su cotitularidad y la posibilidad de licenciarlos.

El primer aspecto que debemos destacar es que este capítulo no se encontraba regulado en la Directiva (UE) 2016/943¹², pero sí que encontramos una regulación similar en textos legislativos españoles recientes que tienen por objeto activos intangibles, como es el caso de los artículos 10 y 82 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes¹³; el capítulo IV

¹¹ En general, sobre la aptitud del secreto empresarial para ser objeto de contratos, *vid.* Girona Domingo (2022).

¹² Precisamente, en el preámbulo de la LSE se indica: «El Capítulo III, sin tener origen directo en el articulado de la directiva, complementa y perfecciona su contenido, al abordar, mediante reglas dispositivas, la vertiente patrimonial del secreto empresarial. Se trata, en definitiva, de previsiones que, en defecto de acuerdo entre las partes, ordenan someramente cómo se desenvuelve la potencial cotitularidad del secreto empresarial y su transmisibilidad, en particular si se acomete mediante licencia contractual».

¹³ Artículo 10.1 de la Ley de patentes: «1. El derecho a la patente pertenece al inventor o a sus causahabientes y es transmisible por todos los medios que el derecho reconoce».

Artículo 82 de la Ley de patentes: «Tanto la solicitud de patente como la patente son transmisibles y podrán darse en garantía o ser objeto de otros derechos reales, licencias, opciones de compra, embargos, otros negocios jurídicos o medidas que resulten del procedimiento de ejecución».

del título I de la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, que llevar por título «El derecho del obtentor como derecho de propiedad»; el título VII de Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial, que llevar por título de «La solicitud y el registro del diseño como objeto de derechos», o el capítulo IV de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas, que lleva por título de «La marca como objeto de derecho de propiedad». No obstante, hemos de destacar que hay algunas diferencias notables entre los secretos empresariales y los otros derechos de propiedad intelectual o industrial como, por ejemplo, a) la adquisición del secreto empresarial se produce por su creación y por su no divulgación, y no por el registro del mismo, b) no juega el principio de territorialidad, c) no tiene una limitación temporal; d) los derechos que se derivan del secreto empresarial no tienen un carácter de exclusividad que se pueda predicar *erga omnes* (Lissén Arbeloa y Guillén Monje, 2019, pp. 2-3).

Por tanto, el principio que rige la LSE es proclamar la libre transmisibilidad de los secretos empresariales (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2019, p. 202), pues dispone el apartado primero del artículo 4 que «el secreto empresarial es transmisible»¹⁴, sin más limitaciones que las derivadas del apartado tercero del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–¹⁵. Por tanto, el titular –sobre el que incidiremos posteriormente– tendrá atribuido un derecho subjetivo patrimonial sobre el secreto empresarial, pues este, como «activo intangible o inmaterial constituye un bien y, por tanto, es susceptible de titularidad» (González Vázquez y Martínez López, 2019, p. 268), teniendo en cuenta que, como hemos señalado, para ser considerado como secreto empresarial era necesario que tuviera un valor, real o potencial. Cabe destacar igualmente que el preámbulo de la LSE dispone que

las disposiciones de esta ley atribuyen al titular del secreto empresarial un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial, susceptible de ser objeto de transmisión, en particular, de cesión o transmisión a título definitivo y de licencia o autorización

¹⁴ Señalan Campuzano Laguillo y Sanjuán Muñoz (2019) que «el secreto empresarial es transmisible, lo que también conlleva que pueda ser objeto de gravamen, de transferencia, de cesión y de licencias».

¹⁵ Artículo 101.3 del TFUE: «No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

de explotación con el alcance objetivo, material, territorial y temporal que en cada caso se pacte.

Así, el preámbulo nos otorga unas notas de gran importancia para desenmarañar la novedad del legislador español en cuanto a la positivación de la transmisibilidad de los secretos empresariales, respecto de la que, como ya se indicó, la Directiva (UE) 2016/943 no hacía referencia alguna o, por lo menos, no de una manera directa.

Con todo, señala Molina Hernández (2019, p. 50) que los dos elementos que pivotan sobre el secreto empresarial como objeto de propiedad son la titularidad –en relación con la protección que se le otorgará al mismo y que desarrollaremos seguidamente– y el propio objeto del secreto –sobre el que ya se ha incidido *ut supra*– y, por tanto, el secreto empresarial podrá ser objeto de una gran variedad de negocios jurídicos, desde el arrendamiento al usufructo, pasando por la hipoteca mobiliaria o la compraventa, cuya regulación y tratamiento es el objeto principal de este artículo.

3.2. Titularidad y cotitularidad

El apartado segundo del artículo 1 de la LSE dispone que

2. La protección se dispensa al titular de un secreto empresarial, que es cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control sobre el mismo, y se extiende frente a cualquier modalidad de obtención, utilización o revelación de la información constitutiva de aquel que resulte ilícita o tenga un origen ilícito con arreglo a lo previsto en esta ley.

Por tanto, no se contienen normas específicas de limitación de la capacidad para ser titular de un secreto empresarial, aunque el mismo precepto de la LSE sí que lo limita a las personas físicas y jurídicas, por lo que, en principio, no podrán ser titulares de los mismos entes sin personalidad jurídica que, en cambio, sí que se relacionan y actúan activamente en el mercado y en las actividades empresariales. Por tanto, para valorar la capacidad para ser titular de un secreto empresarial deberemos acudir a las reglas generales contenidas en el Código Civil.

Podemos destacar en relación con la Directiva (UE) 2016/943 que el legislador español optó por la utilización del término «titular» en lugar del empleado en aquella, es decir, el término «poseedor». Este cambio deriva principalmente de la problemática conceptual que en nuestro derecho podría provocar el concepto de «poseedor», por lo que se optó por un término que, tal y como señala el preámbulo de la LSE, tiene un notable arraigo y se trata de un término estudiado y tratado «en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina»¹⁶.

¹⁶ En el mismo sentido ya se había pronunciado el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial al emitir sus respectivos informes sobre el proyecto de ley. No obstante, esta cuestión terminológica no ha sido

Así, el titular no necesariamente se equipara al propietario, sino que se trata de aquella persona física o jurídica que «legítimamente posee el secreto empresarial y se beneficia de su protección jurídica». Y, siguiendo el modelo habitual que se emplea en propiedad intelectual e industrial, podríamos hablar de titulares originarios y titulares derivativos en tanto en cuanto los primeros serían los que habrían creado o desarrollado el secreto, mientras que los segundos serían aquellos que legítimamente lo poseen pero como consecuencia de una transmisión (Guillén Monge, 2019, p. 56).

Pero, además, el secreto empresarial, lógicamente, podrá pertenecer a varias personas físicas o jurídicas. Indica el apartado primero del artículo 5 de la LSE que

el secreto empresarial podrá pertenecer pro indiviso a varias personas. La comunidad resultante se regirá por lo acordado entre las partes, en su defecto por lo dispuesto en los apartados siguientes y, en último término, por las normas de derecho común sobre la comunidad de bienes¹⁷.

Así, por tanto, se establece un régimen legal dispositivo, facilitando una regulación concreta que se adapte a las características de cada uno de los secretos empresariales que sean objeto de copropiedad o cotitularidad. Cabe destacar que el régimen se refiere a la cotitularidad, no estrictamente a la copropiedad de los secretos empresariales, por lo que consideramos que, como hemos indicado, podría darse la situación de que haya una cotitularidad del secreto por parte de personas no propietarias, como, por ejemplo, licenciarios, aunque esto sea discutido por parte de la doctrina (Rabasa Martínez, 2018, p. 5).

Para determinar el régimen jurídico aplicable a la cotitularidad del secreto empresarial habrá que acudir, en primer lugar, a lo acordado por las partes; en segundo lugar, a las normas establecidas en el propio artículo 5. Así, estas normas son: a) la explotación por uno solo de los titulares será posible previa notificación a los demás, de manera similar al artículo 394 del Código Civil; b) cada uno de los cotitulares podrá realizar los actos necesarios para conservar el secreto empresarial y, aunque no se disponga, cada uno deberá participar proporcionalmente en los gastos que conlleve el secreto empresarial (Vidal-Quadras Trias de Bes, 2019, p. 138); c) cada cotitular podrá ejercitar las acciones en defensa del secreto empresarial, comunicándolo a los restantes cotitulares para su posible adhesión, estableciendo un

pacífica en la doctrina. Así, autores como Guillén Monge han considerado que se trata de un cambio adecuado, mientras que otros, como Rabasa Martínez, consideraron que se trataba de un error jurídico, pues habrá supuestos en los que el poseedor del secreto empresarial no sea el titular del mismo, como sucede, según el autor, en el caso de las licencias. *Vid.* Guillén Monge (2020, p. 56) y Rabasa Martínez (2018, p. 5).

¹⁷ Este artículo tiene un contenido prácticamente idéntico al del artículo 80 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes y al del artículo 58 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial, que recogen, respectivamente, el régimen de la cotitularidad de las patentes y de los diseños industriales, con la diferencia, por ejemplo, respecto de las patentes que en el mismo se recoge también la cotitularidad sobre la solicitud de patente.

régimen concreto de participación en los gastos; y d) unas reglas concretas para transmitir el secreto empresarial o conceder. Finalmente, se regulará por las normas generales de la comunidad de bienes, establecidas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, que bien podrá referirse a la copropiedad o a la pertenencia de otro derecho pro indiviso –como, por ejemplo, la cotitularidad de una licencia, si aceptamos que el licenciatario es el titular–.

Como principal diferencia que destacaría respecto del régimen general de la comunidad de bienes o de lo establecido en otros textos legales como la Ley de patentes es el párrafo tercero del artículo 5 de la LSE que dispone que

la cesión del secreto empresarial o la concesión de licencia a un tercero para explotarlo deberá ser otorgada conjuntamente por todos los partícipes, a no ser que el órgano jurisdiccional por razones de equidad, dadas las circunstancias del caso, faculte a alguno de ellos para realizar la cesión o concesión mencionadas.

Así, por tanto, la LSE excluye la posibilidad de que uno de los cotitulares transmita de manera independiente su parte, salvo que lo autorizase el órgano jurisdiccional correspondiente *por razones de equidad*.

No obstante, se plantean una serie de cuestiones que pueden ser conflictivas en la práctica. En primer lugar, dado que el régimen legal aplicable sería el que acordasen los cotitulares, ¿sería posible la inclusión de un pacto que permita la libre transmisibilidad de la titularidad del secreto empresarial por parte de uno de ellos? En principio, parece que sí que sería posible, puesto que no hay norma imperativa que lo prohíba, aunque, al mismo tiempo, surge la cuestión de si un pacto sobre la libre transmisibilidad sería contrario a la propia esencia del secreto empresarial que es, lógica y necesariamente, que la información sea secreta. Es decir, cuanto mayor sea la libertad para transmitir la titularidad de un secreto empresarial en un supuesto de cotitularidad mayor será la dificultad para mantener el secreto¹⁸.

Al mismo tiempo, dado el contenido de ese párrafo tercero del artículo 5, sí que resultaría conveniente establecer un pacto entre los cotitulares, no en cuanto a la libre transmisibilidad del derecho, sino en cuanto a la cesión de licencias, ya que si no se contiene un pacto de ese estilo, podría dificultarse en la práctica notablemente la concesión de licencias en caso de que uno solo de los cotitulares se negase a ello (Vidal-Quadras Trías de Bes, 2019, p. 141).

Otro aspecto que se debe destacar es si es posible acudir al procedimiento de división de la cosa común regulado en los artículos 400 a 406 del Código Civil o, en particular, la po-

¹⁸ En este sentido, es imposible no recordar el diálogo que se mantiene en *Fedra* de Séneca:

«Teseo.- Habla; en mi pecho fiel guardaré tus secretos.

Fedra.- Lo que quieras que otro guarde en silencio, cállalo tú primero».

sibilidad de acudir al artículo 404 del mismo texto legal. El secreto empresarial es indivisible, por lo que no serían aplicables los artículos 400, 401, 402, 403, 405 y 406, como corolario lógico de su naturaleza. No obstante, ante la falta de pactos entre las partes, el artículo 404 del Código Civil sí que resultaría aplicable, cuyo apartado primero dispone que «cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio». No obstante, dadas las características concretas del secreto empresarial no resulta del todo claro que dicho régimen se adapte a su naturaleza. Si uno de los cotitulares de un secreto empresarial no quisiera seguir en la comunidad y ninguno de ellos pudiera indemnizar a los otros para obtener la titularidad entera del secreto; ¿sería posible su venta en una subasta, técnica habitual en los procesos de este tipo? Llegados a ese supuesto, ¿sería posible la subasta del secreto empresarial de manera independiente a la empresa de la que proviene? ¿Cómo se publicitaría una subasta de un secreto empresarial? ¿Cuál sería el régimen publicitario aplicable a una subasta judicial que tiene como objeto un secreto? Como se ve son numerosos los problemas que podrían surgir en caso de que se llegase a una situación como la descrita.

En este sentido, parte de la doctrina (Molina Hernández, 2019, p. 58) considera que sería aplicable a los secretos empresariales el mismo régimen que estableció la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto de las viviendas, el cual consistiría en «la aplicación de turnos de ocupación con uso exclusivo por periodos sucesivos y recurrentes»¹⁹. No obstante, considero que tal régimen no sería adecuado para los secretos empresariales en la medida en que una gestión y administración por periodos temporales podría ser contraproducente, ya que implicaría que durante un periodo de tiempo uno de sus titulares podría ejercitar la totalidad de las facultades relativas al secreto empresarial, lo cual, dada su naturaleza, no debiera ser conveniente, puesto que hay simples actos de gestión o administración del secreto empresarial que pueden terminar frustrando la propia esencia del secreto y que no serían queridos por la totalidad de los titulares.

En último lugar, me planteo la cuestión de la transmisión *mortis causa* del secreto empresarial. En principio, nada limita su transmisión por cualquiera de los títulos sucesorios admitidos en nuestro derecho. Así, sería perfectamente válido legarlo a un tercero. Aunque surge la cuestión no baladí de cómo se dejaría constancia de un secreto empresarial en, por ejemplo, un testamento, cuando a la lectura del mismo concurrirían personas que no pasarían a ser sus titulares y que, en cambio, serían conocedores de su contenido. Otra cuestión que también debiera suscitar una duda razonable es qué sucede cuando ese secreto empresarial se encuentra en una situación de cotitularidad. Si hubiera algo previsto, no habría mayor problema y se habría de acudir a lo dispuesto en el pacto de los cotitulares. En caso contrario, ¿para transmitir la parte de la que se fuera cotitular por título de herencia o de legado sería igualmente necesario contar con el acuerdo del otro cotitular? ¿De

¹⁹ STS, Sala de lo Civil (Sec. 1.ª), núm. 244/2022, de 29 de marzo, rec. núm. 4985/2019 (ponente Antonio García Martínez).

qué modo se relaciona la limitación que establece el propio artículo 5 de la LSE con el régimen de transmisión *mortis causa* de nuestro derecho? ¿Supone ese artículo 5 de la LSE una limitación a la libertad de testar del cotitular que fallezca con anterioridad? ¿Debería en todo caso intervenir el tribunal correspondiente para que por razones de equidad considerase válida la cesión realizada en la sucesión *mortis causa*?

3.3. Compraventa

Hasta este momento hemos ido observando algunos aspectos destacados de la regulación de los secretos empresariales como objeto de propiedad, incidiendo en algunas de las cuestiones que pueden ir surgiendo en la práctica y que, llegado el momento, supondrán una serie de pronunciamientos judiciales para ir determinando cuál es el régimen –completo– aplicable a los secretos empresariales en su vertiente de derecho subjetivo de naturaleza patrimonial. Pero, como ya se anunció anteriormente, el objeto principal de estas páginas era adentrarse en la falta de regulación de la compraventa del secreto empresarial –que, en opinión de este autor, es realmente una ausencia generalizada de cualquier negocio jurídico que tenga por objeto un secreto empresarial–.

Hemos de partir, por tanto, de un hecho indiscutible: la Ley de secretos empresariales no regula la compraventa de secretos empresariales. Aunque reconocemos que este hecho tampoco es nuevo, ni sorprendente, pues si durante años toda la protección de los secretos empresariales se basó en el antiguo artículo 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal²⁰ –LCD–, tampoco podíamos exigir que *de la noche a la mañana* nos encontráramos con una regulación detallada, completa y sin lagunas de una materia tan compleja como desconocida y poco tratada.

²⁰ El antiguo artículo 13 de la LCD disponía que:

- «1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14.
2. Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.
3. La persecución de las violaciones de secretos contempladas en los apartados anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto».

El actual artículo 13 de la LCD, tras la modificación efectuada por la LSE, dispone: «Se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales».

Así, una vez más, ante la ausencia de una normativa completa en sede de compraventa, el jurista, haciendo gala de la picaresca española, ha de acudir a otras normas para poder suplir el contenido legal de esta tipología de compraventa. Por tanto, se hace necesario analizar cada uno de los elementos que constituyen el contrato de compraventa y analizarlos desde el prisma que supone el secreto empresarial.

No obstante, con carácter previo nos surge una cuestión que en la práctica puede ser de gran utilidad: ¿la compraventa de secretos empresariales es una compraventa civil o mercantil? Es por todos conocida la deficiente –una vez más– regulación del Código de Comercio respecto de la compraventa mercantil. Las críticas recibidas han sido constantes desde hace décadas y mientras los artículos 325 y 326 de la mencionada ley mercantil no sean modificados, continuarán recibéndolas. Dada la difícil regulación de la compraventa en nuestro sistema legislativo, creo conveniente que los siguientes comentarios se realicen desde el punto de vista del supuesto más habitual: que el secreto empresarial sea adquirido por otro empresario para añadirlo a su explotación mediante su aplicación o uso.

La doctrina mercantilista, realizando una interpretación extensiva de los citados artículos, ha ampliado el concepto de compraventa mercantil. Así, podría cuestionarse si la compraventa de secretos empresariales es un supuesto de la denominada *compraventa-inversión*, definida por Broseta Pont (2016, p. 69) como «la compra realizada por un empresario, con la intención de destinar el objeto comprado a su explotación industrial o comercial», debiéndose reputar como compraventa mercantil²¹, tal y como entendió el Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 13 de mayo de 2015²². Paz Ares (1983, pp. 943-996) señaló que la compraventa-inversión es mercantil debido a: a) en primer lugar, a que hay ánimo de lucro; y b) en segundo lugar, a que teleológicamente el fin último de los artículos 325 y 326 del Código de Comercio es considerar que no serán mercantiles las compraventas de bienes destinadas al uso o consumo personal o familiar del comerciante.

Ahora bien, esta argumentación no considero que, conforme a la legislación actual, sea aplicable a la compraventa de secretos empresariales. Es cierto que hay ánimo de lucro, puesto que si no se pudiera obtener una ventaja o rédito económico de un secreto empresarial, el mismo no sería comprado. Es cierto, también, que el destino del secreto empresarial no será el entorno personal o familiar del adquirente. No obstante, a pesar de esas apreciaciones, no se puede obviar que el régimen jurídico de la compraventa mercantil es muy limitado y se refiere exclusivamente a bienes muebles. La doctrina mercantilista, de manera mayoritaria, ha procurado ampliar el objeto, admitiendo bienes inmuebles o entes complejos como empresas (Garrigues Díaz-Cabañete, 1976; Paz Ares, 1983; Broseta Pont, 2016) y

²¹ En este sentido afirma Paz Ares (1983, p. 958) que «lo que define la mercantilidad de la compraventa es su carácter de acto de inversión».

²² STS, Sala de lo Civil (Sec. 1.ª), núm. 2219/2015, de 13 de mayo, rec. núm. 1294/2913 (ponente Sebastián Sastre Papiol).

señalando que la compraventa de estos sería mercantil. No obstante, estas argumentaciones no pueden ser admitidas a la vista de la regulación actual (Vicent Chuliá, 2022, p. 665).

En primer lugar, centrándonos ya en el régimen jurídico de la compraventa de secretos empresariales, nos encontramos con la capacidad para ser parte, aplicándose las reglas generales de la compraventa. Así, conforme al artículo 1457 del Código Civil la capacidad exigida será la general para obligarse, debiendo tener en cuenta las prohibiciones que se establecen en los artículos 1458 y 1459 en lo que resulte de aplicación. En segundo lugar, cabe recordar que la compraventa se perfecciona por el consentimiento de las partes, siendo aplicables los artículos 1258, 1262, 1445 y 1450 del Código Civil sin encontrar especialidad alguna, al carecer de norma específica al respecto que señalara en alguna otra dirección.

En tercer lugar, se hace necesario determinar cuál es la cosa vendida. Dada la definición del secreto empresarial contenido en la LSE –anteriormente, también, en el acuerdo ADPIC, vigente y aplicable en España–, no plantea excesiva complejidad la determinación de la cosa vendida en tanto en cuanto se podrá determinar con precisión en el contrato de compraventa, puesto que en el mismo se procederá a «la redacción de los distintos aspectos que quedan comprendidos en la transmisión del secreto empresarial» (Molina Hernández, 2019, p. 51), siempre que, eso sí, cumpla con los requisitos generales que debe reunir la cosa vendida que establece el Código Civil y que han sido tratados y pormenorizados por la doctrina civilista (Díez-Picazo y Ponce de León, 2012).

En cuarto lugar, nos encontramos con *la otra cara de la misma moneda*, el precio que ha de satisfacer la parte compradora. En principio, el mismo no plantea mayor problema que los generales de toda compraventa y, por tanto, se aplicarán las reglas relativas a la compraventa civil, debiendo ser cierto, determinado o determinable y pecuniario (López López, 2001, pp. 384-385). Aunque, sin duda, en la práctica será uno de los aspectos más problemáticos, pues determinar el valor de un secreto empresarial no es tarea fácil –pensando en el ejemplo paradigmático por excelencia: ¿qué precio tendría la fórmula secreta de la Coca-Cola?–.

En relación con esto, se plantea la principal obligación de la parte compradora, que es el pago del precio convenido en el tiempo y lugar que se hubiera señalado, y en caso de no haberse previsto deberá acudir al artículo 1500 del Código Civil, es decir, debiéndose realizar el pago del precio en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida. Pero sí que presenta una mayor enjundia la transmisión de los riesgos en esta tipología de compraventa. El Código Civil contiene una regulación oscura sobre este extremo (López López, 2001, p. 396), habiendo recibido la atención de numerosos autores, quienes han discutido el alcance del artículo 1452 del código (Cossío y Corral, 1953; Alonso Pérez, 1972; Cavanillas Múgica, 2013).

Así, sin entrar a analizar las dificultades que plantea este artículo, asumimos la postura de Cossío y Corral (1953, pp. 597-622), quien acertadamente señaló que los riesgos de la pérdida, destrucción o menoscabo del objeto vendido deberán ser soportados por quien haya provocado –o se haya aprovechado de– la demora en la entrega del objeto vendido,

es decir, quien haya provocado que la entrega no fuera simultánea a la perfección del contrato. Por tanto, podemos entender, realizando una interpretación conjunta de los artículos 1095, 1096, 1182 y 1452, que como regla general los riesgos serán asumidos por el comprador cuando haya sido él quien haya provocado la demora en la entrega del objeto vendido, es decir, *sensu contrario*, responderá el vendedor de los riesgos cuando haya sido él quien haya incurrido en mora –o realizado una doble venta–²³. Así, por tanto, en el supuesto de la compraventa de secretos empresariales, desde que el vendedor pusiera a disposición del comprador toda la información que constituiría el secreto empresarial, los posibles riesgos existentes serían asumidos por el comprador, siempre que no haya incurrido en mora o realizado una doble venta el vendedor.

Ahora bien, dada la naturaleza etérea del secreto empresarial y dada la facilidad con la que puede ser destruido –un simple rumor puede terminar con todo su valor– habrá que tenerse en cuenta para determinar los riesgos, como consecuencia de la regla general de la buena fe, la actitud y actuaciones de la parte vendedora, es decir, habrá que valorar si la pérdida o menoscabo del secreto empresarial tiene su origen en una actuación dolosa o negligente del vendedor, en cuyo caso responderá él de la pérdida o menoscabo.

Con todo habrá que tener en cuenta que una segunda obligación del comprador es la de recibir la cosa comprada, si bien esta deberá ser la misma que se hubiera estipulado, pues si no fuera así podrá resolverse el contrato, tal y como veremos posteriormente, al no haberse cumplido la obligación del vendedor de entregar la misma cosa que se hubiera estipulado. Ahora bien, habrá que tener en cuenta la doctrina del *aliud pro alio*, si bien su aplicación directa a los secretos empresariales resulta complicada porque el más mínimo cambio en la cosa puede ser que haga inservible el secreto empresarial que se adquiriría.

Pasando a analizar las obligaciones de la parte vendedora, resulta primordial, y como consecuencia de lo que se acaba de exponer, tratar la obligación de entrega de la cosa vendida. Parte de la doctrina más autorizada (Molina Hernández, 2019, p. 52) plantea que, «a falta de regulación específica en la norma de secretos empresariales, hemos considerado apropiado asimilarlo al régimen de la compraventa de establecimiento mercantil». Considero que es una asimilación positiva en la medida en que la compraventa de un establecimiento mercantil es otro de los negocios jurídicos de nuestro ordenamiento que carece de regulación y que, a pesar de las notables diferencias existentes entre los objetos de sendos contratos, presenta en su esencia unas características comunes con el contrato de compraventa de secretos empresariales.

No obstante, creo que, tal vez, habría sido más conveniente la utilización como modelo para las obligaciones de la parte vendedora los contratos patrimoniales de propiedad intelectual e industrial (Pérez Troya, 2008, pp. 252-254), puesto que, aunque carecen de una

²³ Entre otras sentencias, este criterio ha sido mantenido por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en: STS, Sala de lo Civil (Sec. 1.ª), núm. 13572/1991, de 25 de marzo (ponente José Almagro Nosete).

regulación concreta como en el caso del establecimiento mercantil, las coincidencias de su objeto son mayores y, por tanto, sería más sencilla la traslación de la doctrina ya elaborada respecto de estos al contrato de compraventa de secretos empresariales.

La primera obligación que debemos tener en cuenta es la obligación de entregar la cosa vendida. En este sentido, será esencial la determinación concreta y exacta del secreto empresarial para poder conocer qué es lo que debe ser entregado. Empero resulta obvio que será necesario realizar la entrega de todo lo que efectivamente constituya el secreto empresarial y, sobre todo, la entrega debe referirse no solo al mismo secreto empresarial, sino a todo lo que sea necesario para poder seguir explotando comercialmente el secreto empresarial de manera ininterrumpida, sin que la transmisión suponga un retraso o inconveniente para el desarrollo del tráfico comercial y empresarial (Molina Hernández, 2019, pp. 52-53). Volviendo al ejemplo de la receta de la Coca-Cola: si la misma fuera vendida, no sería suficiente con que se indicaran como objeto de la compraventa cuáles son los ingredientes exactos y sus cantidades, sino que sería necesario que se incluyera, también, cuáles son los pasos a seguir para la fabricación de la bebida de cola, es decir, no valdría solo con indicar los ingredientes, sino que sería necesario que se transmitiese la receta completa para poder seguir fabricándola y, de este modo, continuar, como indicábamos, la explotación del secreto empresarial²⁴.

Por tanto, es necesario que se dé una entrega total de lo que constituya el objeto del secreto empresarial con todos los elementos necesarios para poder continuar con dicha explotación. En este sentido, Molina Hernández (2019, p. 52) señala que será necesario diferenciar, en el seno de esta obligación, dos categorías de deberes, positivos y negativos. Así, destaca, en primer lugar, respecto de los de carácter positivo, la obligación de información por parte del transmitente.

Considero que esta obligación de información es primordial en el traspaso de un secreto empresarial. Como señalaba, para que el nuevo adquirente pueda explotar el secreto empresarial es necesario que el transmitente le haga partícipe de toda aquella información que sea necesaria para dicho ejercicio, «suministrándole para ello aspectos relevantes del secreto empresarial que colaboran a la eficacia y resultado práctico de transmisión» (Molina Hernández, 2019, p. 53). Es más, teniendo en cuenta que el objeto del secreto empresarial puede ser realmente variado, habrá supuestos en que la información que se deba transmitir comprenderá necesariamente una formación previa del nuevo titular –v. gr. reiterando el ejemplo de Coca-Cola. El nuevo titular de la receta quizá necesite una cierta instrucción previa para poder elaborar la receta sin que el consumidor medio aprecie que efectivamente ha sucedido un cambio en la titularidad del secreto empresarial de Coca Cola, de su esencia–.

²⁴ Hay que tener en cuenta que en la gran mayoría de sistemas legislativos las recetas no son patentables o registrables o sujetas a algún tipo de protección específica. Así, resulta que el único medio que garantiza, en cierto modo, la protección de una receta de bebida o de comida es, prácticamente, mantenerlo en secreto. (Robert Guillén, 2016).

En este sentido, resulta paladino que transmitir el secreto empresarial, prácticamente, en cualquier situación, requerirá una colaboración activa del anterior titular²⁵. Esta característica hace que surja la cuestión, ya esbozada *ut supra*, de cómo se plasmaría la colaboración del anterior titular en un proceso de subasta pública del secreto empresarial. ¿Sería posible que se estableciera tal obligatoriedad en un procedimiento no querido por el anterior titular? ¿Sería posible incluir en el traspaso forzoso una obligación positiva? Es una cuestión que puede resultar conflictiva, puesto que en nuestro sistema, en caso de incumplimiento de obligaciones de carácter positivo, contamos con medios coactivos *indirectos*, pero no ninguno que lo garantice de manera directa. Es más, incluso en esa hipotética situación, en la que el secreto empresarial ha sido embargado y vendido en pública subasta, ¿qué evitaría que el anterior titular frustrara la explotación del nuevo, facilitando el secreto empresarial a un tercero de buena fe? Como poco se plantean cuestiones que exceden del objetivo de estas páginas, pero que, al menos, deben ser comentados.

Lo mencionado constituye, a su vez, una de las obligaciones derivadas de la entrega del secreto empresarial: la no concurrencia. Considero que esta obligación, además de provenir del deber general de buena fe, es recogido en la LSE en dos preceptos distintos, de los artículos tercero y séptimo. Establece el artículo 3 en sus apartados segundo y tercero:

2. La utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran ilícitas cuando, sin el consentimiento de su titular, las realice quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial.

3. La obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran asimismo ilícitas cuando la persona que las realice, en el momento de hacerlo, sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido que obtenía el secreto empresarial directa o indirectamente de quien lo utilizaba o revelaba de forma ilícita según lo dispuesto en el apartado anterior.

Este artículo recoge *grosso modo* que el anterior titular del secreto empresarial debe abstenerse de seguir utilizando o revelando el secreto empresarial tras su transmisión, pues si no fuera así, estaría frustrando el fin jurídico y económico de la compraventa. Además, el artículo no se refiere solo a responsabilidad que recaería en el anterior titular, sino que, también, se refiere a la responsabilidad del nuevo adquirente que supiera o debiera haber sabido que el anterior titular ya no estaba legitimado para transmitirlo. Continuando con el secreto de Coca-Cola, dada la notoriedad de esta empresa, si hubiera un cambio en su titularidad parece

²⁵ En este sentido, señala Molina Hernández (2019): «La colaboración directa del transmitente con el adquirente supone testimonio de esa complejidad que, en la práctica, pueden alcanzar esas obligaciones accesorias, pero que son imprescindibles para que la obligación de entrega se consume».

que sería un hecho conocido por la gran mayoría de la ciudadanía –sobre todo por aquellos que se encuentran en círculos empresariales que se vean afectados–, por lo que si el titular volviera a ofertar, tras la primera transmisión, el secreto empresarial, el nuevo adquirente parece que debiera saber que adquiriría el secreto de alguien sin facultades para transmitirlo.

En este sentido, como indicaba, es necesario acudir al artículo 7, que dispone que:

Quien transmita a título oneroso un secreto empresarial u otorgue una licencia sobre el mismo responderá, salvo pacto en contrario, frente al adquirente de los daños que le cause, si posteriormente se declarara que carecía de la titularidad o de las facultades necesarias para la realización del negocio de que se trate. Responderá siempre cuando hubiera actuado de mala fe.

Así, se recoge una responsabilidad directa del transmitente que no estuviera legitimado para transmitir el secreto empresarial, siempre que el adquirente, entiendo, sea igualmente de buena fe. No obstante, de su redacción me surge una cuestión. ¿Responde en caso de que transmita de buena fe? El último inciso del artículo dispone que, si actúa de mala fe, *responderá siempre*, lo que parecería indicar –o, por lo menos, podría hacer pensar válidamente– que si hubiera actuado de buena fe podría no responder. Lo que sucede, a mi parecer, al disponer que el titular responderá –en futuro, no en condicional– «de los daños que le cause, si posteriormente se declara que carecía de la titularidad o de las facultades necesarias» es que la responsabilidad del transmitente no se ve condicionada por la buena o mala fe en su actuación, aunque sí que podría moderarla. Creo que estamos ante un supuesto en el que por el simple hecho de que se causen daños al adquirente derivados de la transmisión la responsabilidad surgirá y el transmitente responderá con independencia de la buena o mala fe que haya, aunque entiendo que podrá suponer la mala fe un agravante de su responsabilidad, aunque no se recoja de manera explícita en el texto legal.

Lo que sí podemos plantearnos igualmente es si el último inciso lo que realiza es una extensión de la responsabilidad del transmitente de mala fe a todos los supuestos con independencia de que se transmita el secreto empresarial a título oneroso o a título gratuito. Entiendo que podría ser una interpretación teleológica adecuada, ya que el fin último de este artículo es proteger al adquirente frente a una actuación del transmitente, por lo que en caso de que este último actúe de mala fe se establece una mayor responsabilidad, esto es, la extensión de su responsabilidad a los títulos en que transmita a título gratuito. Como indica Zueco Peña (2019, p. 156),

la actuación realizada por el transmitente será perseguible en todo caso por el verdadero titular del secreto empresarial siempre que haya mediado mala fe, con independencia de la existencia de contrato entre ambos [...] y del título gratuito de la cesión.

Por tanto, entiendo que ese último inciso implica una doble consecuencia: a) en caso de buena fe, la responsabilidad podrá ser moderada, aunque no se recoja en el texto, y b)

en caso de mala fe, la responsabilidad se extenderá a los supuestos de transmisión a título gratuito –como sería el supuesto de la donación de un secreto empresarial–.

En relación con esto podemos plantearnos el supuesto de la doble venta de un secreto empresarial. El secreto empresarial es un bien incorporeal cuya adquisición no puede ser inscrita en ningún registro público²⁶, por lo que habrá que tener en cuenta quién hubiera otorgado primeramente escritura pública y, en caso contrario, se entenderá por entrega «el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, o el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor», conforme a los artículos 1462, 1464 y 1473 del Código Civil. Entiendo que si la transmisión se hace por escritura pública no plantea mayores problemas, pero, dado que no es requisito de la compraventa de secretos empresariales y quizá por su naturaleza interese que su conocimiento por terceros se reduzca al máximo, en caso de que no se otorgue escritura pública, el caso no sería tan pacífico. Entregar un título de pertenencia de un secreto empresarial se me presenta harto complicado –¿qué título sería?, ¿el título sería la información que constituya el secreto?–²⁷, entendiendo que en la mayoría de los supuestos se resolverían por «el uso que haga de su derecho el mismo comprador», es decir, el primero que en la práctica comenzara a usar el secreto empresarial sería, en definitiva, el adquirente. Un sistema que en el caso del secreto empresarial no creo que sea del todo adecuado, ya que dada su naturaleza creo que habrá supuestos en los que acreditar el uso sea *imposible* o, por lo menos, injustificable, cuando, además, nada impide que se adquiera un secreto empresarial para no utilizarlo.

Todo esto debe ser puesto en relación con el artículo 9, apartado séptimo de la LSE²⁸, que protege al adquirente de buena fe del secreto empresarial mediante una serie de medidas que evitarían un efecto negativo excesivo derivado de su adquisición de buena fe, puesto que en nuestro sistema de manera general se otorga al adquirente de buena fe una seguridad jurídica y unas garantías imprescindibles que son enseña de nuestro ordenamiento jurídico y, en el supuesto de los secretos empresariales, no podía ser menos.

²⁶ Hay autores que consideran respecto de la propiedad intelectual que sería posible aplicar para ella los criterios temporales de los registros en los supuestos de doble venta, a pesar de que no se contemple en la normativa. *Vid.* Rubio Garrido (2006) y Espín Cánovas (1998).

²⁷ En este sentido señala Molina Hernández (2019, pp. 71-72) que «la dificultad deriva de la necesidad de demostrar que el transmitente es el legítimo titular del secreto empresarial que, además de su creador [o nuevo titular, entiendo yo], ha adoptado las medidas necesarias para conservar el secreto empresarial como tal».

²⁸ Artículo 9.7 de la LSE: «7. A petición de la parte demandada, cuando sea un tercer adquirente de buena fe, las medidas objeto de las acciones del apartado 1 podrán sustituirse por el pago a favor de la parte demandante de una indemnización pecuniaria, siempre que esta resulte razonablemente satisfactoria y la ejecución de aquellas medidas hubiera de causar a la parte demandada un perjuicio desproporcionado. La indemnización pecuniaria que sustituya a la cesación o prohibición no excederá del importe que habría habido que pagar al titular del secreto empresarial por la concesión de una licencia que habría permitido utilizarlo durante el periodo en el que su utilización hubiera podido prohibirse».

La segunda obligación del vendedor, y una de las más problemáticas, es la obligación de saneamiento por la que se debe garantizar al adquirente la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y los vicios o defectos ocultos que tuviere el secreto empresarial, conforme a los artículos 1474 y siguientes del Código Civil, salvo que las partes hubieran pactado en contrario.

Sobre el saneamiento por evicción, es decir, sobre garantizar al adquirente la posesión legal y pacífica del secreto empresarial, ya hemos ido apuntando algunas notas que, en definitiva, se resumen en que el transmitente responderá frente al adquirente en caso de que sea privado por sentencia firme de su titularidad por razones ajenas a él mismo. La Ley de patentes recoge en su artículo 85, apartado tercero, explícitamente que en los supuestos que regula serán de aplicación «las normas del Código Civil sobre saneamiento por evicción». Así, en el caso de los secretos empresariales entiendo que sería igualmente aplicable: a) por la carencia de un régimen específico en ninguno de los cuerpos legales; b) por las similitudes existentes entre la naturaleza y legislación de las patentes y los secretos empresariales.

En cuanto al saneamiento por vicios o defectos ocultos, no resulta sencillo establecer qué sería un vicio o defecto oculto en un secreto empresarial. La doctrina de los vicios y defectos ocultos está ampliamente desarrollada por nuestra doctrina y jurisprudencia de manera general, tanto en el ámbito civil como en el ámbito mercantil (Broseta Pont, 2016, pp. 76-78; Díez-Picazo Ponce de León, 2012). Pero, en particular, sobre los secretos empresariales se plantean cuestiones relacionadas con la propia naturaleza del secreto empresarial. ¿Sería un vicio oculto que el transmitente no hubiera implantado las medidas de protección razonables? ¿Sería un vicio oculto que el transmitente hubiera otorgado un número de licencias mayor al que se hubiera comunicado al adquirente? ¿Sería un vicio oculto que el transmitente hubiera compartido el secreto empresarial con un gran número de personas? El Tribunal Supremo sostiene que un vicio oculto será «una anomalía por la cual se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad»²⁹. Por tanto, parece que cualquiera de los ejemplos que se acaban de exponer sí que podrían ser constitutivos de un vicio o defecto oculto en tanto en cuanto desvirtuarían la propia esencia del secreto empresarial y lo convertirían en algo que no es o que, por lo menos, no debiera serlo.

Respecto de los vicios ocultos, al haber considerado que estamos ante una compraventa civil, conforme al artículo 1490 del Código Civil, el comprador tendrá un plazo de seis meses, desde la entrega de la cosa vendida, para ejercitar las acciones establecidas en este cuerpo normativo por este motivo. El plazo, aunque más largo que el establecido en el corpus mercantil, no deja de ser, quizás, demasiado breve dada la complejidad del secreto empresarial y de todo lo que lo envuelve.

Con todo, lo que ha resultado claro tras esta breve explicación es que la regulación actual no es suficiente para tratar la compraventa de secretos empresariales.

²⁹ STS, Sala de lo Civil (Sec. 1.ª), núm. 533/2005, de 29 de junio (NCJ044558), rec. núm. 148/1999 (ponente Clemente Auger Liñán).

4. Conclusiones

Comenzábamos estas páginas recordando el recorrido legislativo e histórico de la compraventa en nuestro país, presentando, una vez más, cómo no se había regulado la compraventa en una nueva regulación. Así, se nos planteaba una cuestión primordial y era intentar abordar la ausencia de legislación de la compraventa de secretos empresariales, aunque, como se ha señalado, es una ausencia generalizada de regulación de cualquier negocio jurídico que tenga por objeto el secreto empresarial, a excepción del sistema de licencias que se establece en la propia LSE y que contempla particularidades que son dignas de alabar.

Así, durante las páginas previas se ha intentado plantear de un modo esquemático algunos de los problemas que plantea la ausencia de un régimen legal concreto, puesto que la aplicación directa de la normativa general de la compraventa, dada la especialidad del objeto, implica que gran parte de esta regulación sea inaplicable a la compraventa de secretos empresariales.

Se ha intentado indicar algunos de los aspectos esenciales de esta tipología de compraventa, al tiempo que se intentaban abrir nuevas vías regulatorias en aras de una mayor seguridad jurídica de los intervinientes en ellas, puesto que creo que la naturaleza del secreto empresarial dificulta que se le aplique analógicamente la regulación de la compraventa de otros objetos, como sería la del establecimiento mercantil o la de la propiedad intelectual o industrial en sus diversas modalidades –al mismo tiempo puede surgir el debate, totalmente necesario, de si es necesaria una regulación detallada como sostengo o si dentro de los márgenes de la regulación general de la compraventa sería posible regularla sin necesidad de una nueva regulación que acreciente la dispersión legislativa que existe en materia de derecho civil y mercantil–.

Resulta claro que estas breves páginas no suplen una completa regulación del negocio analizado, pero confío en que cumplan su objetivo: hacer ver las lagunas existentes en el ordenamiento de la compraventa y que abran una vía para su futuro estudio en detalle y, ojalá, una futura regulación detallada. Como comentaba la compraventa es *la asignatura pendiente* –o una de ellas– de nuestro ordenamiento jurídico, y una regulación incompleta de tal importancia podría haber provocado un conflicto grave en la sociedad desde sus inicios. Pero, cada vez que se regulaba de manera inadecuada o incompleta la compraventa, el jurista, en sus múltiples vertientes, conseguía, cual gesta, que la compraventa resistiera y que siguiera siendo la enseña de nuestro tráfico jurídico y empresarial. Por ello, una vez más, ante la ausencia de una regulación de la compraventa de secretos empresariales, no albergo duda alguna de que el jurista volverá a suplir las carencias y ausencias de la regulación, siendo capaz de contemplar la luz, *a pesar de que el interruptor esté siempre apagado*.

El jurista, en relación con la compraventa de secretos empresariales, estará en posición de reafirmar aquella sentencia de Von Bismarck, pues por mucho que se intente, la compraventa seguirá resistiendo ya como emblema de nuestro ordenamiento jurídico, que se suplirá por otros modos y medios la carencia de regulación de la compraventa de secretos empresariales y, quizá, con *socarronería*, se atreviera a comentarle que nuestro sistema, efectivamente, resiste cualquier embiste.

Referencias bibliográficas

- Albaladejo García, M. (1947). La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (separata), 1-91.
- Alonso Pérez, M. (1972). *El riesgo en el contrato de compraventa*. Montecorvo.
- Arroyo Aparicio, A. (2019). Secretos empresariales en el ordenamiento español: La Ley 1/2019, transposición de la Directiva 2016/943. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11, 83-103.
- Asociación de Profesores de Derecho Civil. (2018). *Propuesta de Código Civil*. Tecnos.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2019). Nociones introductorias sobre la Ley de Secretos Empresariales. En P. Merino Baylos (Dir.), *Homenaje a Luis-Alfonso Durán. Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual* (pp. 195-208). Aranzadi - Thomson Reuters.
- Bérgamo Labrés, A. (1947). El riesgo en el contrato de la compraventa. En *Estudios sobre el contrato de compraventa. Conferencias del cursillo de 1946* (pp. 160 y ss.). Colegio Notarial de Barcelona.
- Broseta Pont, M. (2016). *Manual de derecho Mercantil*, vol. II. (23.ª ed.). Tecnos.
- Campuzano Laguillo, A. B. y Sanjuán Muñoz, E. (2019). Marco normativo. El concepto de secreto empresarial. En A. B. Campuzano et al. (Aut.), *La protección de secretos empresariales* (pp. 13-38). Tirant lo Blanch.
- Castán Pérez-Cano, A. (2019). Secretos empresariales y Propiedad Industrial e Intelectual: Afinidades y divergencias. En P. Merino Baylos (Dir.), *Homenaje a Luis-Alfonso Durán. Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual* (pp. 303-317). Aranzadi - Thomson Reuters.
- Cavanillas Múgica, S. (2013). Los riesgos en la compraventa: «periculum est emptoris, genus numquam perit y sinalagma» contractual. En Á. Carrasco Perera (Dir.), *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz* (pp. 1687-1698). Aranzadi - Thomson Reuters.
- Cossío y Corral, A. de (1953). La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas. *Anuario de Derecho Civil*, 3, 597-662.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2012). *Fundamentos del derecho Civil Patrimonial. Tomo IV, Las particulares relaciones obligatorias*. Aranzadi - Thomson Reuters. <https://www.proview.thomsonreuters.com>
- Espín Cánovas, D. (1998). La adquisición de la posesión inmaterial en el derecho español. En D. Espín Cánovas (Comp.), *Cien estudios jurídicos del Profesor Diego Espín Cánovas (1942-1996)* (vol. III, pp. 1541-1829). Centro de Estudios Registrales.
- Ferrer Guardiola, J. A. (2021). Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. *Revista de Derecho Civil*, 4, 161-226.
- Garrigues Díaz-Cañabate, J. (1976). *Curso de derecho Mercantil. Tomo I*. Aguirre.
- Girona Domingo, R. (2022). El secreto empresarial como objeto del contrato. En F. González Castilla y U. Nieto Carol (Dirs.), *Retos de la contratación mercantil moderna* (pp. 647-663). Tirant lo Blanch.
- González Vázquez, J. C. y Martínez López, M. J. (2019). La nueva Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales. *Foro, Nueva época*, 2, 261-276.
- Guillén Catalán, R. (2019). ¿Cómo proteger un secreto comercial o empresarial? En J. Plaza (Dir.), *Curso de especialización en Know-How, propiedad intelectual e industrial en el mercado único digital*. Aranzadi.

- Guillén Monge, P. (2020). Artículo 1. En J. M. Lissén Arbeloa (Coord.), *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales* (pp. 33-61). Wolters Kluwer.
- Linacero de la Fuente, M. (2008). *Los riesgos en el contrato de compraventa*. CORPM.
- Lissén Arbeloa, J. M. y Guillén Monge, P. (2019). Características, alcance de la protección conferida e implicaciones para las empresas en la nueva Ley de Secretos Empresariales. *Diario La Ley*, 9363, 1-7.
- López López, Á. (2001). Contratos traslativos del dominio a título oneroso: la compraventa y la permuta. En R. Valpuesta Fernández y R. Verdura Server (Coord.), *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos* (pp. 382-409). Tirant lo Blanch.
- Molina Hernández, C. (2019). Los negocios jurídicos sobre secretos empresariales. En A. B. Campuzano et al. (Aut.), *La protección de secretos empresariales* (pp. 49-72). Tirant lo Blanch.
- Morales Moreno, A. M. (2003). Adaptación del Código civil al derecho Europeo: La compraventa. *Anuario de Derecho Civil*, 56, 1628-1630.
- Paz Ares, C. (1983). Una teoría económica sobre la mercantilidad de la compraventa. *Anuario de Derecho Civil*, 3, 943-996.
- Pérez Troya, A. (2008). La transmisión de derechos de Propiedad Industrial. Especial consideración de su aportación a la empresa. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 1, 251-272.
- Rabasa Martínez, I. (2018). El anteproyecto de Ley de Secretos Empresariales y la Directiva 2016/943 relativa a los conocimientos técnicos e información empresarial no divulgados. *La Ley Mercantil*, 47, 1-12.
- Robert Guillén, S. (2016). *La protección jurídica de las obras culinarias por el derecho de autor y de la competencia desleal* [Tesis doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona]. <https://ddd.uab.cat>
- Rubio Garrido, T. (2006). Comentario a la STS de 18 de mayo de 2005. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 70, 457-480.
- Suñol Lucea, A. (2009). *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*. Civitas - Thomson Reuters.
- Vicent Chuliá, F. (2022). *Introducción al derecho mercantil*, vol. I. Tirant lo Blanch.
- Vidal-Quadras Trías de Bes, M. (2019). Artículo 5. En J. M. Lissén Arbeloa (Coord.), *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales* (pp. 130-141). Wolters Kluwer.
- Zueco Peña, A. (2019). Artículo 7. En J. M. Lissén Arbeloa (Coord.), *Comentarios a la Ley de Secretos Empresariales* (pp. 153-157). Wolters Kluwer.



Problemas prácticos que plantea el procedimiento de jura de cuentas

Motivos que pueden impedir que los abogados y procuradores cobren las cantidades que se les adeudan

M.^a José Achón Bruñén

Doctora en Derecho Procesal

Gestora procesal titular. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (España)

mjose.achon@madrid.org | <https://orcid.org/0000-0001-9380-9236>

Extracto

En el presente artículo, con base en un detenido análisis de las resoluciones dictadas por nuestros tribunales, se da respuesta a los problemas prácticos que plantean los denominados procedimientos de juras de cuentas.

Palabras clave: jura de cuentas; prescripción; partidas indebidas; honorarios excesivos; cláusulas abusivas.

Recibido: 10-04-2022 / Aceptado: 03-05-2023 / Publicado: 05-06-2023

Cómo citar: Achón Bruñén, M.^aJ. (2023). Problemas prácticos que plantea el procedimiento de jura de cuentas. Motivos que pueden impedir que los abogados y procuradores cobren las cantidades que se les adeudan. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 269, 31-70. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18791>



Practical problems of the final statement of accounts

M.^a José Achón Bruñén

Abstract

In this article, based on a careful analysis of the resolutions issued by our courts, an answer is given to the practical problems posed by the so-called final statement of accounts.

Palabras clave: final statement of accounts; prescription; improper items; excessive fees; unfair terms.

Received: 10-04-2022 / Accepted: 03-05-2023 / Published: 05-06-2023

Citation: Achón Bruñén, M.^a J. (2023). Problemas prácticos que plantea el procedimiento de jura de cuentas. Motivos que pueden impedir que los abogados y procuradores cobren las cantidades que se les adeudan. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 269, 31-70. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18791>

Sumario

Introducción

1. Dudas más habituales en relación con el órgano judicial competente
 - 1.1. Jura de cuentas por servicios prestados en primera, segunda instancia y casación, ¿es posible la reclamación conjunta en un mismo órgano judicial?
 - 1.2. Reclamación de servicios prestados en primera instancia cuando los autos se han remitido al tribunal *ad quem* por haberse recurrido la sentencia
 - 1.3. Cantidades adeudadas por recursos devolutivos tramitados en dos órganos judiciales (*a quo* y *ad quem*)
 - 1.4. Jura de cuentas en el orden penal por servicios prestados en el juzgado de instrucción y en el órgano judicial enjuiciador
 - 1.5. Jura de cuentas si el deudor ha sido declarado en concurso
 - 1.6. Servicios prestados en procesos ante el Tribunal Constitucional
2. Plazo
 - 2.1. Prescripción de la acción
 - 2.1.1. *Dies a quo* si se han prestado varios servicios al mismo cliente
 - 2.1.2. Medios válidos para interrumpir la prescripción
 - 2.2. Casos en que no ha prescrito la acción pero no se puede plantear una jura de cuentas
3. Problemas que plantea la legitimación pasiva
 - 3.1. Abogado contratado por una persona que ha defendido a otra
 - 3.2. Casos en que no coincide el poderdante con quien ha ostentado la condición de parte en el proceso
 - 3.3. Herederos del deudor que no sucedieron a este en el proceso
 - 3.4. Deudor con justicia gratuita
 - 3.5. Caso excepcional en que abogado y procurador pueden cobrar directamente de la parte contraria condenada en costas
4. Oposición del deudor
 - 4.1. Defectos procesales
 - 4.2. Partidas que se pueden considerar indebidas
 - 4.3. Honorarios excesivos: problemática tras la prohibición por la Sala 3.^a de la difusión de baremos
 - 4.3.1. Problemas que plantea el presupuesto previo
 - 4.3.2. Carácter no vinculante del presupuesto previo en caso de que el deudor haya sido declarado en concurso



- 4.4. Cuestiones que no se pueden discutir en una jura de cuentas: la problemática de no poder apreciar cláusulas abusivas
 - 4.5. Discrepancias en las audiencias provinciales acerca de si procede recurso de apelación contra el auto resolviendo la revisión
 - 4.6. Costas en los decretos resolviendo la oposición
5. Peculiaridades en el proceso de ejecución
 - 5.1. Inoperancia del plazo mínimo para despachar ejecución
 - 5.2. Reducidas causas de oposición del ejecutado
 - 5.3. Imposibilidad de incluir el abogado y el procurador en las costas del proceso de ejecución

Referencias bibliográficas

Introducción

Los abogados y procuradores disponen de un cauce procesal específico, denominado jura de cuentas, para la rápida reclamación de las cantidades que les son debidas por su intervención en procesos judiciales¹.

La constitucionalidad de este procedimiento fue confirmada en la Sentencia 110/1993, de 25 de marzo, en la que el Tribunal Constitucional consideró que esta regulación especial no vulneraba el derecho de igualdad, dada la condición de colaboradores de la Administración de Justicia de estos profesionales por su intervención en los procesos judiciales.

Las juras de cuentas cuentan con un deficiente ropaje jurídico (arts. 34 y 35 LEC), que se confiesa incapaz de solventar todos los problemas que se suscitan en la práctica, los cuales van a ser objeto de un especial análisis en las siguientes líneas, en donde se da respuesta a las cuestiones que la ley silencia o regula de manera deficiente.

1. Dudas más habituales en relación con el órgano judicial competente

La reclamación de los honorarios del abogado o de los derechos del procurador tiene carácter eminentemente civil; sin embargo, cada orden jurisdiccional resulta competente para conocer de las juras de cuentas derivadas de sus propios procesos, siendo en todo caso de aplicación los artículos 34 y 35 de la LEC².

El artículo 34 de la LEC otorga competencia para conocer del procedimiento de reclamación de la cuenta del procurador al letrado de la Administración de Justicia del órgano judicial en que el asunto radicare.

El artículo 35 (relativo a los honorarios de abogado) no se pronuncia sobre el juzgado o tribunal competente; si bien, el Tribunal Supremo³ considera que se ha de aplicar, merced a la analogía, otra norma que guarda estrecha relación con el mismo, cual es el artículo 243.1

¹ La existencia de este procedimiento especial no es óbice para que puedan optar por acudir a un juicio monitorio o a un declarativo por la cuantía.

² Los letrados de la Administración de Justicia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo también son competentes para conocer de los denominados procedimientos de juras de cuentas (ATS, Sala 5.ª, de 23 de septiembre de 2011, rec. núm. 2/150/2003).

³ AATS, Sala 1.ª, de 25 de octubre de 2002, rec. núm. 3076/2001, y de 12 de julio de 2011, rec. núm. 410/2008. ATSJ de Andalucía, Granada, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, núm. 12/2005, de 20 octubre.

de la LEC, que previene que la tasación de costas en todo tipo de procesos e instancias se practicará por el letrado de la Administración de Justicia del Tribunal que hubiera conocido del proceso o recurso, respectivamente.

Estos preceptos plantean numerosas dudas interpretativas, a las que vamos a dar respuestas en las siguientes líneas.

1.1. Jura de cuentas por servicios prestados en primera, segunda instancia y casación, ¿es posible la reclamación conjunta en un mismo órgano judicial?

Puede ocurrir que se deban los honorarios de primera y segunda instancia, así como de casación, en cuyo caso procede preguntarse si se podrá interponer una jura de cuentas reclamando conjuntamente todos ellos⁴ o si se han de reclamar por separado.

El Tribunal Supremo secunda este último criterio al considerar que el procedimiento especial de la cuenta de procurador y de reclamación de honorarios de abogado solo puede iniciarse en dicho tribunal respecto de las cantidades derivadas de recursos tramitados ante el mismo⁵. La competencia para conocer de estos procedimientos corresponde al órgano judicial en que se han originado los honorarios cuestionados, haya habido o no condena en costas, dándose siempre la ventaja de que es ese juzgado o tribunal quien tiene a la vista, sin necesidad de otras diligencias de prueba, las actuaciones que han de ser retribuidas, hallándose por ello en óptimas condiciones de ponderar, sin esfuerzos adicionales, la procedencia de la cuantía fijada por el profesional reclamante⁶.

La *ratio essendi* de las juras de cuentas es que el propio órgano judicial ante el que se devengaron los honorarios o derechos sea el competente para conocer de la reclamación, lo que se cohonesta con lo dispuesto en el artículo 61 de la LEC, según el cual el juzgado o tribunal que ostenta competencia para conocer de un pleito la tendrá también para conocer de sus incidencias⁷.

⁴ En este sentido, cfr. Garnica Martín (2000, p. 350). Este autor considera que en el caso de que las reclamaciones correspondan a diversas instancias, la solicitud se puede formular de forma conjunta ante el tribunal que esté conociendo en el momento en el que la petición se plantea, a diferencia de lo que acontece en la tasación de costas, en que ha de seguirse un criterio de competencia funcional, solicitándose su práctica ante cada uno de los órganos judiciales en que se han devengado. En similares términos, Martín Contreras (2002, pp. 290, 291, 326, 327; y 2015, pp. 491 y 541) y López-Fragoso Álvarez y Reverón Palenzuela (2005, p. 4-140/1).

⁵ AATS, Sala 1.^a, de 28 de diciembre de 2007, rec. núm. 1420/2006; 22 de enero de 2008, rec. núm. 18/2004; 6 de abril de 2010, rec. núm. 1830/2006, y 13 de septiembre de 2011, rec. núm. 1774/2008.

⁶ ATS, Sala 1.^a, de 20 de octubre de 2009, rec. núm. 1422/2008.

⁷ Autos de la AP de Cádiz, Sección 2.^a, núm. 129/2010, de 19 octubre, y núm. 34/2012, de 20 marzo.

1.2. Reclamación de servicios prestados en primera instancia cuando los autos se han remitido al tribunal *ad quem* por haberse recurrido la sentencia

El artículo 34 de la LEC establece que es competente el letrado de la Administración de Justicia del órgano judicial en que el asunto radicare, lo que suscita el problema de que los autos radiquen en el órgano *ad quem* para resolver un recurso contra la sentencia.

Bien es cierto que no desconocemos que alguna resolución considera causa de inadmisión de la jura de cuentas que el procedimiento se halle en otro órgano superior a consecuencia de un recurso devolutivo o porque se haya remitido a otro órgano competente para su enjuiciamiento⁸. Dicha eventualidad se ha intentado solventar acompañando al escrito que inicie la reclamación testimonio de los particulares que se consideren necesarios para que el órgano judicial ante el que se devengaron los honorarios o derechos resuelva⁹. A nuestro juicio, este problema es ahora inexistente, ya que desde la puesta en funcionamiento del expediente digital, todas las actuaciones figuran en la base informática.

El Tribunal Supremo¹⁰ considera que aunque el texto legal se limita a señalar que la reclamación ha de realizarse ante el tribunal en que radicare el asunto, ello no faculta para exigir ante él (pese a pender en el mismo los autos en virtud de la interposición de recurso de casación) los honorarios devengados por la actuación del letrado en defensa de su cliente en la primera y en la segunda instancia, pues si así fuera se atentaría contra la lógica del proceso y se obligaría a dicho tribunal a examinar la totalidad de las actuaciones llevadas a cabo en las instancias para averiguar la función profesional desarrollada por quien formula la reclamación.

1.3. Cantidades adeudadas por recursos devolutivos tramitados en dos órganos judiciales (*a quo* y *ad quem*)

Parte de la doctrina¹¹ y algunas resoluciones¹² entienden que lo más oportuno es que conozca de todas las reclamaciones el órgano *a quo*.

⁸ AAP de Madrid, Sección 10.ª, de 9 de mayo de 2007, rec. núm. 627/2002, res. núm. 127/2007.

⁹ Cfr. Herrero Perezagua (2000, pp. 109 y 110) y Cedeño Hernán (2002, p. 102).

¹⁰ ATS, Sala 1.ª, de 28 de diciembre de 2007, rec. núm. 1420/2006.

¹¹ Cfr. Bonet Navarro (2010a, p. 148).

¹² Autos de las AP de Madrid, Sección 10.ª, de 2 de junio de 2001, rec. núm. 77/1999; Barcelona, Sección 5.ª, núm. 324/2006, de 15 junio de 2006, rec. núm. 256/2006; Granada, Sección 4.ª, núm. 11/2007, de 12 de enero de 2007, rec. núm. 524/2006, y Cantabria, Sección 2.ª, núm. 97/2012, de 7 septiembre.

Sin embargo, no es esta la tesis que consideramos más acertada habida cuenta de que el Tribunal Supremo se considera competente para conocer de juras de cuentas por honorarios o derechos devengados en recursos de casación, aun cuando se reclamen honorarios por los escritos de interposición que se presentaron ante la audiencia provincial.

Así, en el auto de la Sala Primera, de lo Civil, de 12 julio de 2011, rec. núm. 410/2008, no considera ni siquiera relevante para afirmar su competencia el hecho de que posteriormente el recurso fuese inadmitido a trámite, ya que la partida minutada relativa a la interposición del recurso de casación se corresponde con una actuación efectivamente realizada y la competencia para conocer del recurso de casación corresponde a dicha sala¹³.

No debe confundirse tramitación con resolución, y aunque parte de aquella corresponda a un tribunal distinto del que debe resolver, no es posible romper una misma fase del proceso atribuyendo a órganos distintos la competencia para conocer de las juras de cuentas que se refieran a una misma fase procesal, siendo tribunal competente aquel al que le corresponde la resolución de la instancia correspondiente¹⁴.

1.4. Jura de cuentas en el orden penal por servicios prestados en el juzgado de instrucción y en el órgano judicial enjuiciador

Resulta conflictivo en el orden penal qué órgano judicial debe conocer de los procedimientos de jura de cuentas, toda vez que la primera instancia, salvo en los delitos leves y juicios rápidos con conformidad, se desarrolla en dos órganos judiciales.

A estos efectos, debe entenderse que si se han remitido los autos al órgano del enjuiciamiento, la competencia para conocer, incluso de cantidades devengadas en la fase de instrucción, corresponde al órgano competente para dictar sentencia¹⁵ (juzgado de lo penal, central de lo penal, audiencia provincial, Audiencia Nacional, juzgado de menores¹⁶ o central de menores y, si se dirige frente a un aforado, el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia), lo que operará aun en el caso de que la designación del profesional sea de oficio sin tener reconocido el beneficio de asistencia jurídica gratuita. No obstante, distinta será la

¹³ ATS, Sala 1.^a, de 12 de julio de 2011, rec. núm. 410/2008.

¹⁴ AAP de Gerona, Sección 2.^a, núm. 64/2004, de 21 de abril de 2004, rec. núm. 397/2001.

¹⁵ Autos de las AP de Cantabria, Sección 1.^a, núm. 25/2002, de 20 marzo, rec. núm. 15/2002; Madrid, Sección 23.^a, núm. 959/2008, de 29 de octubre de 2008, rec. núm. 553/2008, y Sevilla, Sección 2.^a, núm. 89/2011, de 2 junio.

¹⁶ Autos de las AP de Albacete, Sección 1.^a, de 10 de mayo de 2006, rec. núm. 176/2005, res. núm. 80/2006; Toledo, Sección 2.^a, núm. 1/2003, de 3 enero; Albacete, Sección 1.^a, núm. 12/2006, de 6 febrero, y Albacete, Sección 1.^a, núm. 62/2006, de 26 abril.

solución si se hubiera sobreesido la causa en fase de instrucción, en cuyo caso deberá presentarse la jura de cuentas en el órgano judicial instructor en que se hayan devengado las cantidades reclamadas¹⁷.

Por lo demás, en caso de sentencia de conformidad en juicios rápidos, la competencia para el procedimiento de jura de cuentas corresponderá al juzgado de lo penal competente para su ejecución¹⁸. No obstante, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 21.^a, en auto 1703/2009, de 30 de octubre de 2009, rec. núm. 347/2008, no considera oportuna la admisión de una jura de cuentas en un caso en que esta fue presentada después de archivar la ejecutoria penal, entendiendo que ya no radica el asunto en el juzgado de lo penal encargado de la ejecutoria¹⁹.

No obstante, en supuestos de que es distinto el juzgado que dicta sentencia y el competente para su ejecución, por haber juzgados especializados en ejecutorias, si la sentencia fuera absolutoria, se atribuye el conocimiento de la jura de cuentas al órgano judicial sentenciador²⁰.

1.5. Jura de cuentas si el deudor ha sido declarado en concurso

En el caso de que hubiera sido declarado en concurso el deudor, resulta conflictivo qué órgano judicial es competente para conocer de una jura de cuentas por honorarios o derechos devengados en un proceso judicial anterior a dicha declaración, si aquel en que los mismos se devengaron o el juzgado de lo mercantil en que se tramita el concurso.

Conforme a lo dispuesto por el Tribunal Supremo (auto, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de julio de 2014, rec. núm. 43/2014), procede entender que con la solicitud que abre el procedimiento de jura de cuentas, en puridad, no se ejercita una acción declarativa o de condena ni una acción cautelar ni ejecutiva (aunque después el procedimiento pueda concluir con una resolución que fije la cantidad debida y con un despacho de ejecución), sino una petición de pago de los honorarios devengados en un proceso precedente, que –al someterse al filtro de un órgano judicial– produce una consecuencia que no tendría el requerimiento de pago

¹⁷ Cfr. López Muñoz (2011, p. 43 y ss.).

¹⁸ AAP de Pontevedra, Sección 4.^a, núm. 567/2008, de 13 octubre.

¹⁹ AAP de Barcelona, Sección 21.^a, núm. 1703/2009, de 30 de octubre de 2009, rec. núm. 347/2008.

²⁰ La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17.^a, en auto núm. 1131/2003, de 16 diciembre (JUR 2004\252152), menciona el Acuerdo de la Junta de Jueces de Madrid de fecha 2 de febrero del 2001, que acordó que los juzgados sentenciadores fuesen competentes para conocer de las juras de cuentas derivadas de sentencias absolutorias, por lo que se atribuye el conocimiento de la jura de cuentas derivada de un procedimiento abreviado al juzgado de lo penal sentenciador y no al juzgado de ejecutorias penales. En similar sentido, AAP de Guadalajara, Sección 1.^a, núm. 458/2020, de 18 diciembre.

efectuado de forma privada por el procurador o abogado, como es la obtención de un título de ejecución. La consecuencia de esta configuración de la jura de cuentas, semejante en lo sustancial a un juicio monitorio, pero relacionada con un proceso precedente, es que se debe otorgar competencia al órgano judicial en que se ha desarrollado la actuación del procurador o abogado que da lugar a la jura de la cuenta, pues es este el que está en mejor disposición de resolver las incidencias que puedan suscitarse, en especial las que se susciten en la fase de oposición. Cuestión distinta es que, fijada la cantidad que debe pagarse o no habiendo oposición, el proceso de ejecución que sigue a continuación se vea afectado por la situación de concurso del poderdante, dado que el juez del concurso ostenta jurisdicción exclusiva y excluyente para toda ejecución frente a bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que lo haya ordenado. En este mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en el auto de 4 de septiembre de 2012, rec. núm. 1421/2009²¹.

1.6. Servicios prestados en procesos ante el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha declarado su falta de jurisdicción para tramitar este tipo de procedimientos²², alegando que la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por la ley, por lo que no formando parte el Tribunal Constitucional del conjunto orgánico de los tribunales judiciales, su jurisdicción se extiende únicamente a las materias y procedimientos enumerados taxativamente en la Constitución y en el artículo 2 de la LOTC, así como otros que le puedan atribuir las leyes, entre los que no se encuentra el conocimiento de las juras de cuentas, puesto que difícilmente puede ser considerado el cobro de un crédito nacido de una relación profesional como un asunto directamente relacionado con una materia constitucional, y tampoco se halla entre las que se aplica de manera supletoria la LEC, por no ser incluibles en el artículo 80 de la LOTC.

Además, aunque el artículo 3 de la LOTC atribuye al Tribunal Constitucional el conocimiento de las cuestiones prejudiciales e incidentales directamente relacionadas con la ma-

²¹ ATS, Sala 1.^a, de 4 de septiembre de 2012, rec. núm. 1421/2009. En este auto el procurador solicitante en su escrito iniciando el procedimiento del artículo 34 de la LEC expone que la sociedad deudora se encuentra en concurso y solicita que el requerimiento se practique por medio de la Administración concursal, la cual presenta declinatoria que es desestimada. No obstante, como la Administración concursal también alega que la cuenta reclamada por el procurador se había incluido en el concurso, ya que el citado profesional con anterioridad a la presentación de la jura había solicitado que le fueran reconocidas las citadas cantidades, se considera oportuno oír a las partes sobre la posible carencia sobrevenida de objeto de la jura de cuentas.

²² AATC núm. 218/1996, de 22 de julio; núm. 17/1997, de 27 de enero; núm. 45/1997, de 12 febrero, rec. núm. 885/1991; núm. 107/1997, de 21 de abril, y núm. 198/1998, de 28 de septiembre.

teria de que conoce, resulta evidente que con la jura de cuentas no se pretende resolver cuestión incidental alguna²³.

En estos casos, el abogado o procurador deberá efectuar su reclamación en un juzgado de primera instancia por medio de un juicio monitorio o de un declarativo por la cuantía.

2. Plazo

2.1. Prescripción de la acción

2.1.1. *Dies a quo* si se han prestado varios servicios al mismo cliente

Los abogados pueden reclamar los honorarios que les son debidos en el plazo de prescripción de tres años contemplado en el artículo 1967.1.^a del CC. Este precepto se ha considerar también aplicable a los procuradores –aunque dicho artículo no los menciona expresamente–, habida cuenta de que se refiere a dos figuras («agentes y curiales») en las que es posible incluir una variedad importante de profesionales²⁴.

Resulta conflictivo desde cuándo se inicia el plazo de prescripción, dado que el párrafo final del artículo 1967 del CC fija su cómputo en el día en que dejaron de prestarse los

²³ El criterio mantenido por el Tribunal Constitucional no está exento de crítica, pues aunque bien es cierto que en el artículo 80 de la LOTC la jura de cuentas no se encuentra comprendida entre las materias en que la LEC se aplica supletoriamente, parte de la doctrina considera que no se alcanza a comprender el motivo por el cual en unas ocasiones el Tribunal Constitucional realiza una interpretación *a contrario* de dicho precepto, excluyendo taxativamente lo que no se encuentra en el mismo, y cuando le conviene practica una interpretación *a simili*. (Cfr. Díez-Picazo Giménez, 1997, p. 609).

²⁴ Respecto a los «agentes», el Tribunal Supremo ha declarado desde antiguo (SSTS, Sala 1.^a, de 18 de abril de 1967 y 1 de diciembre de 1986) que se trata de una expresión genérica donde pueden incluirse todos aquellos que tengan por oficio gestionar negocios ajenos, actividad que desarrolla el procurador en cuanto representa y actúa por el litigante. En cuanto al término «curiales», aun cuando es aún más genérico, impreciso y actualmente en desuso, si tomamos en consideración la definición del término del Diccionario de la Real Academia Española, indica como sexta acepción la siguiente: «Empleado subalterno de los tribunales de justicia, o que se ocupa en activar en ellos el despacho de los negocios ajenos», lo que si bien tiene un ajuste perfecto para referirse a muchos de los empleados de la Administración de Justicia que en tiempos de la redacción del Código Civil cobraban por arancel (como los porteros de sala, alguaciles, oficiales de sala), también puede englobar la función del procurador en cuanto su trabajo, consiste, básicamente, en promover la actuación judicial en nombre de su cliente ante un tribunal determinado. Además, hasta principios del siglo XX, el arancel de los procuradores estaba regulado en el arancel judicial común para todos los curiales, es decir, se les consideraba incluidos en esa definición utilizada por el Código Civil desde años antes, por eso, cuando el artículo 1967 del CC fue promulgado, la alusión a los «curiales» incorporaba también a los procuradores (SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 12 de mayo de 2009, rec. núm. 72/2009, res. núm. 129/2009).

respectivos servicios únicamente respecto de sus tres primeros apartados, pero la reclamación de los honorarios de abogado se encuentra en el párrafo cuarto. No obstante, ha de entenderse que dicha redacción obedece a un mero lapsus del legislador, debiendo ser objeto de una interpretación correctora²⁵.

Más problemático resulta deslindar si la expresión «dejaron de prestarse los respectivos servicios» se refiere de manera separada e individual a cada uno de los servicios prestados o de manera conjunta y global.

Según el Tribunal Supremo²⁶, cuando la intervención profesional comprende la dirección y defensa de los intereses del cliente en un litigio, el plazo de prescripción no empieza a correr hasta que no finalizan todas las actuaciones procesales conectadas con el asunto encomendado, salvo que por voluntad de las partes proceda fragmentar y dividir el cobro de cada una de las actuaciones del profesional, como si se tratara de encargos diferentes aunque versen sobre un mismo asunto. No obstante, cuando el profesional asume la dirección y defensa de los intereses del mismo cliente en varios asuntos, salvo que resulte otra cosa de lo acordado por las partes, el plazo de prescripción de la pretensión de cobro de sus honorarios empieza a correr de manera independiente para cada uno de ellos desde su terminación.

De todos modos, la aplicación de estas consideraciones no siempre resulta pacífica; así, la SAP de Orense, Sec. 1.^a, 349/2022, de 18 de mayo, rec. núm. 355/2021, considera que cuatro procedimientos relacionados son un encargo conjunto, por estar vinculados entre sí, por lo que fija el cómputo del plazo de tres años de prescripción de la acción de reclamación de honorarios, previsto en el artículo 1967 del CC, desde que finalizó el último de dichos procesos, revocando la sentencia de primera instancia que había considerado que se trataba de encargos independientes²⁷.

²⁵ SSTS, Sala 1.^a, núm. 77/1990, de 12 de febrero; núm. 944/1996, de 15 de noviembre; 8 de abril de 1997, rec. núm. 1265/1993; núm. 96/2006, de 14 de febrero; núm. 12/2007, de 22 de enero; núm. 338/2014, de 13 de junio, y núm. 62/2016, de 12 de febrero. AAP de Baleares, Sección 3.^a, de 15 de marzo de 2007, rec. núm. 582/2000, res. núm. 43/2007: «Como ya dijera este mismo tribunal en su sentencia de 13 de marzo de 2001, en relación al *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción, la expresión de los "tres párrafos anteriores", escrita al final del art. 1967 del Código Civil, nunca ha sido pacífica (siendo cierto que existen textos oficiales que, acogiendo el supuesto error en la redacción inicial de nuestro Código Civil, ofrecen la fórmula más razonable de "cuatro párrafos anteriores", como ocurre en la versión oficial del Código Civil, según la edición del BOE», en su divulgación por el M.^o Justicia del año 1975, página 551 de su texto)».

²⁶ SSTS, Sala 1.^a, núm. 338/2014, de 13 de junio; núm. 62/2016, de 12 de febrero; núm. 266/2017, de 4 de mayo (rec. núm. 873/2015), y núm. 88/2022, de 3 de febrero (rec. núm. 1972/2018).

²⁷ SAP de Orense, Sección 1.^a, núm. 349/2022, de 18 de mayo, rec. núm. 355/2021: «[...] aplicando estas consideraciones al caso que nos ocupa hemos de disentir de la sentencia de primera instancia, en tanto que considera que nos hallamos ante encargos independientes. Del examen de los números de los procedimientos incoados por los juzgados de lo social de la ciudad de Ourense resulta ya que doña Custodia accionó frente a varias decisiones de su empresa adoptadas de manera sucesiva en un breve

2.1.2. Medios válidos para interrumpir la prescripción

El artículo 1973 del CC establece que la prescripción extintiva de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

Está claro que la reclamación judicial de los honorarios o derechos, incluso por un acto de conciliación, produce la interrupción de la prescripción extintiva, que se reanuda si caduca la instancia o se produce el desistimiento del actor.

Respecto del reconocimiento de deuda, ha de entenderse en el sentido de que no puede lícitamente invocar la prescripción aquel deudor que con sus palabras o por medio de una conducta concluyente ha afirmado la existencia y vigencia del derecho del acreedor²⁸. El reconocimiento de la deuda, posterior a la prescripción liberatoria del deudor mantiene viva la acción, pero no en razón a la eficacia interruptiva del acto, sino a la implícita renuncia de la prescripción ganada²⁹.

Más problemático resulta interrumpir la prescripción por medio de una reclamación extrajudicial, toda vez que es preciso que su voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada que debe trascender del propio titular del derecho.

A estos efectos procede realizar las siguientes matizaciones:

En primer lugar, preocupa especialmente la validez de la forma en que debe exteriorizarse; si bien, el Tribunal Supremo³⁰ considera que el artículo 1973 del CC no exige fórmula instrumental alguna, lo que puede plantear un problema de prueba (de la existencia de la reclamación y de su fecha), pero no de forma. La interrupción de la prescripción no está sujeta a forma, siendo válida una carta certificada³¹ o un telegrama cuya remisión resulte

lapso temporal. De los cuatro procedimientos en que intervino el letrado apelante, tres de ellos tuvieron por objeto la impugnación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de doña Custodia, al haber decidido la empresa para la que trabajaba trasladarla desde Ourense a la localidad de Verín, modificando su horario laboral. En vista de tal circunstancia, entendemos que nos encontramos ante un encargo profesional único, dada la evidente vinculación existente entre los diferentes procedimientos, sin que puedan obstar para apreciar tal vinculación las alegaciones que se realizan en el escrito de oposición al recurso de apelación, pues la tramitación separada de los asuntos no es sino la consecuencia de que en cada uno de ellos fue objeto de impugnación la respectiva decisión empresarial».

²⁸ SAP de Madrid, Sección 21.ª, núm. 302/2021, de 18 de noviembre, rec. núm. 735/2020.

²⁹ SAP de Madrid, Sección 14.ª, de 4 de noviembre de 2003, rec. núm. 771/2001, res. núm. 651/2003.

³⁰ SSTS, Sala 1.ª, núm. 1036/1998, de 16 de noviembre, rec. núm. 1075/1994, y de 5 de febrero de 2019, rec. núm. 2168/2016, res. núm. 74/2019.

³¹ SSTS, Sala 1.ª, Sección 1.ª, de 16 de enero de 2003, rec. núm. 3345/1997, res. núm. 7/2003, y de 5 de febrero de 2019, rec. núm. 2168/2016, res. núm. 74/2019.

acreditada por el justificante emitido por la oficina de correos o telégrafos³². También se permiten los nuevos sistemas de comunicación telemática, siendo válido cualquier medio que permita expresar con claridad la voluntad de conservar el derecho y llegar al deudor, exteriorizando esa decisión, entre ellos el correo electrónico³³.

Respecto de la entrega de la comunicación, resulta válida no solo al propio deudor sino también a dependiente o familiar que sea habido en su domicilio, sucursal o residencia. Cabe, incluso en domicilio distinto, a persona que, por su especial relación con el deudor, venga a obligada jurídicamente a velar por los intereses de este. Asimismo, será válida la entrega intentada y frustrada por causa imputable al deudor, con culpa o sin culpa de este (ausencia del domicilio, no atención del aviso dejado por el servicio de correos, negativa a recibir la comunicación, etc.)³⁴.

Bien es cierto que la declaración de voluntad en que consiste la reclamación extrajudicial produce efectos desde la fecha de la emisión y no de la recepción, pero tampoco es necesario que el sujeto a quien va dirigida llegue efectivamente a conocerla cuando sea por causa a él imputable³⁵. Se exige que dicha comunicación se envíe a una dirección en la que pueda ser conocida por el destinatario, sin perjuicio de que si no es recibida por este por causas no imputables al titular de la acción o el derecho, produzca el mismo efecto de interrumpir la prescripción³⁶.

La reclamación tiene que partir del acreedor e ir dirigida al deudor³⁷ aunque también la pueda practicar un tercero que ostente su representación, pudiendo verificarse por un representante o apoderado, incluso sin poder especial de representación³⁸.

2.2. Casos en que no ha prescrito la acción pero no se puede plantear una jura de cuentas

El hecho de que el plazo de prescripción para reclamar los honorarios del abogado y los derechos del procurador sea el de tres años del artículo 1067 del CC no supone que durante todo este lapso de tiempo se pueda iniciar un procedimiento de los artículos 34 y 35

³² STS, Sala 1.^a, Sección 1.^a, de 16 de enero de 2003, rec. núm. 3345/1997, res. núm. 7/2003.

³³ SAP de Murcia, Sección 1.^a, núm. 295/2020, de 23 noviembre.

³⁴ SSAP de Madrid, Sección 13.^a, de 9 de febrero de 2009, rec. núm. 730/2008, res. núm. 132/2009, y de 23 de octubre de 2009, rec. núm. 191/2009, res. núm. 514/2009.

³⁵ SAP de Alicante, Elche, Sección 9.^a, de 6 de marzo de 2017, rec. núm. 731/2016, res. núm. 97/2017.

³⁶ AAP de Madrid, Sección 10.^a de 13 de noviembre de 2007, rec. núm. 564/2007, res. núm. 312/2007.

³⁷ SAP de Valencia, Sección 9.^a, núm. 64/2021, de 26 de enero, rec. núm. 540/2020.

³⁸ SAP de Alicante, Elche, Sección 9.^a, de 6 de marzo de 2017, rec. núm. 731/2016, res. núm. 97/2017.

de la LEC, habida cuenta de que el Tribunal Supremo³⁹ considera que, dada la naturaleza incidental de las juras de cuentas respecto del proceso principal del que traen causa, no se pueden iniciar transcurrido un año (si se refieren a honorarios o derechos de segunda instancia y casación) o dos años (si son de primera instancia) desde la notificación de la resolución de finalización y archivo de las actuaciones, ya que en tal caso se debe considerar que la instancia ha caducado, conforme al artículo 237 de la LEC, sin perjuicio de reclamar sus honorarios o derechos por un juicio declarativo por la cuantía o un monitorio mientras que no haya prescrito la acción conforme al artículo 1967 del CC.

Se entiende que dado que el legislador ha establecido un trámite privilegiado, afectado por el principio de sumariedad, en atención, precisamente, a posibilitar el cobro inmediato, no se puede pensar que pueda ser promovido en cualquier momento posterior al litigio, lo que exige que la cuestión de la caducidad se examine con referencia al procedimiento en el cual se devengaron los honorarios o derechos reclamados.

El Alto Tribunal⁴⁰ aprecia la caducidad de la instancia por haber transcurrido el plazo de un año desde la notificación de la resolución poniendo fin al recurso de casación, aun cuando desde esa fecha se hubieran realizado actuaciones de tasación de costas e impugnación de las mismas, dado que considera que no afectan a la caducidad, ya que la solicitud de la tasación de costas debe considerarse un acto preparatorio de la ejecución, puesto que completa el título de crédito y crea el de ejecución.

Tampoco influye que el procedimiento del que derivó el recurso de casación se encuentre pendiente del trámite de ejecución de costas, dado que no existe dependencia alguna entre la tasación de las costas que han de abonarse a la parte contraria y la reclamación de honorarios que se formula frente a la propia parte que se defiende⁴¹.

Algunas resoluciones de la jurisprudencia menor⁴² llegan a entender que el hecho de que la jura de cuentas se produzca en el seno de un proceso de ejecución no evita que se

³⁹ AATS, Sala 1.ª, de 13 de febrero de 2007, rec. núm. 363/2002; 7 de mayo de 2013, rec. núm. 1418/2003; 4 de junio de 2013, rec. núm. 832/2008; 3 de septiembre de 2013, rec. núm. 774/2011; 10 de diciembre de 2013, rec. núm. 2036/2007; 7 de enero de 2014, rec. núm. 2127/2011; 8 de abril de 2014, rec. núm. 758/2011; 29 de abril de 2014, rec. núm. 385/2006; 3 de junio de 2014, rec. núm. 1932/2010; 9 de septiembre de 2014, rec. núm. 1932/2010; 17 de junio de 2015, rec. núm. 2324/2012; 15 de julio de 2015, rec. núm. 508/2008; 9 de septiembre de 2015, rec. núm. 1620/2012; de 23 de septiembre de 2015, rec. núm. 53/2012; 9 de diciembre de 2015, rec. núm. 724/2012; 25 de mayo de 2016, rec. núm. 166/1999, y 25 de mayo de 2016, rec. núm. 1987/2006. ATS, Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 1 de marzo de 2016, rec. núm. 3139/2011.

⁴⁰ AATS, Sala 1.ª, de 14 de mayo de 2013, rec. núm. 2352/2004; 9 de diciembre de 2015, rec. núm. 724/2012, y 18 de febrero de 2020, rec. núm. 2232/2015.

⁴¹ ATS, Sala 1.ª, Sección 1.ª, de 28 febrero 2012, rec. núm. 3066/1999.

⁴² AAP de Madrid, Sección 12.ª, núm. 190/2017, de 22 de junio, rec. núm. 76/2017: «El hecho de que la "jura de cuentas", en este caso, se produzca en el seno de un proceso de ejecución no lleva a otra

pueda apreciar la caducidad de la instancia, ya que la jura de cuentas no es un proceso de naturaleza ejecutiva.

A nuestro juicio, este argumento quiebra *ex deffinitione*, porque si para apreciar la caducidad se tiene en cuenta la instancia en que se devengaron los honorarios (dos años en primera instancia y un año en apelación, casación o extraordinario por infracción procesal), también se ha de entender que en el caso de que dichos honorarios o derechos se deriven de un proceso de ejecución, la misma no caduca una vez iniciada (art. 239 LEC). No entendemos correcto argumentar que la jura de cuentas no es un proceso de ejecución y que por ello no se puede aplicar el artículo 239 de la LEC, puesto que, por *eadem ratio*, la jura de cuentas tampoco es un recurso devolutivo; sin embargo, se aplica el plazo de un año de caducidad cuando los honorarios o derechos se han devengado en una apelación, casación o extraordinario por infracción procesal. Hay que reparar en que lo que ha rechazado el Tribunal Supremo es que se alegue que la jura de cuentas tiene naturaleza ejecutiva para no aplicar la caducidad de la instancia cuando los honorarios reclamados dimanen de recursos de casación⁴³, pero esto es distinto a que si los honorarios o derechos derivan de un proceso de ejecución pueda operar la caducidad de la instancia⁴⁴.

3. Problemas que plantea la legitimación pasiva

3.1. Abogado contratado por una persona que ha defendido a otra

En el procedimiento de reclamación de honorarios de letrado, el artículo 35 de la LEC otorga legitimación pasiva a la «parte a la que defiendan», de lo que se infiere que la cuantidad de deudor se deriva de las actuaciones judiciales y no del contrato de arrendamiento de servicios, lo que tiene como consecuencia que la jura de cuentas no se puede dirigir

conclusión, ya que no por ello la jura de cuentas es un proceso de ejecución, se trata de un proceso de reclamación de honorarios dirigidos además al propio cliente, y ello aun cuando se encuentre inserto dentro de un proceso de ejecución».

⁴³ ATS, Sala 1.^a, Sección 1.^a, de 25 de mayo de 2016, rec. núm. 1987/2006.

⁴⁴ AAP de Madrid, Sección 13.^a, núm. 1/2021, de 14 de enero, rec. núm. 371/2020: «Respecto de la caducidad en la instancia por aplicación del artículo 237,1 de la LEC, debe ser desestimado. Nos encontramos en un procedimiento de ejecución hipotecaria, procedimiento en el que el artículo 237 de la LEC no es aplicable a este caso concreto, pues dicho precepto está indicado para las actuaciones en la fase declarativa no para los procedimientos de ejecución, y además afecta al procedimiento en cuestión, no a las acciones que deriven o puedan derivar de dicho procedimiento, como es la Jura de cuentas que nos afecta. La caducidad en la instancia que regula el artículo 237,1 de la LEC afecta al procedimiento en tramitación, por la falta de actividad de las partes pese al impulso procesal de oficio en el mismo, lo que no es aplicable a la caducidad de la acción que corresponda a los letrados para la jura de cuentas por su intervención en dichos procedimientos, que habrá que estar a lo dispuesto en el Código Civil».

frente al que lo contrató si no fue el defendido. Si los honorarios se han devengado en un proceso de menores, tampoco resulta oportuno dirigir la jura de cuentas contra los representantes legales del menor cuando estos no han sido los defendidos⁴⁵.

No obstante, si el letrado iniciara un juicio monitorio o un declarativo por la cuantía, lo deberá dirigir frente al que hubiera contratado sus servicios, que puede no coincidir con la parte defendida⁴⁶.

3.2. Casos en que no coincide el poderdante con quien ha ostentado la condición de parte en el proceso

En los procedimientos de reclamación de la cuenta del procurador, el artículo 34 de la LEC otorga legitimación pasiva al «poderdante»; no obstante, dicho término debe interpretarse como «parte representada», ya que en otro caso se podría incurrir en el absurdo de tener que dirigir la reclamación contra quien hubiera otorgado el poder en representación de la verdadera parte (p. ej., el presidente de una comunidad de propietarios o el representante legal de una empresa).

La reclamación ha de dirigirse contra el poderdante solo si es parte en el proceso, no si es un mero representante, pues quien otorgó el poder lo hizo en cumplimiento de un deber o en su calidad de órgano, representante o en el ejercicio de una función⁴⁷.

Por lo demás, es posible que un procurador del turno de oficio pueda dirigir una jura de cuentas frente a su representado (que no le ha otorgado poder alguno) en casos tales cuando, no existiendo pronunciamiento en costas en el pleito, los gastos ocasionados en su defensa y representación no hubieran excedido de la tercera parte de lo obtenido en el proceso (art. 36.3 LAJG), o cuando habiendo sido condenado en costas viniere a mejor fortuna en los

⁴⁵ AAP de Barcelona, Sección 3.ª, núm. 77/2020, de 27 enero: «El "cliente" es el menor aun cuando sea preceptiva la asistencia de sus progenitores en todos aquellos actos como los que cita el letrado (declaración del menor ante la Fiscalía o vista de medidas cautelares). Por tanto, el único legitimado pasivo sería el menor contra quien el recurrente no insta la jura de cuentas, sino contra su madre. De hecho, si bien los padres de los menores expedientados no suelen ejercitar su derecho a designar abogado, no resulta infrecuente que vengan defendidos por letrado/a distinto del que defiende al menor en aquellos casos en que puede existir conflicto de intereses. Incluso hemos visto ejemplos en que el menor es defendido por un letrado y cada uno de los progenitores por sendos letrados por conflictos con el menor y entre ellos mismos. Por tanto, el hecho de ser legales representantes del menor no les otorga la condición de "clientes" del letrado a los efectos aquí analizados».

⁴⁶ En este sentido, la SAP de Córdoba, Sección 1.ª, núm. 15/2013, de 30 de enero, rec. núm. 468/2012, no aprecia la excepción de falta del debido litisconsorcio pasivo necesario en un juicio verbal (proveniente de un monitorio) de reclamación de honorarios de letrado, al considerar que aunque el abogado había defendido a varias partes, solo tenía que dirigir el proceso frente a aquellas que lo contrataron. En todo caso, no se exige que el contrato de arrendamiento de servicios conste por escrito, sino que puede ser verbal.

⁴⁷ AAP de Madrid, Sección 10.ª, de 2 de junio de 2001, rec. núm. 77/1999.

tres años siguientes (art. 36.2), así como en los casos que le hubiera sido revocado dicho beneficio (art. 19) o hubiera prosperado la impugnación contra su concesión (art. 20 LAJG).

3.3. Herederos del deudor que no sucedieron a este en el proceso

Resulta posible que los herederos del procurador o del abogado planteen una jura de cuentas, dado que expresamente lo permite el párrafo primero de los artículos 34 y 35 de la LEC. No se considera necesario que presenten escritura de aceptación de herencia, puesto que en este caso, a través de la reclamación de la deuda hereditaria, realizan, conforme a lo dispuesto en el artículo 999 del CC, una aceptación tácita de la herencia, debiendo entenderse además que cualquier heredero puede actuar en beneficio de la comunidad hereditaria⁴⁸.

Mayores problemas plantea si se puede dirigir este procedimiento frente a los herederos del deudor si no le han sucedido en el proceso.

En principio la respuesta debe ser negativa, dado que la legitimación pasiva viene limitada por el carácter de «parte»: En consecuencia, el profesional puede dirigir este procedimiento contra el que fue inicialmente parte en el proceso y contra aquel que lo sucediera procesalmente en dicho procedimiento (art. 16 LEC), y no tanto por su carácter de heredero del cliente moroso, sino porque a través de dicha figura ha adquirido la condición de parte en el proceso generador del derecho al cobro de honorarios, todo ello sin perjuicio de que el profesional pueda proceder a la reclamación de los honorarios o derechos que le son debidos, dirigiendo la acción contra los herederos del cliente a través del proceso declarativo correspondiente.

En este sentido, el AAP de Barcelona, Sec. 13.^a, de 16 de mayo de 2006, rec. núm. 334/2005, núm. de resolución 155/2006, declara la falta de legitimación pasiva de los herederos de la persona defendida que no sucedieron a esta en el proceso, sin perjuicio del derecho del citado abogado de efectuar esta reclamación a través del proceso declarativo correspondiente. En parecidos términos se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 3.^a, en auto núm. 77/2020, de 27 enero.

No obstante, en el AAP de Madrid, artículo 30.^a, 647/2011 de 3 de noviembre de 2011, rec. núm. 360/2011, no se considera oportuno archivar la jura de cuentas a causa del fallecimiento del defendido en una causa penal, considerando que la extinción de la responsabilidad criminal no es extensiva al procedimiento de jura de cuentas, de manera que las deudas generadas por el fallecido en vida, entre las que se incluyen los honorarios de su abogado en dicho proceso penal, pasarán al pasivo de la masa hereditaria y han de ser satisfechas con cargo a la herencia yacente o, en su caso, por los herederos contra los cuales se acuerda seguir la jura de cuentas.

⁴⁸ AAP de Barcelona, Sección 9.^a, núm. 97/2018, de 19 febrero.

3.4. Deudor con justicia gratuita

El hecho de disfrutar del beneficio de asistencia jurídica gratuita no conlleva la exención en todo caso de la necesidad de abonar los honorarios al abogado o los derechos al procurador, existiendo determinados supuestos en que le pueden ser reclamados.

Cuando, venciendo en el pleito el beneficiario de la justicia gratuita, la sentencia que ponga fin al proceso no contenga expreso pronunciamiento en costas, este deberá pagar las costas causadas en su defensa, siempre que no excedan de la tercera parte de lo que en él haya obtenido, y si excedieran, se reducirán a lo que importe dicha tercera parte, atendiéndose a prorrata sus diversas partidas (art. 36.3 LAJG).

Si fuese condenado en costas, deberá abonar los gastos ocasionados en su defensa y los de la contraria si en los tres años siguientes viniere a mejor fortuna, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de tres años de prescripción establecido en el artículo 1967 del CC para que el abogado y el procurador le puedan reclamar sus honorarios y derechos respectivamente (art. 36.2 LAJG).

También puede ocurrir que le sea revocado el derecho de asistencia jurídica gratuita (art. 19 LAJG) o que prospere la impugnación contra su concesión, quedando esta sin efecto (art. 20).

Además, si quien ostenta el beneficio de asistencia jurídica gratuita designa libremente un abogado y procurador (art. 28 LAJG), tendrá que abonar sus honorarios y derechos, respectivamente, salvo que el profesional haya renunciado a los mismos.

Asimismo, también puede ocurrir que un litigante tenga abogado de oficio, pero no justicia gratuita, lo que resulta habitual en el orden penal si el investigado no designa abogado de su elección.

3.5. Caso excepcional en que abogado y procurador pueden cobrar directamente de la parte contraria condenada en costas

Como regla general, ni el abogado ni el procurador pueden reclamar directamente frente a la parte condenada en costas lo que les es debido por su intervención en un proceso, habida cuenta de que en nuestro ordenamiento procesal se prohíbe la «distracción de las costas procesales», o lo que es lo mismo, la condena en costas a favor del abogado o procurador, por lo que tales profesionales no ostentan legitimación activa para exigir la satisfacción de sus honorarios y derechos frente al obligado al reembolso de las costas, debiendo actuar para reclamarlos frente a su propio cliente o representado o a través del mecanismo de la acción subrogatoria del artículo 1111 del CC.

No puede llevar a confusión el párrafo tercero del artículo 242 de la LEC que establece la posibilidad de que, una vez firme la resolución en que se hubiese impuesto la condena, los procuradores, abogados, peritos y demás personas que hayan intervenido en el juicio y que tengan algún crédito contra las partes que deba ser incluido en la tasación de costas puedan presentar ante la oficina judicial minuta detallada de sus derechos u honorarios y cuenta detallada y justificada de los gastos que hubieren suplido, ya que el beneficiario de las costas es la parte vencedora y no los profesionales que la defienden o representan.

En modo alguno cabe iniciar una jura de cuentas frente a la parte contraria condenada en costas, ni tampoco cabe que el profesional reclame las costas en su propio nombre. No obstante, esta última afirmación podría tener una salvedad en el caso de que el favorecido por la condena en costas ostente el beneficio de asistencia jurídica gratuita, dado que algunos órganos judiciales aceptan que el profesional reclame a este en su propio nombre directamente las costas, aunque no será posible interponer frente a él una jura de cuentas, pues solo cabe frente al representado o defendido.

Asimismo, el Tribunal Supremo también ha reconocido cierta legitimación al abogado del instante del concurso para la reclamación y reconocimiento de sus honorarios como crédito contra la masa⁴⁹.

La razón estriba en que en este supuesto la parte con justicia gratuita con pronunciamiento en costas a su favor no tiene atribuida la condición de titular del crédito sobre costas, ya que será la Administración la que habrá pagado los honorarios y derechos de los profesionales que le han defendido y representado, los cuales han de devolver lo cobrado una vez hayan recibido sus honorarios o derechos del condenado en costas (art. 36.5 LAJG). Si se procediera a la entrega de las costas a la parte que gozó del derecho a litigar gratuitamente, se le estaría indemnizando por un concepto por el que no ha tenido que desembolsar importe alguno, lo que provocaría un enriquecimiento injusto en caso de que no entregase esas cantidades a los profesionales de oficio.

En consecuencia, y aunque la cuestión no resulta pacífica, a nuestro juicio se debe entender que los profesionales que han representado y defendido al titular de asistencia jurídica gratuita ostentan legitimación propia para reclamar las costas frente al condenado a

⁴⁹ STS, Sala 1.^a, núm. 318/2018, de 30 de mayo, rec. núm. 2614/2015: «Como dijimos en la sentencia 193/2017, de 16 de marzo, es cierto que los créditos por costas son titularidad de sus beneficiarios y no de los profesionales que les prestan sus servicios, pero según se desprende de los arts. 20.1, 84.2.2.º y 96, la LC reconoce al abogado del acreedor instante del concurso, en tanto que interesado, una cierta legitimación para reclamar su crédito, e incluso para impugnar la lista de acreedores. Así como que, aunque el abogado de los beneficiarios de la condena en costas no sea el titular del crédito, por serlo sus clientes, sí que tiene un interés directo en su reconocimiento como crédito contra la masa y en su cuantificación, puesto que ello facilita el cobro de sus honorarios (tal y como ya habíamos reconocido implícitamente en la sentencia 33/2013, de 11 de febrero)».

estas y a percibir directamente el mandamiento de pago emitido por el órgano judicial, una vez que aquel haya pagado⁵⁰. Algunas resoluciones incluso les reconocen legitimación para iniciar un proceso de ejecución por las costas⁵¹, aunque otras no lo admiten⁵².

Sería injusto pensar que el beneficiario de justicia gratuita es titular del crédito de costas y que pudiera renunciar a las mismas o desistir del proceso de ejecución iniciado para su exacción forzosa, porque su renuncia o desistimiento perjudicaría al erario público⁵³.

Por *eadem ratio*, el beneficiario de justicia gratuita tampoco puede compensar las costas con una deuda propia que pudiera tener frente al condenado a pagar las mismas, aun cuando ambos créditos dimanen de un mismo proceso, porque no es titular de dicho crédito⁵⁴, aunque alguna resolución lo permite⁵⁵, lo que a nuestro juicio no resulta acertado.

En todo caso, la legitimación de los profesionales para cobrar directamente las costas resulta controvertida, y en sentido contrario se pronuncian algunas resoluciones que consideran que los procuradores y abogados intervienen en el proceso en representación y defensa de las partes y no pueden ejercer en el mismo pretensiones propias que sean ajenas a los intereses de las mismas. Se entiende que las costas son un crédito a favor de la parte, sin que esta doctrina se considere modificada por lo dispuesto en los párrafos pri-

⁵⁰ En el AAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 26 de octubre de 2011, rec. núm. 207/2011, res. núm. 199/2011, se discute si en un caso en el que el litigante con justicia gratuita obtiene a su favor un pronunciamiento en costas, su procurador y abogado pueden presentar directamente, por legitimación propia, sus cuentas y minutas, y percibir directamente el mandamiento de devolución emitido por el juzgado, una vez que han sido pagadas por la parte condenada a su pago. La audiencia provincial se pronuncia en sentido positivo, habida cuenta de que no existe una relación de arrendamiento de servicios entre dichos profesionales y el titular de justicia gratuita. En similares términos, el AAP de Lérida, Sección 2.ª, de 28 de septiembre de 2016, rec. núm. 457/2016, res. núm. 143/2016.

⁵¹ En este sentido, se pronuncia el AAP de Granada, Sección 5.ª, de 7 de julio de 2017, rec. núm. 696/2016, res. núm. 110/2017, que estima un recurso de apelación contra la denegación del despacho de ejecución a instancia de la procuradora de la parte vencedora en costas, considerando a la misma legitimada en su propio nombre y derecho para iniciar dicho proceso contra el condenado en costas.

⁵² El AAP de Córdoba, Sección 1.ª, de 3 de marzo de 2017, rec. núm. 1257/2016, res. núm. 98/2017, si bien considera que cuando el vencedor es un litigante que goza del derecho a la asistencia jurídica gratuita puede que no sea titular del crédito de costas, sino que lo sean los profesionales que le han asistido, entiende que ello no significa que la ejecución de la resolución pueda ser instada por tales profesionales.

⁵³ En este sentido, el AAP de Barcelona, Sección 19.ª, de 12 de mayo de 2010, rec. núm. 178/2010, res. núm. 93/2010.

⁵⁴ Autos de la AP de Lérida, Sección 2.ª, núm. 143/2016, de 28 septiembre, rec. núm. 457/2016; Barcelona, Sección 16.ª, núm. 378/2018, de 22 de noviembre, rec. núm. 430/2018; Córdoba, Sección 1.ª, de 3 de marzo de 2017, rec. núm. 1257/2016, res. núm. 98/2017.

⁵⁵ El AAP de Barcelona, Sección 4.ª, núm. 190/2020, de 21 de julio, rec. núm. 1202/2019, permite la compensación de las costas con un crédito a favor del condenado del que era deudor el beneficiario de justicia gratuita.

mero y quinto del artículo 36 de la LAJG, ya que el pago obtenido por los profesionales a que se refiere la redacción del precepto solo tiene lugar cuando están autorizados por su representado o defendido para percibir el importe de las costas (ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, artículo 6.^a, de 5 noviembre 2020).

4. Oposición del deudor

4.1. Defectos procesales

El deudor, además de oponerse por partidas indebidas (arts. 34 y 35 LEC) u honorarios excesivos (art. 35), puede alegar la falta de presupuestos procesales relativos tanto al tribunal (declinatoria) como a las partes y al procedimiento.

Nuestros tribunales⁵⁶ entienden posible que el deudor pueda interponer una declinatoria en el plazo de los 10 días que tiene para oponerse, siendo relativamente habitual cuando las partes se han sometido a arbitraje⁵⁷. Este argumento se ratifica por el pronunciamiento de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en el auto de 6 de abril de 2022, rec. núm. 372/2021, en el que ha considerado posible plantear declinatoria en los juicios monitorios en el plazo de los 10 primeros días del requerimiento, habida cuenta de la similitud procedimental de los juicios monitorios y de las juras de cuentas, dado que en los mismos no se emplaza al deudor para que conteste a la demanda, sino que se le requiere de pago.

Asimismo, el deudor podrá alegar excepciones procesales, como la litispendencia o cosa juzgada si se está tramitando o si ya se ha dictado sentencia firme en un juicio declarativo anterior⁵⁸, o cuando se ha interpuesto un monitorio en reclamación de esas mismas cantidades, pues aun cuando en el monitorio no haya existido oposición, hay que tener en cuenta que conforme al artículo 816.2 de la LEC, «despachada ejecución [...] el solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en proce-

⁵⁶ ATS, Sala 1.^a, de 21 septiembre de 2004, rec. núm. 1171/1998. AAP de Lérida, Sección 2.^a, núm. 84/2004 de 19 de julio de 2004, rec. núm. 17/2003. SSAP de Pontevedra, Sección 1.^a, núm. 25/2006, de 19 de enero de 2006, rec. núm. 5086/2005; Sección 3.^a, núm. 103/2006, de 3 de marzo de 2006, rec. núm. 5081/2005, y Sección 1.^a, núm. 516/2006, de 28 de septiembre de 2006, rec. núm. 574/2006. AAP de Zamora, Sección 1.^a, núm. 25/2020, de 2 de marzo, rec. núm. 603/2019.

⁵⁷ El artículo 68 l) del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, que regula el Estatuto de la Abogacía, establece dentro de las competencias de los colegios de abogados intervenir, previa solicitud de los interesados, en vías de conciliación, mediación o arbitraje en las cuestiones que por motivos profesionales se susciten entre los colegiados o entre estos y sus clientes. Especialmente, les corresponde resolver las discrepancias que puedan surgir en relación con la actuación profesional de los colegiados y la percepción de sus honorarios, mediante laudo al que previamente se sometan de modo expreso las partes interesadas.

⁵⁸ ATS, Sala 3.^a, Sección 1.^a, de 4 de diciembre de 2008, rec. núm. 6968/2000; SAP de Las Palmas, Sección 4.^a, de 20 de noviembre de 2007.

so ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere», lo que supone que despachada ejecución, se considera cosa juzgada.

Un juicio monitorio previo produce efectos de cosa juzgada, frente a un ulterior incidente de jura de cuentas en reclamación de los mismos honorarios, tanto haya habido oposición y se haya tramitado el correspondiente juicio declarativo como si se ha despachado ejecución por falta de oposición y de pago (art. 816.2 LEC). La única posibilidad de iniciar una jura de cuentas tras un juicio monitorio es cuando en este no haya sido posible requerir de pago al deudor por desconocer su paradero, ya que en el monitorio, a diferencia de en las juras de cuentas, está vedado el requerimiento por edictos (art. 815.1.II de la LEC).

Distinto es el caso de que se inicie primero una jura de cuentas y posteriormente un juicio declarativo, ya que el último apartado de los artículos 34.2 y 35.2 de la LEC establece que el decreto que resuelve la oposición no prejuzgará, «ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en juicio ordinario ulterior», lo que excluye que pueda apreciarse la excepción de cosa juzgada en el ulterior litigio, ni siquiera sobre los hechos que fueron alegados y resueltos o respecto de los que pudieran haber sido alegados⁵⁹.

No obstante, si bien se puede iniciar un juicio declarativo posterior para alegar todo tipo de cuestiones aunque se hubieran discutido en el procedimiento de reclamación de honorarios de abogado o de la cuenta del procurador, no se puede acudir a un juicio monitorio cuando en una previa jura de cuentas se hubiera estimado la oposición del deudor, porque no puede pretenderse que se requiera de pago a un deudor por una cantidad que según una resolución procesal (con plenos efectos de cosa juzgada formal aunque no material) no adeuda, habida cuenta de que dicha cantidad en principio no le es exigible⁶⁰.

De todos modos, el deudor no podrá alegar litispendencia en la jura de cuentas porque el profesional haya instado al mismo tiempo la tasación de costas, dado que estas son un crédito a favor de la parte beneficiada por las mismas y no de los profesionales que la han defendido o representado. No existe óbice alguno para que el profesional (abogado o procurador) interponga una jura de cuentas y simultáneamente inste la tasación de costas, presentando las partidas que le son debidas frente al condenado (parte contraria) ex artículo 242.3 de la LEC, porque el acreedor de las costas es la parte beneficiada por dicho pronunciamiento, no los profesionales⁶¹.

Procede preguntarse si constituye un defecto procedimental no haber efectuado una reclamación extrajudicial previa al proceso de jura de cuentas. A favor se pronuncia parte

⁵⁹ STS, Sala 1.ª, de 14 de octubre de 2013, rec. núm. 561/2011, res. núm. 600/2013.

⁶⁰ AAP de las Islas Baleares, Sección 3.ª, núm. 29/2009, de 17 de febrero de 2009, rec. núm. 52/2009.

⁶¹ SAP de Madrid, Sección 14.ª, núm. 116/2014, de 18 de marzo, rec. núm. 478/2013; AAP de Valencia, Sección 9.ª, núm. 316/2015, de 11 de mayo, rec. núm. 27/2015.

de la doctrina⁶², que funda sus argumentos en el término «moroso», que emplea el artículo 34.1 de la LEC; si bien, por nuestra parte suscribimos las opiniones doctrinales⁶³ y las resoluciones judiciales⁶⁴ que se pronuncian en contra, entendiendo que el artículo 34.1 (relativo a la cuenta del procurador) no utiliza el término «moroso» propiamente en sentido técnico, sino aludiendo al que se halla en situación de deber. Además, el artículo 35 de la LEC, en relación con los honorarios de abogado, no emplea ni siquiera dicho término (limitándose a exigir la presentación de minuta detallada y la manifestación formal del letrado de que se le adeudan tales honorarios), y no sería lógico que se supeditara al cumplimiento de distintos requisitos supuestos muy semejantes.

4.2. Partidas que se pueden considerar indebidas

Las partidas indebidas son actuaciones no minutables, por corresponder a diligencias superfluas, inútiles, no autorizadas, no realizadas o que se refieren a honorarios que se han devengado en otras instancias; así, no es posible reclamar en primera instancia honorarios o derechos de casación.

La impugnación por indebidos es lo suficientemente amplia como para incluir en su seno toda defensa basada tanto en la falta de hechos constitutivos del acreedor como en la concurrencia de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la pretensión del acreedor⁶⁵, aunque no cabe una oposición genérica por indebidos sin concretar la causa⁶⁶.

Cabe oponerse porque la deuda se encuentra prescrita o pagada, así como cuando el profesional se ha excedido del encargo realizando actuaciones no solicitadas⁶⁷.

⁶² Cfr. Toribios Fuentes (2000, p. 395), Martín Contreras (2015, p. 294; 2015, p. 495) y Cedeño Hernán (2002, p. 113).

⁶³ Cfr. Marina Martínez-Pardo (2001, p. 172), Illescas Rus (2003) y Bonet Navarro (2010a, p. 166; 2012, p. 204).

⁶⁴ AAP de Barcelona, Sección 19.^a, núm. 94/2017, de 4 de mayo, rec. núm. 762/2016: «El precepto transcrito (art. 34 LEC) prevé el procedimiento privilegiado para la exacción de la cuenta detallada y justificada del Procurador bastando su aportación y la manifestación de que le son debidas las cantidades que de ella resulten. Sigue el precepto diciendo que "Presentada la cuenta el Secretaria Judicial requerirá...", esto es, no se exige la previa reclamación al poderdante ni la justificación de su reclamación previa al deudor, de lo que resulta en lógica consecuencia la revocación del auto recurrido que sí lo exige». En similares términos, Autos de la AP de Barcelona, Sección 13.^a, núm. 3/2013, de 10 de enero, rec. núm. 519/2012, y Sección 19.^a, núm. 299/2016, de 24 de noviembre, rec. núm. 155/2016, y de Valencia, Sección 5.^a, núm. 978/2019, de 23 septiembre.

⁶⁵ Cfr. Bonet Navarro (2010a).

⁶⁶ Autos de la AP de Madrid, Sección 10.^a, núm. 345/2008, de 8 de octubre, rec. núm. 472/2002; y Sección 10.^a, núm. 21/2005, de 18 de enero, rec. núm. 466/2003.

⁶⁷ En este sentido el AAP de Valencia, Sección 10.^a, núm. 108/2021, de 9 de marzo, rec. núm. 443/2020 declara que «las actuaciones que realizó la letrada sin tener un encargo no pueden dar lugar a unos ho-

También se considera indebida la presentación al cobro de conceptos extraprocesales por exceder del contenido propio del proceso o que no tengan su reflejo en las actuaciones aunque se hayan producido con ocasión del pleito. El efecto interruptivo del plazo de tres años de prescripción de la interposición de una jura de cuentas tan solo opera respecto de los conceptos que se pueden reclamar en la misma, pero no de los ajenos al proceso⁶⁸, los cuales podrán, en su caso, reclamarse en un juicio declarativo o en un monitorio.

De todos modos, en las juras de cuentas se pueden incluir algunas partidas que en la tasación de costas no resulta posible. Así, el procurador puede cobrar el importe de las copias de su poderdante (AAP de Valencia, Sec. 9.ª, 227/2020, de 18 de diciembre, rec. núm. 736/2020) o actuaciones procesales que haya realizado para su representado (p. ej., practicar un acto de comunicación a la otra parte) que podría haber llevado a cabo el órgano judicial y que en la tasación de costas sería una partida indebida (art. 243.2.II LEC).

El deudor también podrá alegar que el procurador no ha descontado de los suplidos reclamados las provisiones de fondos recibidas o la existencia de un error en la cantidad exigida, dado que respecto de este profesional no cabe oponerse por honorarios excesivos. El Tribunal Supremo⁶⁹ ha declarado que no es admisible que los órganos judiciales puedan moderar los derechos de los procuradores establecidos normativamente en sus aranceles, ni fijar estos derechos por comparación con los honorarios de otros profesionales.

De todos modos, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo⁷⁰ viene admitiendo la revisión de los derechos del procurador, tanto por discutirse la cuantía como la incorrecta aplicación del arancel. Ha declarado que aunque en principio los temas de cuantía pertenecen a la impugnación por excesivos⁷¹, la cual resulta improcedente respecto de los derechos del procurador, sí cabe pedir la revisión razonada de dichos derechos por disconformidad con la cuantía «cuando de forma notoria, grave y manifiesta haya sido aplicada incorrec-

norarios por actuaciones en el procedimiento judicial que sean exigibles a través del procedimiento que regula el art. 35 LEC, al haberse excedido la letrada, por su propia decisión, respecto de lo encargado, que era simplemente estudiar la propuesta del esposo y comentarla con la cliente a fin de obtener un acuerdo, que era lo querido por la cliente. Debe, en consecuencia, estimarse el recurso de apelación y declarar dichos honorarios como indebidos».

⁶⁸ SAP de Alicante, Sección 8.ª, núm. 214/2016, de 15 de julio, rec. núm. 261/2016: «Considera aquella, de cualquier modo, que la presentación de la jura de cuentas posee carácter interruptivo del plazo prescriptorio, por ser reclamación judicial, pero no compartimos tal parecer en tanto dicho efecto interruptivo tan solo sería predicable de los conceptos propios de la actuación habida en dicho procedimiento, pero no de los ajenos».

⁶⁹ ATS, Sala 1.ª, de 15 de marzo de 2017, rec. núm. 329/2013, y de 15 de noviembre de 2022, rec. núm. 4714/2019.

⁷⁰ AATS, Sala 1.ª, de 28 de octubre de 2015, rec. núm. 955/2013; de 2 de octubre de 2018, rec. núm. 2363/2015, y de 15 de noviembre de 2022, rec. núm. 4714/2019.

⁷¹ ATS, Sala 1.ª, de 28 de octubre de 2015, rec. núm. 955/2013.

tamente la base constituida por la cuantía litigiosa»⁷²; asimismo, también puede solicitarse la revisión de los derechos del procurador por disconformidad con la aplicación del arancel de procuradores⁷³.

Si por aplicación incorrecta de los aranceles, se incluye un importe excesivo de los mismos, en el caso de que esta irregularidad no sea apreciada de oficio, lo más oportuno es que sea denunciada por un mero escrito ante el letrado de la Administración de Justicia, el cual deberá subsanar el error en que se hubiera incurrido sin la necesidad de sustanciar incidente de impugnación alguno, dado que este trámite se reducirá a comprobar la concordancia de la cantidad fijada en concepto de derechos de procurador con los aranceles vigentes⁷⁴.

4.3. Honorarios excesivos: problemática tras la prohibición por la Sala 3.^a de la difusión de baremos

Las partidas excesivas son defectuosas por su importe; el problema es saber qué honorarios se deben considerar adecuados tras los recientes pronunciamientos de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo (sentencias 1684/2022, de 19 de diciembre, rec. núm. 7573/2021; 1749/2022, de 23 de diciembre de 2022, rec. núm. 8404/2021, y 1751/2022, de 23 de diciembre, rec. núm. 7583/2021), que prohíben el establecimiento y difusión por los colegios de abogados de baremos y de listados de precios o reglas precisas directamente encaminados a fijar la cuantía de los honorarios, pues aunque se digan aprobados a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas, contradicen la finalidad del artículo 14 y la disposición adicional cuarta de la Ley sobre colegios profesionales, y vulneran la Ley de defensa de la competencia, que prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, en este caso mediante la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (art. 1.1.a de la Ley de defensa de la competencia).

A estos efectos, un ejemplo a seguir es el Colegio de Abogados de Barcelona, que ha establecido 14 criterios orientativos que han sido declarados conformes a la legislación sobre competencia, por Resolución de la CNMC de 27 de febrero de 2020, y que están en vigor desde 5 de marzo de 2020.

⁷² AATS, Sala 1.^a, de 28 de octubre de 2015, rec. núm. 1699/2010; 2 de octubre de 2018, rec. núm. 2363/2015, y 7 de junio de 2022, rec. núm. 67/2019.

⁷³ AATS, Sala 1.^a, de 30 de abril de 2013, rec. núm. 186/2005; 10 de enero de 2018, rec. núm. 1799/2017, y 7 de junio de 2022, rec. núm. 67/2019.

⁷⁴ AATS, Sala 1.^a, de 4 de junio de 2004, rec. núm. 4481/1997, y de 29 de marzo de 2011, rec. núm. 439/2005.

En todo caso, hay que tener claro que para apreciar si los honorarios de abogado son excesivos, no se pueden aplicar los mismos criterios en la tasación de costas que en las juras de cuentas, dado que en estas el abogado minutante puede facturar a su representado el importe íntegro de los honorarios concertados con su cliente por sus servicios profesionales, lo que no ocurre en las costas. Prueba de ello es que el defendido no puede oponerse en el procedimiento del artículo 35 de la LEC alegando que la reclamación de su abogado excede de la tercera parte de la cuantía del proceso⁷⁵, ya que dicho límite tan solo opera en el orden civil, salvo temeridad, a favor del condenado en costas (art. 394.3 LEC), aunque no en el orden contencioso⁷⁶.

Además, es posible que el abogado designado libremente por el beneficiario de justicia gratuita hubiera renunciado al cobro de honorarios de su defendido (art. 27 LAJG), en cuyo caso en modo alguno podrá interponerle una jura de cuentas, pero ello no será óbice para su cobro a la parte contraria si esta es condenada en costas⁷⁷.

El Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas resoluciones⁷⁸ que la tasación de costas no pretende predeterminar, fijar o decidir cuáles deben ser los honorarios del letrado de la parte favorecida por la condena en costas, ya que el trabajo de este se remunera por la parte a quien defiende y con quien le vincula una relación de arrendamiento de servicios, sino que ha de limitarse a determinar la carga que debe soportar el condenado en costas respecto de los honorarios del letrado minutante, pues aunque la condena en costas va dirigida a resarcir al vencedor de los gastos originados directa e inmediatamente en el pleito, entre los que se incluyen los honorarios del letrado, la minuta incluida en la tasación debe ser media ponderada y razonable dentro de los parámetros de la profesión, no solo calculada de acuerdo a criterios de cuantía⁷⁹, sino además adecuada a las

⁷⁵ Cfr. Martín Contreras (2002, pp. 336, 227; 2015, pp. 551 y 552).

⁷⁶ La Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha declarado que el límite de la tercera parte de la cuantía del proceso prevista en el artículo 394.3 de la LEC no puede aplicarse en materia de costas en el orden contencioso: AATS, Sala 3.ª, de 30 de octubre de 2014, rec. núm. 3466/2011; 9 de julio de 2015, rec. núm. 66/2013; 13 de septiembre de 2017, rec. núm. 55/2016; 1 de octubre de 2020, rec. núm. 2834/2019, y 3 de marzo de 2022, rec. núm. 5587/2020. STS, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 16 de junio de 2022, rec. núm. 3979/2021, res. núm. 770/2022.

⁷⁷ Véase, en este sentido, III Jornadas de Asistencia Jurídica Gratuita (10 años de vigencia de la Ley 1/96). <https://www.reicaz.org/vari0s/3jornajg/ponenc2c.pdf>

⁷⁸ AATS, Sala 1.ª, de 23 de junio de 2009, rec. núm. 240/2007; 21 de enero de 2014, rec. núm. 195/2007; 1 de julio de 2014, rec. núm. 740/2010, 9 de septiembre de 2014, rec. núm. 1885/2012; 16 de septiembre de 2014, rec. núm. 1652/2012; 13 de enero de 2016, rec. núm. 203/2014, y 31 de mayo de 2017, rec. núm. 3049/2014.

⁷⁹ En la STS, Sala Primera, de lo Civil, núm. 21/2017, de 17 de enero, rec. núm. 11/2016 se desestima una demanda por error judicial porque el juzgador no está vinculado a la mayor o menor entidad económica del proceso para fijar cuál es la cuantía razonable de los honorarios del abogado, sino que se trata de un dato más a tener en cuenta para la fijación de tales honorarios.

circunstancias concurrentes en el pleito, el grado de complejidad del asunto, la fase del proceso en que nos encontramos, la actuación del profesional en el proceso, trabajo realizado en relación con el interés y cuantía económica del asunto, tiempo de dedicación y estudio, dificultades de los escritos presentados, resultados obtenidos, la laboriosidad, la amplitud de los hechos y antecedentes, la índole de los problemas planteados, la enjundia del asunto, la utilidad de la intervención, el resultado del litigio o el éxito de la pretensión ejercitada, así como las minutas presentadas por otros profesionales en la misma posición procesal⁸⁰.

Sin embargo, para la determinación de los honorarios que han de cobrar a sus clientes se habrá de estar a lo acordado. La Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, en su artículo 37 declara el derecho del ciudadano a conocer anticipadamente el coste aproximado de la intervención del profesional y la forma de pago, y a recibir de abogados y procuradores un presupuesto previo que contenga los anteriores extremos.

A su vez, de los artículos 60 y 65 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de defensa de consumidores y usuarios (TRLUCU), se desprende que el abogado debe informar a su cliente, cuando ostente la condición de consumidor, sobre el importe de los honorarios que va a percibir por su actuación profesional, antes del inicio de la relación contractual, puesto que la omisión de la información precontractual sobre el precio se integrará, conforme al principio de la buena fe objetiva, en beneficio del consumidor. En este sentido la SAP de Orense, Sec. 1.^a, en la sentencia 349/2022, de 18 de mayo, rec. núm. 355/2021, considera que el contrato verbal celebrado de arrendamiento de servicios es abusivo por adolecer de la más básica y elemental transparencia, al no existir pacto ni información previa, ni siquiera aproximada, relativa a la cuantificación de los honorarios, habiéndose cobrado después una cantidad excesiva atendiendo a la complejidad del asunto y a la dedicación.

También es válido el pacto de cuota litis, entendiéndose por tal el acuerdo entre el abogado y su cliente, previo a la terminación del asunto, en virtud del cual este se compromete a pagarle únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por ese asunto. El actual Estatuto de la Abogacía (aprobado por el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo) ya no lo prohíbe, a diferencia del artículo 44 del derogado Real Decreto 658/2001, de 22 de junio. El Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo, en la sentencia de 4 de noviembre de 2008 (rec. núm. 5837/2005) consideró que la prohibición de la *cuota litis*, en sentido estricto, era contraria al artículo 1.1 a) de la Ley de

⁸⁰ AATS, Sala 1.^a, de 18 de enero de 2011, rec. núm. 2269/2008; 3 de mayo de 2011, rec. núm. 868/2004; 4 de octubre de 2011, rec. núm. 601/2008; 10 de abril de 2012, rec. núm. 2202/2007; 19 de noviembre de 2013, rec. núm. 662/2012; 11 de enero de 2017, rec. núm. 767/2013; 5 de julio de 2017, rec. núm. 2538/2014; 17 de mayo de 2017, rec. núm. 458/2015; 21 de septiembre de 2021, rec. núm. 628/2018, y 31 de mayo de 2022, rec. núm. 1631/2018.

defensa de la competencia, que prohíbe la fijación directa o indirecta de precios, así como la de otras condiciones comerciales o de servicio (Departamento Jurídico Sepín, 2009).

Si hay pactada una cuota litis, estos honorarios estarán calculados sobre la base del importe obtenido en la sentencia. Cuestión diferente es el importe de dichos honorarios, que debe abonar quien fuese condenado al pago de las costas del proceso, cantidad que no tiene que coincidir con los honorarios derivados del arrendamiento de servicio entre abogado y cliente⁸¹.

Es válido incluso el pacto de cuota litis en que el abogado no cobra cantidad alguna si no obtiene ninguna ganancia para su cliente en el pleito, dado que el Tribunal Supremo⁸² ha entendido correcta una interpretación del pacto de cuota litis que determina la remuneración en el importe, correspondiente al 50 % del valor del beneficio obtenido por el cliente, de manera que si las pretensiones ejercitadas son desestimadas, el letrado carece de derecho a obtener una remuneración por los servicios prestados en la dirección letrada.

4.3.1. Problemas que plantea el presupuesto previo

Cuando haya existido un presupuesto previo, aceptado por el impugnante (*pacta sunt servanda*), puede devenir ineficaz la oposición por excesivos en una jura de cuentas siempre que el mismo se ajuste a los honorarios finalmente reclamados (art. 35.2 III LEC). El problema es que este presupuesto puede contener cláusulas abusivas, y en el procedimiento de jura de cuentas no es posible declarar su nulidad por los motivos que analizaremos en líneas posteriores. Asimismo, si el deudor alegare falsedad de firma o vicios del consentimiento en el presupuesto previo, será una cuestión compleja que no podrá debatirse ni ser objeto de prueba en el procedimiento del artículo 35 de la LEC, debiendo acudir a un juicio declarativo.

De todos modos, el presupuesto previo entre el abogado y su cliente en modo alguno resultará vinculante para la parte contraria condenada en costas, que podrá impugnar la tasación de costas por excesivas⁸³.

La prueba de la existencia de un presupuesto previo corresponde al abogado, toda vez que de acuerdo con los criterios del *onus probandi* que acoge el artículo 217 de la LEC, compete al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, lo que en el caso que nos ocupa se traduce en la obligación del abogado acreedor de demostrar con plena certeza que existió un presupuesto previo, sin que pueda presumirse su existencia, al amparo del artículo 386 de la

⁸¹ SAP de Murcia, Sección 1.ª, núm. 295/2020, de 23 noviembre.

⁸² STS, Sala 1.ª, núm. 314/2013, de 17 de mayo, rec. núm. 1144/2010.

⁸³ AAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, de 29 de marzo de 2021.

misma ley, por el hecho de que mediasen presupuestos en otros procesos, lo que podrá constituir, a lo sumo, indicio de algo pero no prueba directa del hecho que se pretende acreditar, pues la presunción que establece el artículo 386 de la LEC permite establecer la certeza de un hecho tras un proceso lógico deductivo a partir de hechos plenamente probados, siempre que el hecho que se presume mantenga un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano⁸⁴.

En cuanto al momento de presentación del presupuesto, a nuestro juicio resulta conveniente que el abogado lo adjunte junto con su minuta en el momento de presentar su solicitud inicial de jura de cuentas, por aplicación de las reglas generales de aportación de la prueba documental (art. 265 LEC), aunque parte de la doctrina⁸⁵ admite la posibilidad de presentarlo en un momento ulterior, lo que plantea el inconveniente de que se deberá conferir nuevo traslado al deudor para que se pronuncie respecto de su autenticidad.

4.3.2. Carácter no vinculante del presupuesto previo en caso de que el deudor haya sido declarado en concurso

El pacto de honorarios con el abogado puede verse afectado si el defendido ha sido declarado en concurso. Según el Tribunal Supremo⁸⁶, bien es cierto que para determinar lo que tiene derecho a reclamar el letrado de su cliente deberíamos regirnos por lo acordado entre ellos (ordinariamente en la hoja de encargo y sus novaciones), pero la insolvencia del deudor y su declaración de concurso son circunstancias que alteran la normal relación entre el letrado y su cliente respecto a la vinculación del pacto de honorarios. Declarado el concurso la situación cambia, ya que la masa activa con cargo a la cual deberían pagarse los honorarios del letrado del concursado está afectada a la satisfacción de los créditos de los acreedores, y el reconocimiento y pago de cualquier crédito contra la masa constituye una merma de esta legítima expectativa.

Después de la declaración de concurso, en la medida en que el concursado ya no dispone plenamente de sus bienes y derechos, sino que está afectado por la limitación de facultades patrimoniales que el juez hubiera acordado, el pacto con su letrado respecto del precio de los servicios que debieran pagarse con cargo a la masa no resulta oponible a la Administración concursal, que representa los intereses del concurso, y por ende, de los acreedores.

La Administración concursal deberá decidir qué servicios profesionales de asistencia letrada al concursado merecen que su retribución sea pagada como crédito contra la masa y precisar hasta qué cuantía está justificado el pago, sin que resulte necesariamente vin-

⁸⁴ SAP de Madrid, Sección 20.^a, núm. 442/2014 de 2 octubre, rec. núm. 478/2013.

⁸⁵ Cfr. Garnica Martín (2000, p. 356).

⁸⁶ STS, Sala 1.^a, de 18 de julio de 2014, rec. núm. 2838/2012, res. núm. 393/2014.

culante el pacto de honorarios que pudieran haber alcanzado el deudor y su letrado, antes de la declaración de concurso.

A este respecto, se debe distinguir entre los honorarios ya pagados por servicios prestados antes de la declaración de concurso y los que se corresponden con servicios posteriores, realizados después de la declaración de concurso:

- El pago de honorarios excesivos antes de la declaración de concurso, por servicios prestados con anterioridad a su declaración, puede ser objeto de impugnación mediante la acción rescisoria concursal, si se considera perjudicial para la masa, lo que exigirá la impugnación del pacto de honorarios.
- Los créditos por servicios jurídicos prestados con posterioridad a la declaración de concurso, que se correspondan con lo establecido en el artículo 242.1.6.º del TRLC («los de asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes y demás procedimientos judiciales en cualquier fase del concurso cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interponga el concursado contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas») pueden ser satisfechos con cargo a la masa en la cuantía que se considere adecuada y proporcionada. Esta valoración no se encuentra determinada por el pacto de honorarios, que no vincula a los acreedores del deudor común⁸⁷.

4.4. Cuestiones que no se pueden discutir en una jura de cuentas: la problemática de no poder apreciar cláusulas abusivas

La atribución del conocimiento de estos procedimientos a los letrados de la Administración de Justicia por la Ley 13/2009 confirma la restricción de los motivos de oposición que pueden invocarse, toda vez que siendo más que dudoso que al conocer de los motivos de oposición no estén ejerciendo de hecho funciones puramente jurisdiccionales, es irrefutable que de entrar a conocer sobre cualesquiera razones se estaría invadiendo la esfera competencial del juez.

En el procedimiento del artículo 35 de la LEC el deudor no podrá alegar la deficiente realización de la actuación del abogado en el pleito en que se hubieren devengado los ho-

⁸⁷ En similares términos, SAP de León, Sección 1.ª, 103/2017, de 17 de marzo, rec. núm. 60/2017.

norarios, debiendo acudir a un juicio declarativo por la cuantía⁸⁸. De todos modos, la mala praxis no puede asimilarse con un resultado desfavorable, sino con la infracción de la *lex artis*, cuya carga incumbe a la parte que lo alega, dado que el abogado, *ab initio*, goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional⁸⁹. No se trata de que el abogado garantice un resultado favorable a las pretensiones de su defendido, sino de que ponga los medios y conocimientos conforme a la legislación y la jurisprudencia aplicable de acuerdo a criterios de razonabilidad.

También es una cuestión compleja, ajena al procedimiento del artículo 35 de la LEC, la discusión acerca de la previa existencia de una relación laboral⁹⁰ o de arrendamiento de servicios en sistema de «igual», es decir, con percepción de una cantidad fija mensual, entre el abogado que promueve el procedimiento especial y su cliente⁹¹.

Tampoco procede el debate derivado del contrato de prestación de servicios, que solo puede ser planteado en el correspondiente procedimiento declarativo⁹².

El ámbito de cognición se ciñe a lo que se desprende de las propias actuaciones, no resultando posible que en el proceso de jura de cuentas puedan solventarse las diferencias que para las partes enfrentadas suscite la interpretación del contrato de arrendamiento de servicios⁹³ y la repercusión del mismo en el cobro de los honorarios, lo que solo puede suscitarse en el ámbito de un juicio declarativo⁹⁴. No es el procedimiento de reclamación de honorarios de letrado el adecuado para examinar los avatares del contrato suscrito en su día por las partes ni el alcance de una relación contractual de la que pudiera o no derivarse la existencia de la deuda, pues esto excede de los estrechos márgenes de este procedimiento.

Tampoco cabe apreciar vicios del consentimiento, debiendo acudir al juicio declarativo correspondiente⁹⁵.

⁸⁸ En este sentido, el ATS, Sala 1.^a, de 12 de julio de 2011, rec. núm. 410/2008, desestima una oposición por indebidos en un procedimiento del artículo 35 de la LEC en reclamación de los honorarios de los escritos de preparación e interposición de la casación en un caso en que el deudor alega que fue inadmitido el recurso por error o equivocación del letrado reclamante.

⁸⁹ SSTS, Sala 1.^a, núm. 633/2005, de 14 de julio, rec. núm. 971/1999, y de 21 de junio de 2007, rec. núm. 4486/2000. SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, núm. 123/2016, de 7 de marzo, rec. núm. 431/2015.

⁹⁰ AAP de Madrid, Sección 13.^a, de 25 de septiembre de 2001, rec. núm. 731/2000.

⁹¹ Autos de la AP de Madrid, Sección 21.^a, núm. 191/2010, de 28 de julio, y Sección 20.^a, núm. 193/2010, de 16 de junio.

⁹² AAP de Valencia, Sección 11.^a, núm. 143/2018, de 25 de abril, rec. núm. 595/2017.

⁹³ AAP de Asturias, Sección 6.^a, núm. 54/2017, de 7 abril.

⁹⁴ AAP de Madrid, Sección 10.^a, núm. 21/2005, de 18 enero de 2005, rec. núm. 466/2003

⁹⁵ En la SAP de Gijón, Sección 7.^a, de 28 de febrero de 2019, rec. núm. 443/2018, res. núm. 84/2019, se confirma la sentencia de primera instancia declarando nulo el contrato de arrendamiento de servicios por vicios de consentimiento.

Asimismo, la apreciación de cláusulas abusivas también se debe considerar una cuestión compleja que no puede apreciar el letrado de la Administración de Justicia en una jura de cuentas⁹⁶. La doctrina de STJUE, Sala 9.^a, de 22 de septiembre de 2022, rec. núm. C-335/21, tendría que motivar que nuevamente se concediera la competencia para conocer de las juras de cuentas a los jueces y magistrados. En esta sentencia se ha declarado que se opone a la Directiva 93/13/CEE una normativa nacional, relativa a un procedimiento sumario de pago de honorarios de abogado, en virtud de la cual la demanda presentada contra el cliente consumidor es objeto de una resolución dictada por una autoridad no jurisdiccional y solamente se prevé la intervención de un órgano judicial en la fase del eventual recurso contra dicha resolución, sin que este pueda controlar de oficio si las cláusulas contenidas en el contrato del que traen causa los honorarios reclamados tienen carácter abusivo. Además, si se inicia un procedimiento declarativo para alegar cláusulas abusivas, la normativa nacional no prevé la suspensión del proceso de ejecución derivado de la jura de cuentas. Por todo ello, se exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva 93/13/CEE y alcancen una solución conforme con el objetivo perseguido por esta.

Sin embargo, y a pesar de este «toque de atención» por parte de la corte de Luxemburgo, por ahora no se ha llevado a cabo la correspondiente reforma legal que otorgue de nuevo a los jueces y magistrados la competencia para conocer de las juras de cuentas, en aras de que en este procedimiento se pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de arrendamiento de servicios del cliente y el abogado.

4.5. Discrepancias en las audiencias provinciales acerca de si procede recurso de apelación contra el auto resolviendo la revisión

El Tribunal Constitucional, Pleno, en sentencia 34/2019, de 14 de marzo, rec. núm. 4820/2018, declaró inconstitucional que no fuera recurrible el decreto resolviendo la oposición del deudor en la jura de cuentas, por lo que actualmente es posible interponer recurso de revisión.

El problema es que la jurisprudencia menor no se pone de acuerdo acerca de si el auto resolutorio de la revisión es apelable.

⁹⁶ Hay que tener en cuenta que la STJUE de 15 de enero 2015 (ECLI:EU:C:2015:14) declaró que «la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a los contratos tipo de servicios jurídicos, como los que son objeto del asunto principal, concluidos por un abogado con una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional».

Algunas audiencias⁹⁷ se muestran en contra, al considerar que el legislador ha querido limitar las posibilidades de impugnación en este procedimiento y la excepción que representa la indicada sentencia del Tribunal Constitucional lo es para permitir en este caso el control judicial, lo que se posibilita con el recurso de revisión, sin extender esa cobertura al recurso de apelación, máxime cuando en este caso se permite acudir a un juicio declarativo posterior, al carecer de eficacia de cosa juzgada lo resuelto en aquel.

No obstante, también se encuentran audiencias que admiten recurso de apelación contra el auto resolutorio de la revisión⁹⁸, criterio que a nuestro juicio resulta más acertado, dado que el artículo 454 bis.3 de la LEC permite el recurso de apelación contra el auto dictado resolviendo el recurso de revisión cuando ponga fin al procedimiento o impida su continuación. No consideramos un argumento de peso que el procedimiento no tenga efecto de cosa juzgada, ya que los juicios verbales sumarios tampoco tienen dicho efecto y, como regla general, se permite la posibilidad de interponer apelación contra la sentencia.

4.6. Costas en los decretos resolviendo la oposición

Conforme al artículo 246.3 de la LEC que regula la impugnación de la tasación de costas por excesivos, si la misma fuere totalmente desestimada, se impondrán las costas al impugnante. Si fuere total o parcialmente estimada, se impondrán al abogado cuyos honorarios se hubieran considerado excesivos.

El artículo 246.4 de la LEC no efectúa similar previsión normativa para cuando se resuelve la impugnación por indebidos, pero resultaría absurdo que solo cuando se impugnasen los honorarios por excesivos hubiere imposición de costas, mientras que si lo fuere por indebidos no existiere tal pronunciamiento⁹⁹.

De todos modos, no se puede aplicar el mismo criterio en la jura de cuentas, habida cuenta de que, al no ser preceptiva postulación, no habrá ningún concepto incluible en las costas.

Bien es cierto que, como regla general, la autodefensa del abogado o la autorrepresentación del procurador no impiden la inclusión de sus honorarios y derechos respectivamente en la tasación de costas, pero este criterio tan solo resulta aplicable cuando la intervención de estos profesionales resulta preceptiva, lo que en el caso que nos ocupa no acontece¹⁰⁰.

⁹⁷ Autos de las AAPP de León, Sección 1.^a, núm. 56/2020, de 6 de noviembre, rec. núm. 346/2020, y de Córdoba, Sección 1.^a, núm. 268/2021, de 28 de junio, rec. núm. 1048/2020.

⁹⁸ Autos de la AP de Valencia, Sección 9.^a, núm. 227/2020, de 18 de diciembre, rec. núm. 736/2020, y Sección 10.^a, núm. 108/2021, de 9 de marzo, rec. núm. 443/2020.

⁹⁹ AATS, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de julio de 2017, rec. núm. 676/2016, y de 19 de marzo de 2019, rec. núm. 3500/2017.

¹⁰⁰ Es verdad que en los AATS, Sala 1.^a, de 4 de mayo de 2010, rec. núm. 1397/2001, y de 20 de mayo de 2014, rec. núm. 715/2010, se consideró que no resultaba indebida la inclusión de los honorarios de

No debe llevar a confusión que el artículo 16 del vigente arancel de procuradores regule los derechos del procurador en la reclamación de cuentas del artículo 34 de la LEC¹⁰¹, porque aunque no sea preceptiva la postulación, el deudor puede actuar representado por un nuevo procurador, en cuyo caso deberá abonarle sus derechos de acuerdo con el arancel, pues en otro caso se arriesgará a otra jura de cuentas¹⁰².

Ni siquiera el auto resolutorio del recurso de revisión contra el decreto resolviendo la oposición debe contener condena en costas, puesto que, al igual que el de reposición, no contempla ningún régimen de imposición de costas ni realiza remisión al régimen ordinario contemplado en los artículos 394 y siguientes de la LEC, únicamente relativos a las resoluciones que pongan fin al procedimiento en primera instancia, o a los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación¹⁰³.

5. Peculiaridades en el proceso de ejecución

5.1. Inoperancia del plazo mínimo para despachar ejecución

El artículo 548 de la LEC veda el despacho de ejecución de resoluciones procesales, arbitrales o de acuerdos de mediación hasta que transcurra el plazo de 20 días desde que

letrado en una tasación de costas derivada de un procedimiento del artículo 35 de la LEC, pero dicha doctrina, ya polémica en su día, en modo alguno puede ser mantenida tras la reforma de los artículos 34 y 35 de la LEC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, en que se ha dispuesto expresamente que en estos procedimientos no resultan necesarios abogado ni procurador (art. 241.1.1.º LEC). Además, con anterioridad el Tribunal Supremo se había pronunciado en sentido contrario: ATS, Sala 1.ª, de 22 de marzo de 2006, rec. núm. 2592/1999: «Aunque esta Sala ha venido declarando el derecho del Abogado que se defiende a sí mismo a percibir honorarios de la parte contraria condenada en costas, ello ha sido en procesos en que era obligada la asistencia letrada y que esa defensa propia no podía suponer un beneficio para el condenado al pago de las costas; tal supuesto no se da en este caso en que no se exige asistencia técnica, no se está ante un supuesto de autodefensa. Por ello no se puede pretender incluir en las costas de este procedimiento los honorarios profesionales de la Abogado a cuya instancia y en reclamación de honorarios por su intervención en el recurso de casación, se ha iniciado, ya que, se repite, no es necesaria la intervención preceptiva de Abogado».

¹⁰¹ Artículo 16 del Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales: «Por la solicitud de habilitación de fondos y reclamación de cuentas el procurador percibirá la cantidad de 18,57 euros, sin perjuicio de los derechos que correspondan por la ejecución y la vía de apremio».

¹⁰² AAP de Las Palmas, Sección 5.ª, núm. 66/2010, de 13 abril (JUR\2011\11465).

¹⁰³ AATS, Sala Especial del art. 61 LOPJ, de 10 de febrero de 2015, rec. núm. 10/2005; 16 de junio de 2015, rec. núm. 10/2005; 9 de marzo de 2016, rec. núm. 15/2013, y 19 de octubre de 2016, rec. núm. 10/2007. AATS, Sala 1.ª, de 4 de febrero de 2020, rec. núm. 1545/2016, y 21 de septiembre de 2021, rec. núm. 628/2018.

la resolución de condena sea firme o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado.

No obstante, este precepto no resulta aplicable en los procedimientos de jura de cuentas, aunque la LEC no lo exceptúa expresamente, como ocurre en otros procesos¹⁰⁴. A estos efectos procede diferenciar dos supuestos:

Si requerido el deudor por 10 días no paga ni se opone

En este caso se puede despachar ejecución sin esperar el plazo de 20 días del artículo 548, pues así lo establecen los artículos 34 y 35 de la LEC, en su párrafo tercero, los cuales disponen que transcurrido el plazo de 10 días del requerimiento de pago sin pagar ni oponerse se despachará ejecución.

La literalidad legal plantea un problema añadido, cual es si el despacho de ejecución se acordará *ex officio* por el mero transcurso del plazo concedido en el requerimiento de pago sin que el deudor haya pagado ni formulado oposición o si será necesario presentar demanda ejecutiva.

A favor del despacho de ejecución de oficio se pronuncian algunas resoluciones¹⁰⁵; no obstante, esta tesis no resulta pacífica y en sentido contrario se alega que el despacho de ejecución de oficio se encuentra en contradicción con el principio de justicia rogada que impera en el proceso civil y con la necesidad de que en el decreto subsiguiente al auto despachando ejecución se contengan medidas ejecutivas concretas¹⁰⁶; además, se incurre en el peligro de que el deudor pudiera pagar extrajudicialmente al profesional y que el órgano judicial despachara ejecución.

Si el deudor se opone y se dicta decreto desestimando la oposición

En este supuesto, si el acreedor pretende iniciar la ejecución, tampoco es necesario esperar el plazo del artículo 548 de la LEC, habida cuenta de que en el decreto fijando la

¹⁰⁴ La aplicación del plazo mínimo para despachar ejecución está legalmente exceptuado en el juicio verbal de recobrar la posesión con las especialidades de la Ley 5/2018 (art. 444.1 bis), en el juicio monitorio si el deudor no atiende el requerimiento de pago ni compareciere (art. 816.1 LEC) o en la ejecución de resoluciones de condena de desahucio por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo (art. 549.4 LEC).

¹⁰⁵ Autos de las AAPP de Lugo, Sección 2.^a, de 29 de junio de 2004, rec. núm. 254/2004, res. núm. 73/2004, y de Almería, Sección 3.^a, núm. 45/2009, de 4 junio.

¹⁰⁶ Cfr. Bonet Navarro (2010a) y Martín Contreras (2015, p. 501). Según este autor es recomendable que el despacho de ejecución sea a instancia del profesional porque a este se le ha podido abonar lo adeudado extrajudicialmente.

cantidad debida se concede al deudor un plazo más reducido para el cumplimiento voluntario de tan solo cinco días «siguientes a la notificación» bajo apercibimiento de apremio (arts. 34.2 y 35.2 LEC).

A nuestro juicio el plazo de cinco días se debería computar desde la firmeza del decreto resolviendo la oposición. La razón por la que el *dies a quo* se fijó desde la notificación, y no desde la firmeza, puede deberse a que el legislador dispuso que el decreto resolviendo la impugnación era irrecurrible, pero acordada por el Tribunal Constitucional (Sentencia 34/2019, de 14 de marzo, rec. núm. 4820/2018) la procedencia de que sea susceptible de recurso de revisión, resulta más oportuno que el plazo de cumplimiento voluntario se cuente desde la firmeza del decreto, pues en otro caso coincide con el plazo para recurrir. Sin embargo, la ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (en el momento de escribir estas líneas en proyecto), aunque ha incluido en el párrafo segundo de los artículos 34 y 35 de la LEC la doctrina del Tribunal Constitucional, no ha modificado este *dies a quo*, como hubiera sido oportuno.

5.2. Reducidas causas de oposición del ejecutado

En los procedimientos de los artículos 34 y 35 el título ejecutivo ostenta carácter procesal, por lo que la ejecución se seguirá conforme a la de títulos ejecutivos de este tipo, de manera que no será necesario requerir de nuevo al deudor (art. 580 LEC) y el ejecutado podrá oponerse a la ejecución por las mismas causas que en un proceso de ejecución de sentencias (pago o cumplimiento, pactos o transacciones y caducidad de la acción ejecutiva), además de alegar defectos procesales (arts. 556 y 559 LEC).

En relación con el pago, en modo alguno podrá oponer un pago anterior al requerimiento practicado en la jura de cuentas (toda vez que debería haberlo opuesto en el plazo de 10 días concedido al efecto)¹⁰⁷, ni un pago posterior al despacho de la ejecución (que tan solo ocasiona la finalización de esta ex art. 570 LEC). De todos modos, parte de la doctrina¹⁰⁸ considera que por razones de justicia material se debería permitir alegar como motivo de oposición a la ejecución el pago producido con anterioridad a la iniciación del procedimiento de jura de cuentas; si bien, en este caso, aunque se estimara la oposición, el deudor debería ser condenado en costas por no haberlo alegado en el momento oportuno.

¹⁰⁷ AAP de Pontevedra, Sección 1.ª, núm. 120/2009, de 8 julio: «Es por ello que habiendo desaprovechado la ahora apelante la posibilidad de oponerse en el plazo de diez días conforme prevé el procedimiento del art. 34 y no habiéndolo hecho ha precluido para ella la posibilidad de oponerse al despacho de ejecución, que no tiene ya sentido puesto que significaría tanto como duplicar las posibilidades de oposición sin soporte legal».

¹⁰⁸ Cfr. Bonet Navarro (2010b).

Si el deudor ha pagado una parte de lo debido y se ha despachado ejecución por el total, el motivo de oposición adecuado es el pago parcial, no la pluspetición, que solo está prevista como causa de oposición por motivos de fondo en los artículos 557.1.3.º y 558 de la LEC para los títulos no procesales, ni arbitrales ni acuerdos de mediación, y para el auto de cuantía máxima. Conviene desterrar la concepción equivocada de que cualquier hecho que conduzca a la minoración de la deuda documentada en el título ejecutivo pueda alegarse como pluspetición, pues sería absurdo que, por no haberse producido un pago total, el deudor tuviere que alegar la pluspetición en vez del pago.

El ejecutado también puede oponerse alegando una transacción, pero esta ha de cumplir unos determinados requisitos, ya que debe haberse concertado con posterioridad a la formación del título ejecutivo, pero antes de la iniciación de la ejecución. Además, el artículo 556.1.II de la LEC exige que el pacto o transacción conste en documento público, exigencia que ha sido considerada excesiva¹⁰⁹. En cuanto al contenido del acuerdo, en principio se puede admitir cualquiera, siempre que tenga por objeto evitar la ejecución, permitiéndose el pacto de exclusión de determinados bienes de la ejecución, el de suspensión de la misma o de no ejercitarla *intra certum tempus*¹¹⁰. Asimismo, se admiten pactos que se encuentren sometidos a condición o a término¹¹¹, incluso se pueden oponer por vía de la transacción otros motivos no previstos legalmente como causas de oposición (novación, condonación) o no previstos para los títulos procesales (compensación, quita y espera, promesa de no pedir).

5.3. Imposibilidad de incluir el abogado y el procurador en las costas del proceso de ejecución

Si se inicia la ejecución por no pagar el deudor ni oponerse en el plazo de 10 días (arts. 34.3 o 35.3 LEC) o por no abonar la cantidad fijada en el decreto desestimando la oposición o en el auto resolutorio de la revisión (arts. 29.2, 34.2 y 35.2), no es necesario abogado ni procurador en el proceso de ejecución, al no haber sido precisos en la jura de cuentas, y ello con independencia de que la cantidad reclamada exceda de 2.000 euros, pues así se deriva de la literalidad del artículo 539.1 de la LEC.

Distinto es el supuesto en que los procuradores o abogados acudan a un juicio monitorio para la reclamación de las cantidades que les son debidas, en cuyo caso si la cantidad por la que se despacha ejecución excede de 2.000 euros, será preceptivo abogado y procurador, y, por ende, la autorrepresentación o autodefensa de dichos profesionales podrá incluirse en la tasación de costas.

¹⁰⁹ Cfr. Fernández-Ballesteros (2000, p. 2.698).

¹¹⁰ Cfr. Cordón Moreno (2000, p. 82).

¹¹¹ Cfr. Díez-Picazo Giménez (2001, p. 958).

Lo antedicho no es óbice para que en todo caso se deba presupuestar una cantidad (que como regla general será del 30 % del principal) para intereses y costas futuros (art. 575 LEC), puesto que desde que se despacha la ejecución se devenga el interés legal aumentado en dos puntos (576 de la LEC)¹¹², y en el proceso de ejecución podrán incluirse otras partidas en las costas distintas al abogado y procurador, como las derivadas de peritos tasadores o de anotaciones preventivas de embargo en el Registro.

Referencias bibliográficas

- Bonet Navarro, J. (2010a). Impugnación. En *El procedimiento por «cuenta manifestada». Reclamación de la cuenta del procurador y de los honorarios del abogado*. La Ley.
- Bonet Navarro, J. (2010b). Pago o decreto de finalización previo al posible despacho de ejecución por inactividad del deudor. En *El procedimiento por «cuenta manifestada». Reclamación de la cuenta del procurador y de los honorarios del abogado*. La Ley.
- Bonet Navarro, J. (2012). «Reclamación litigiosa de honorarios: diagnóstico y terapia ante demasiada patología legal». En A. Vázquez Pellicer (Coord.), *El trabajo profesional de los abogados*. Tirant lo Blanch.
- Cedeño Hernán, M. (2002). *Retribución de Abogados y Procuradores: la llamada «Jura de cuentas»*. Aranzadi.
- Cordón Moreno, F. (2000). *Apuntes de Derecho Procesal Civil II. El proceso de ejecución conforme a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Newbook Ediciones.
- Departamento Jurídico Sepín. (2009). Validez del pacto de cuota litis TS, Sala 3.^a, 4-11-2008. Sepín (SP/DOCT/3895).
- Díez-Picazo Giménez, I. (1997). Falta de jurisdicción del Tribunal Constitucional para tramitar y resolver juras de cuentas. *Tribunales de Justicia*, 5.
- Díez-Picazo Giménez, I. (2001). Comentario al Art. 556. En *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Civitas.
- Fernández-Ballesteros, M. Á. (2000). Comentario al Art. 556. En M. Á. Fernández-Ballesteros, J. M. Rifá Soler y J. F. Valls Gombau (Coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Iurgium Editores Atelier.
- Garnica Martín, J. F. (2000). Comentario al Art. 34. En M. Á. Fernández-Ballesteros, J. M. Rifá Soler y J. F. Valls Gombau (Coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Iurgium Editores Atelier.
- Herrero Perezagua, J. F. (2000). *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil*. La Ley.
- Illescas Rus, A. V. (2003). La cuenta y la minuta jurada. Tutela sumaria de los créditos de Procuradores y Abogados. Sepín (SP/DOCT/1785).

¹¹² AAP de Badajoz, Sección 3.^a, de 17 de noviembre de 2006, rec. núm. 264/2006, res. núm. 181/2006.

- López-Fragoso Álvarez, T. y Reverón Palenzuela, B. (2005). *Proceso Civil Práctico*. La Ley.
- López Muñoz, M. A. (2011). *Los créditos procesales de procuradores, Abogados, Peritos y Testigos: soluciones de la práctica penal para las juras de cuentas*. Bosch.
- Marina Martínez-Pardo, J. (2001). *LEC XX Comentada*, vol. I. (2.^a ed.). En M. Martínez-Pardo, J. y D. Loscertales Fuentres (Coords.). Sepín.
- Martín Contreras, L. (2002). *La tasación de costas y la liquidación de intereses y sus impugnaciones en los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social (legislación, doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*. Comares.
- Martín Contreras, L. (2015). *Las costas procesales*. Bosch (Wolters Kluwer).
- Toribios Fuentes, F. (2000). «Comentario al Art. 34». En A. M. Lorca Navarrete (Dir.), V. Guilarte Gutiérrez (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I. Lex Nova.

M.^a José Achón Bruñén. Doctora en Derecho Procesal por la Universidad Carlos III de Madrid. Es autora de 18 libros jurídicos sobre ejecución dineraria, no dineraria, subastas, tercerías de dominio y de mejor derecho, procedimiento hipotecario, ley de contratos del crédito inmobiliario, cláusulas abusivas, desahucio, responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación, costas, juras de cuentas, responsabilidad por deudas del cónyuge, nulidad de actuaciones, etc. Codirectora y coautora de otras dos obras sobre jurisdicción voluntaria y protección de la infancia, y de un memento de derecho hipotecario para la editorial Francis Lefebvre. Ha recibido ocho premios jurídicos (Primer Premio Editorial Jurídica Wolters Kluwer, Primer Premio del Colegio de Registradores de la Propiedad de Madrid, Segundo Premio García Goyena, Primer Premio Santiago Gutiérrez Anaya sobre propiedad inmobiliaria, Primer Premio del Colegio de Abogados de Cádiz y tres premios del Centro de Estudios Financieros). Compagina su trabajo de gestora procesal titular en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid con el de profesora de Derecho Procesal en un centro privado de enseñanza; asimismo, imparte cursos jurídicos en el Colegio de Abogados de Madrid, la Comunidad de Madrid y en Gerencia de Órganos Centrales del Ministerio de Justicia, y es miembro del consejo de redacción de la revista *Sepin Proceso Civil* y de la revista de probática de Wolters Kluwer. <https://orcid.org/0000-0001-9380-9236>



La ayuda pública como efecto incentivador de la inversión en el nuevo periodo de programación 2021-2027: ¿hacia un cambio de paradigma?

Francisco A. Aranguren Baena

*Verificador de fondos europeos. Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía IDEA
Profesor del área de Organización de Empresas. Universidad de Córdoba (España)*

faranguren@uco.es | <https://orcid.org/0000-0002-7507-6232>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación 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.

Extracto

El efecto incentivador de la inversión motivado por la ayuda pública o, de otra manera, el efecto incentivador de la ayuda pública en la inversión a realizar por parte de las empresas, en general, y las pymes, en particular, se ha configurado en los últimos años como el elemento más decisivo y controversial (sobre todo, a nivel jurídico) en el amplio conjunto de requisitos a cumplir por las empresas para la consecución y disfrute de las subvenciones a la inversión regladas por los distintas Administraciones públicas. A la luz del periodo de programación 2014-2020, desde el presente artículo, y tomando como referencia lo aprendido al respecto en los últimos años, se intentará efectuar un análisis prospectivo de la futura determinación del mencionado efecto incentivador en las próximas convocatorias de ayudas, a la luz de los nuevos requerimientos normativos establecidos.

Palabras clave: efecto incentivador; inversión de las pymes; ayuda pública.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 05-06-2023

Cómo citar: Aranguren Baena, F. A. (2023). La ayuda pública como efecto incentivador de la inversión en el nuevo periodo de programación 2021-2027: ¿hacia un cambio de paradigma? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 269, 71-94. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18857>



The public aid as an incentive effect for investment in the new programming period 2021-2027: towards a paradigm shift?

Francisco A. Aranguren Baena

This paper has been selected for publication by: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Nicolás González-Deleito Domínguez, Mr. José Damián Iranzo Cerezo, Mr. Fabio Pascua Mateo y Mr. Ángel José Sánchez Navarro.

Abstract

The incentive effect of public aids in the eligible investment by SMEs, has been configured in recent years as the most decisive and controversial issue (especially at the legal level) in the broad set of requirements to get subsidies and grants. From the perspective of the 2014-2020 programming period, this article will attempt to carry out a prospective analysis of the future determination of the incentive effect under the new regulatory requirements and on what has been learned in the past.

Keywords: incentive effect; SME investment; public aid.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 05-06-2023

Citation: Aranguren Baena, F. A. (2023). La ayuda pública como efecto incentivador de la inversión en el nuevo periodo de programación 2021-2027: ¿hacia un cambio de paradigma? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 269, 71-94. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18857>



Sumario

1. Introducción y objetivos pretendidos
2. El *statu quo* del efecto incentivador (2014-2020)
3. El nuevo marco de las ayudas estatales: ¿hacia un cambio de paradigma?
4. La controversia jurídica: de la indeterminación a la inflación interpretativa
5. A modo de conclusiones y recomendaciones

Referencias bibliográficas

1. Introducción y objetivos pretendidos

La problemática del «efecto incentivador de la inversión» como uno de los más importantes (y complejos) requerimientos normativos para la obtención de ayudas públicas o, en otras palabras, la trascendencia del «efecto incentivador de la ayuda pública» para la incentivabilidad de la inversión a realizar por las pymes¹ en el marco de los distintos programas de ayuda pública existentes (a nivel comunitario, nacional, regional o local), ha sido ya objeto de algún pormenorizado análisis anterior (Aranguren Baena, 2020), por lo que aquí, y partiendo de este como fundamento doctrinal, no entraremos en el detalle, ni de su génesis, ni de su desarrollo conceptuales, sino que intentaremos, una vez situado el estado actual del problema (lo que podría denominarse su *statu quo*), efectuar un análisis prospectivo sobre su evolución y tratamiento en el próximo periodo 2021-2027, bajo el tenor de las nuevas disposiciones normativas y de los distintos pronunciamientos emanados desde la jurisdicción europea, española y andaluza.

Por este motivo, en este trabajo se tomarán como referencias algunos ejemplos de la distinta y variada jurisprudencia de los distintos tribunales (a nivel comunitario, estatal y regional) para, de esta manera y mediante un intento de combinar lo empírico con lo teórico, poder ofrecer una visión prospectiva del problema a analizar desde la praxis entre lo académico y lo doctrinal.

Bajo la premisa anterior, y como punto de partida necesario, permítasenos que, a modo de apretada síntesis, enfoquemos desde ya nuestro objetivo: aportar seguridad jurídica a la indeterminación conceptual –existente ya desde el lejano 1998 y, sobre todo, por lo que atañe a las subvenciones– vinculada con el cumplimiento de determinada, específica y recurrente obligación normativa en el marco de los distintos programas de ayudas públicas. Obligación tan del todo punto relevante y determinante que, bien puede afirmarse, su indefinición doctrinal e interpretativa se ha convertido en fuente de inseguridad jurídica para todos los posibles beneficiarios de los incentivos públicos, en general, y para las pymes, en particular. Nos referimos, evidentemente, al denominado «efecto incentivador» (de la inversión o de la ayuda).

¹ Por pyme ha de entenderse aquella empresa que cumple los requisitos establecidos en el anexo I del Reglamento (UE) núm. 651/2014 de la Comisión que, a su vez, toma su fundamento de la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (DO L 124, de 20 de mayo).

2. El *statu quo* del efecto incentivador (2014-2020)

Configurado, como ha quedado ya apuntado, desde 1998² como elemento central de la aplicación de la normativa comunitaria de ayudas de Estado³ y determinante de las directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional, bien pudiera vincularse, de manera genérica y poco exhaustiva, el llamado efecto incentivador al hecho/exigencia de que los proyectos de inversión empresarial objeto de ayuda pública no puedan estar iniciados antes de determinada fecha. De ahí que pueda hablarse, indistintamente, de efecto incentivador de la inversión o de efecto incentivador de la ayuda. Bajo este enfoque, los elementos definitorios del problema doctrinal se van a situar en la concreción conceptual de lo que se entiende por tal inicio y por la determinación temporal de su fecha (el denominado *dies a quo*).

Y es que, desde su inicio, y partiendo de la vaguedad conceptual que ha ido caracterizando al efecto incentivador según las distintas normas establecidas, desde la perspectiva que dan tanto el tiempo transcurrido como los sucesivos marcos normativos reguladores existentes⁴, bien podemos calificar de numerosos los intentos doctrinales por parte de los distintos actores participantes (a nivel europeo, nacional y regional), por concretar las suso-

² Directrices sobre las Ayudas de Estado de finalidad regional para el periodo 2000-2006 (98/C 74/06), DOCE núm. C 74/9, de 10 de marzo.

³ «Se entiende por ayuda estatal el apoyo que presta una autoridad pública (nacional, regional o local) a determinadas empresas por medio de recursos públicos. Las empresas beneficiarias de este tipo de ayudas resultan favorecidas con respecto a sus competidores.

Quedan prohibidas las ayudas otorgadas de manera selectiva por los países de la Unión Europea (UE) o a través de fondos estatales en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre países de la UE o falseen la competencia en virtud del artículo 107 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

No obstante, podrán autorizarse las ayudas estatales cuando se justifiquen por objetivos de interés general: ayudas destinadas al desarrollo de las regiones desfavorecidas, a los servicios de interés económico general, a la promoción de las pequeñas y medianas empresas, a la investigación y el desarrollo, a la protección del medio ambiente, a la formación, al empleo y a la cultura. Los países de la UE deberán informar a la Comisión Europea de las ayudas que conceden, salvo en determinados supuestos.

De acuerdo con el artículo 108 del TFUE, la Comisión Europea se encarga de controlar las medidas adoptadas por los países de la UE en materia de ayudas estatales, tanto si se encuentran en fase de proyecto como si ya han entrado en vigor, con objeto de asegurarse de que no falseen la competencia» (https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/state_aid.html?locale=es).

Respecto al concepto de ayuda estatal véase la comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01).

⁴ Por lo que se refiere al ámbito supranacional, y aparte la citada del periodo 2000-2006, destaquemos aquí las directrices comunitarias sobre las Ayudas de Estado de finalidad regional para el periodo 2007-2013 (2006/C 54/08), DOUE núm. C 54/13, de 4 de marzo y las directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014-2020 (2013/C 209/01), DOUE núm. C 209/1, de 23 de julio.

dichas indeterminaciones jurídicas que han venido rodeando la (in)definición del tal efecto incentivador hasta poder caracterizarlo como verdadero concepto jurídico indeterminado⁵. Puede afirmarse que, a este respecto, el único consenso doctrinal resulta ser la evidente falta del mismo, es decir, el hecho de que, desde su mismo origen, a nivel interpretativo se ha venido produciendo una gran controversia en su determinación práctica.

Para situar el estado de la cuestión, intentaremos primero analizar, con carácter necesario, el ámbito regulatorio comunitario o supranacional. Y es que ha de entenderse que toda cautela estatal/regional/local referida al cumplimiento del efecto incentivador en las ayudas públicas a conceder, y sean cuales sean los organismos concernidos y participantes, proviene de manera necesaria de la legislación comunitaria, la cual, en aplicación de los principios de prevalencia normativa, acaba permeando los distintos regímenes de ayuda de nivel inferior. Así, para la programación 2014-2020 (aún pendiente de cierre a efectos de ejecución y aplicación presupuestarias), las referencias jurídicas relevantes son tanto las directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para dicho periodo como, de manera preferente, el Reglamento (UE) núm. 651/2014 (modificado tanto por el Reglamento (UE) núm. 2021/1237 de la Comisión de 23 de julio de 2021, como por el Reglamento (UE) núm. 2020/972 y el Reglamento (UE) núm. 2017/1084). En concreto, y por lo que se refiere a este reglamento (también conocido como Reglamento General de Exención por Categorías o RGEC), es su artículo 6 el que establece las «reglas de juego» a nivel comunitario sobre el conocido como efecto incentivador. Así, en dicho artículo se indica que:

1. El presente Reglamento se aplicará exclusivamente a las ayudas que tengan un efecto incentivador.
2. Se considerará que las ayudas tienen un efecto incentivador si, antes de comenzar a trabajar en el proyecto o actividad, el beneficiario ha presentado por escrito una solicitud de ayuda al Estado miembro de que se trate.

Lo anterior ha de completarse necesariamente con el artículo 2 del mismo Reglamento núm. 651/2014, en el que se define (definición núm. 23):

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

⁵ Entendido este en relación con «la mayor o menor amplitud del significado de los preceptos» establecidos normativamente (Martínez Estay, 2019, p. 193).

En estos dos artículos queda establecido uno de los pilares doctrinales de toda ayuda pública a conceder a la empresa en el contexto europeo y que bien pudiéramos sintetizar en que las ayudas públicas deben tener un efecto incentivador, configurado este bajo la prueba de si, antes de comenzar a trabajar en el proyecto o actividad (bajo la definición de inicio de los trabajos), el beneficiario ha presentado por escrito una solicitud de ayuda al Estado miembro de que se trate. Dicho de otra manera: 1) se establecen dos momentos procedimentales claramente definitorios (el de la fecha de solicitud y el de la fecha de inicio); 2) se sitúa la esencia del problema en dilucidar la concreción y determinación conceptuales del «inicio de los trabajos», siempre vinculado este al denominado compromiso en firme o aquel compromiso de inversión considerado irreversible, lo que, en definitiva, parece residiar la solución de la problemática del efecto incentivador en concretar y determinar el momento, la fecha, de la tal irreversibilidad de la inversión.

Definido y acotado el problema, en cumplimiento de la jerarquía normativa y bajo el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea⁶ por el que se determina el nivel de intervención más pertinente en los ámbitos de competencias compartidas, los requerimientos normativos comunitarios de la Unión Europea acaban insertándose de manera necesaria en las regulaciones sobre ayudas públicas en los distintos ámbitos nacional, regional y local, es decir, los más cercanos a la concreta, específica y determinada empresa pyme que quiere beneficiarse de la también concreta, específica y determinada ayuda pública (subvención, por ejemplo).

Aunque en nuestro caso, y tanto por motivos de deformación profesional como por razones de cercanía y conocimientos operativos, acabaremos centrándonos en el caso de Andalucía, bajo la perspectiva nacional sí queremos dejar constancia expresa aquí que los conocidos como fondos Next Generation⁷ (que, en materia de ayudas, pueden llegar a ser el elemento central en nuestro país) establecen para su uso y disfrute de manera inequívoca, y como no podía ser de otra manera, el cumplimiento del citado efecto incentivador

⁶ Versión consolidada según DOCE de 26 de octubre de 2012 (2012/C 326/01).

⁷ En julio de 2020, el Consejo Europeo acordó un instrumento excepcional de recuperación temporal conocido como Next GenerationUE, dotado con 750.000 millones de euros para el conjunto de los Estados miembros. El fondo de recuperación garantiza una respuesta europea coordinada con los Estados miembros para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia. Los fondos pueden utilizarse para conceder préstamos reembolsables por un volumen de hasta 360.000 millones de euros y transferencias no reembolsables por una cantidad de 390.000 millones de euros. Los dos instrumentos de mayor volumen del Next Generation EU son los siguientes: a) el Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia, que constituye el núcleo del fondo de recuperación y está dotado con 672.500 millones de euros. Su finalidad es apoyar la inversión y las reformas en los Estados miembros para lograr una recuperación sostenible y resiliente, al tiempo que se promueven las prioridades ecológicas y digitales de la Unión Europea, y b) el Fondo REACT-EU, que está dotado con 47.500 millones de euros y que opera como fondos estructurales, pero con mayor flexibilidad y agilidad en su ejecución. REACT-EU promoverá la recuperación ecológica, digital y resiliente de la economía (<https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/FondosEuropeos/Fondos-relacionados-COVID/Next-Generation.aspx>).

consagrado en la normativa comunitaria. Con carácter general, y aunque siempre sometidos a lo que se establezca en las bases o convocatorias específicas de cada ayuda, y debido al necesario efecto incentivador que se exige a las ayudas públicas por parte de la normativa comunitaria, se suele requerir (en cumplimiento directo de lo establecido en el artículo 6 del Reglamento (UE) núm. 651/2014) que el proyecto no se haya iniciado antes de la fecha de presentación de la solicitud de la correspondiente ayuda, sin perjuicio del resto de disposiciones tanto de derecho nacional como de la Unión Europea que pudieran resultar de aplicación, y, particularmente, las que se aprueben en el ámbito de la ejecución y gestión, tanto del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia como del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Basten algunos ejemplos concretos a este respecto:

En las manifestaciones de interés relativas a la participación en el potencial Proyecto Impulsante de Interés Común Europeo (IPCEI) de Salud en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Ayudas del CDTI a la I+D+I)⁸ se establece que «las ayudas tendrán efecto incentivador si, antes de comenzar la actividad, el beneficiario ha presentado la solicitud de ayuda a la convocatoria».

En la Orden TED/1445/2021, de 22 de diciembre, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas correspondientes al programa de incentivos a proyectos pioneros y singulares de hidrógeno renovable en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE núm. 308, de 24 de diciembre), su artículo 10.5 (actuaciones incentivables) indica expresamente que:

A efectos de dar cumplimiento al efecto incentivador mencionado en el artículo 6 del Reglamento (UE) núm. 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, solo serán subvencionables los proyectos que contemplen actuaciones cuya ejecución se inicie en fecha posterior a la fecha de registro de la solicitud de ayuda. El hito que marcará el inicio de los trabajos para las Administraciones públicas será la publicación de los pliegos de licitación y, en el caso de empresas privadas y del sector público institucional de cualquier Administración pública, la fecha del primer compromiso en firme para el pedido de equipos u otro compromiso que haga irreversible la inversión. Los trabajos preparatorios para la obtención de permisos y la realización de estudios previos de viabilidad no influirán en la determinación de la fecha de inicio de la ejecución de las actuaciones contempladas en el proyecto subvencionable, pudiendo por tanto haberse realizado estos antes de la fecha de registro de la solicitud de ayuda.

En la orden por la que se aprueba la convocatoria, para el año 2021, del procedimiento de concesión de ayudas a proyectos de I+D+i en líneas estratégicas, en colaboración público-privada, del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020 (Extracto de la misma en el BOE núm. 98, de 24 de abril de 2021), su artículo 8 establece lo siguiente:

⁸ https://www.cdti.es/index.asp?MP=100&MS=898&MN=1&TR=C&IDR=3109&r=1024*1024

1. De acuerdo a lo establecido en el artículo 6 del Reglamento (UE) núm. 651/2014, se considerará que las ayudas tienen efecto incentivador si la solicitud de ayuda registrada dentro de plazo, que incluye tanto el formulario como todos los documentos determinados en la convocatoria, se ha presentado antes del comienzo del proyecto.
2. Se produce un efecto incentivador cuando las ayudas cambian el comportamiento de una empresa de tal manera que esta emprenda actividades complementarias que no realizaría, o que, sin las ayudas, realizaría de una manera limitada o diferente. No obstante, las ayudas no deben subvencionar los costes de una actividad en los que la empresa incurriría de todos modos ni deben compensar el riesgo empresarial normal de una actividad económica.
3. La fecha de inicio del proyecto presentado no debe entenderse meramente como una fecha a partir de la cual se pueden imputar gastos, sino realmente como la fecha de comienzo de las actividades del proyecto.

Como puede comprobarse, estas ayudas nacionales establecen expresamente como uno de sus principales requisitos el cumplimiento del efecto incentivador, según lo establecido en el citado artículo 6 del Reglamento (UE) núm. 651/2014. Como también puede comprobarse, la concreción normativa (la determinación jurídica) de cómo satisfacer dicho requerimiento en la práctica dista mucho de definirse y estar clara, sobre todo en el ámbito operativo y más práctico de la pyme beneficiaria de la ayuda pública.

Si, dando un paso más, y bajo un enfoque deductivo, situamos nuestro análisis en el marco regional (andaluz, en concreto), para el periodo 2014-2020 es el Decreto 114/2014⁹ el que reconoce normativamente que el efecto incentivador es un requerimiento esencial con el que han de cumplir todas las ayudas a otorgar por la Administración andaluza a las pymes, quedando enmarcado el concepto de incentivabilidad a aquellos proyectos empresariales en los que la ayuda tenga un efecto incentivador. Asimismo, el citado decreto (artículo 7.2) vincula expresamente la existencia de un efecto incentivador a la presentación de una solicitud de ayuda antes de que se produzca el inicio de los trabajos. Y este inicio se define (artículo 2.14), o bien como el inicio de los trabajos de construcción en la inversión, o bien como el primer compromiso en firme para el pedido de equipos u otro compromiso que haga la inversión irreversible, si esta fecha es anterior¹⁰.

⁹ Decreto 114/2014, de 22 de julio, por el que se establece el marco regulador de las ayudas a empresas que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de Inversiones de Finalidad Regional (BOJA núm. 144, de 25 de julio).

¹⁰ Al igual que en el marco normativo europeo antes referenciado, aquí también se excluyen de la consideración del inicio de los trabajos tanto la compra de terrenos como los trabajos preparatorios para la inversión (obtención de permisos, realización de estudios previos de viabilidad). Asimismo, en el caso de los traspasos, el inicio de los trabajos debe considerarse el momento en que se adquieren los activos vinculados directamente al establecimiento adquirido y a subvencionar.

Como puede comprobarse, el Decreto 114/2014 recoge casi literalmente las cautelas establecidas jerárquicamente al respecto, tanto por las directrices como el mismo Reglamento comunitario núm. 651/2014. Dado que esto no satisface, no puede satisfacer, las necesidades operativas de los posibles beneficiarios de las ayudas públicas, hemos de seguir profundizando en nuestro análisis.

Enmarcada en dicho Decreto 114/2014, y con el objetivo específico de fomentar la inversión empresarial de las pymes andaluzas, se publica la Orden de 5 de junio de 2017¹¹. En esta orden de incentivos públicos a la inversión empresarial se establece (artículo 5.1.d) como uno de los requisitos de los proyectos a subvencionar que estos deben cumplir el efecto incentivador de la ayuda, remitiéndose a la definición que a tal efecto se efectúa en la misma orden (anexo V), por el que se considera que las ayudas tienen un efecto incentivador si, antes de que se produzca el inicio de los trabajos, el beneficiario ha presentado una solicitud de ayuda.

Asimismo, y siguiendo las pautas establecidas en las normas superiores, se procede a definir lo que se entiende por inicio de los trabajos: o bien el inicio de los trabajos de construcción en la inversión, o bien el primer compromiso en firme para el pedido de equipos u otro compromiso que haga la inversión irreversible, si esta fecha es anterior a la fecha de la presentación de la solicitud. Igualmente, se excluye de la definición del inicio de los trabajos, tanto la compra de terrenos como el arrendamiento de bienes inmuebles, los trabajos preparatorios de la inversión (como la obtención de permisos y la realización de estudios previos de viabilidad). En el caso de los traspasos, se entiende como inicio de los trabajos el momento en que se adquieren los activos vinculados directamente al establecimiento adquirido.

En resumen, y tras el apretado análisis de lo recogido al efecto en los distintos marcos regulatorios europeo, español y andaluz, bien pudiera afirmarse que el *statu quo* del efecto incentivador de las ayudas públicas a empresas en el periodo 2014-2020 ha venido a situar la controversia conceptual (y doctrinal) en la determinación y concreción temporales de un doble momento procedimental: el de la fecha de solicitud y el de la fecha de inicio, entendido este último bajo la configuración del concepto de compromiso en firme o irreversible respecto a la inversión a realizar y a subvencionar.

Queda aquí ya situada la problemática interpretativa.

¹¹ Orden de 5 de junio de 2017, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva a las empresas para el desarrollo industrial, la mejora de la competitividad, la transformación digital y la creación de empleo en Andalucía durante el periodo 2017-2020 (BOJA núm. 108, de 8 de junio), prorrogada según Resolución de 20 de noviembre de 2018 (BOJA núm. 251, de 31 de diciembre).

3. El nuevo marco de las ayudas estatales: ¿hacia un cambio de paradigma?

Una vez identificado el problema, y dado que con fecha 29 de abril de 2021 se publicaron las nuevas directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional¹², que, en la práctica, vienen a actualizar y revisar las del periodo 2014-2020 para el nuevo 2021-2027, respecto al tema que nos (pre)ocupa consideramos de importancia analizar con intención prospectiva las posibles modificaciones producidas y cómo afectan estas a la situación analizada y, por ende, a la posibilidad de conseguir ayudas públicas por parte de la pyme inversora, sobre todo en el actual contexto de incertidumbre económica.

Bajo el nuevo marco regulador, las nuevas directrices reservan la totalidad de su apartado 5.2 al efecto incentivador. Así, al presentar la evaluación de la compatibilidad de las ayudas regionales, las directrices establecen expresamente que «la Comisión solo considerará que una medida de ayuda de finalidad regional es compatible con el artículo 107, apartado 3, del Tratado si contribuye al desarrollo regional y a la cohesión».

Con el objetivo de favorecer el desarrollo económico de las zonas asistidas, estas ayudas han de cumplir con seis criterios, entre ellos el del efecto incentivador, ya que la ayuda debe modificar el comportamiento de las empresas afectadas, de tal forma que emprendan una actividad adicional que no desarrollarían sin la ayuda o que emprenderían de una forma restringida o diferente o en otro lugar.

En su punto 58, las directrices establecen que

la ayuda de finalidad regional solo podrá ser considerada compatible con el mercado interior si tiene un efecto incentivador. Se considera que la ayuda estatal tiene un efecto incentivador cuando cambia el comportamiento de una empresa de modo que esta emprende una actividad adicional que contribuye al desarrollo de una zona y que no habría realizado –o que solo habría emprendido de una manera limitada o diferente, o en otro emplazamiento– si no se hubiese concedido la ayuda. La ayuda no debe subvencionar los costes de una actividad que la empresa llevaría a cabo en cualquier caso, ni debe compensar el riesgo empresarial normal de una actividad económica.

Queda aquí ya establecida la determinación *genérica* del efecto incentivador como el que permite cambiar el comportamiento (hemos de entender inversor) de determinada empresa, de manera tal que su actuación (su decisión de invertir) se vincula a la concesión, o

¹² Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional (2021/C 153/01), DOUE núm. C 153, de 29 de abril.

no, de la ayuda pública concreta. Es decir, su actuación inversora depende de la obtención, o no, de determinada ayuda pública.

Respecto al que podemos considerar determinación *específica*, las propias directrices (punto 59), determinan que

el efecto incentivador puede demostrarse de dos maneras: 1) la ayuda ofrece un incentivo para tomar la decisión de invertir en la zona en cuestión porque, de otro modo, la inversión no sería lo suficientemente rentable para el beneficiario de la ayuda en ningún lugar del EEE [...]; 2) la ayuda ofrece un incentivo para localizar la inversión prevista en la zona en cuestión, en vez de hacerlo en otro lugar, porque compensa las desventajas y los costes netos de invertir en un emplazamiento situado en dicha zona.

Como vemos, el efecto incentivador se demuestra operativa y prácticamente cuando el citado comportamiento (la toma de decisión de invertir y la zona donde hacerla) del empresario y la empresa, bajo las variables económico-financieras de la rentabilidad y las (des)ventajas y costes, es influido (y dirigido) por la concesión, o no, de incentivos o ayudas.

Esto se aclara, *a contrario sensu*, en el mismo punto 60 de las directrices:

Si la ayuda no modifica la conducta del beneficiario de la ayuda estimulando la inversión inicial (adicional) en la zona en cuestión, puede considerarse que la misma inversión se realizaría en la zona incluso sin la ayuda. Por lo tanto, la ayuda carece de efecto incentivador para lograr el objetivo de desarrollo regional y cohesión territorial y no puede autorizarse como compatible con el mercado interior con arreglo a las presentes Directrices¹³.

Lo anterior implica que, bajo la nueva regulación, se vincula la conducta del beneficiario (empresa o empresario) con la concesión de la ayuda pública, de manera que esta actúe como estímulo para la toma de decisión de aquel. Si no existiera tal estímulo, la inversión se haría a expensas de la obtención de la ayuda; es decir, se consideraría la no existencia del citado efecto incentivador. En resumidas cuentas, las directrices vienen a indicar que la toma de decisión debe responder de manera indubitada a la cuestión siguiente: ¿haría yo, como empresa/empresario, la inversión en esta zona si no tuviera el incentivo de una ayuda pública, bajo los criterios empresariales de rentabilidad y coste? Si la respuesta es no, se presupone la existencia del efecto incentivador.

¹³ Este precepto genérico tiene su excepción (punto 61 de las directrices) si se trata de una ayuda de finalidad regional concedida mediante fondos de la política de cohesión o del FEADER en las zonas más asistidas y vinculada a las inversiones necesarias para alcanzar niveles fijados por el derecho de la Unión Europea. En este caso concreto, dicha ayuda puede considerarse que tiene efecto incentivador si, sin ella, al beneficiario de la ayuda no le hubiera resultado suficientemente rentable hacer la inversión en la zona en cuestión, ocasionando el cierre de un establecimiento en esa zona.

Hasta aquí lo que puede denominarse consideración conceptual del efecto incentivador. Bajo lo apuntado, podemos observar un cambio significativo respecto a anteriores directrices, ya que se establece un claro vínculo entre la ayuda y la toma de decisión, enmarcando el efecto incentivador dentro de cuestiones de evidente índole subjetiva (la esfera comportamental tiene mucho de emocional), aunque regidas por los criterios objetivos de rentabilidad y coste.

Aparte de lo anterior (que bien podría considerarse dentro de la esfera filosófico-normativa), las directrices (apartado 5.2.1.1. Regímenes de ayudas a la inversión)¹⁴ intentan centrar el efecto incentivador desde el punto de vista administrativo-jurídico. Así, en sus puntos 62 a 64, establecen de manera categórica que

los trabajos de una inversión individual solo pueden comenzar después de que se haya presentado el formulario de solicitud de ayuda [...]. Si los trabajos comienzan antes de la presentación del formulario de solicitud de ayuda, toda ayuda concedida en relación con esa inversión individual se considerará no compatible con el mercado interior.

Como vemos, en esta nueva revisión de las directrices de ayuda estatales, se vuelve a enfocar (como en periodos precedentes) en la prueba indiciaria del efecto incentivador bajo la estructura temporal de, por una parte, la fecha de la solicitud de la ayuda (el *dies a quo*) y, por otra, y como contraste comparativo con esta, con la fecha de inicio de la inversión. Parece, pues, necesario, conocer algo más a estos efectos.

Respecto a la solicitud, esta debe responder a un «formulario normalizado» que contenga, como mínimo, toda la información enumerada en el anexo VII de las nuevas directrices de ayuda. En dicho formulario, las empresas (pymes y no pymes) deben explicar qué hipótesis de contraste se produciría si no se les concede la ayuda, indicando de cuál de las situaciones se trata¹⁵.

La información que debe figurar en el susodicho formulario de solicitud de la ayuda a los efectos de comprobar la existencia del efecto incentivador se resume en la siguiente:

- 1. Información sobre el beneficiario de la ayuda** (nombre, domicilio social de la sede principal, principal sector de actividad según código NACE): declaración de que la empresa no está en crisis a tenor de las directrices de salvamento y

¹⁴ Como en anteriores, respecto a las ayudas a la inversión (las que aquí nos interesan, dado el carácter específico de las ayudas de funcionamiento), las actuales directrices distinguen entre regímenes de ayuda a la inversión y ayudas individuales a la inversión notificables. El enfoque metodológico del presente trabajo pretende centrarse exclusivamente en las primeras, dado que son (por el tamaño y características de los potenciales beneficiarios) las pymes a las que se dirigen las distintas órdenes de subvenciones convocadas a nivel nacional, regional y local. A título de ejemplo, un gran proyecto de inversión es aquel cuyos gastos subvencionable superan los 50 millones de euros.

¹⁵ Según el punto 66 de las directrices, «una hipótesis de contraste es creíble si es legítima y guarda relación con los factores que han impulsado al beneficiario de la ayuda a adoptar su decisión de inversión».

reestructuración; declaración en la que se detallen las ayudas (tanto de minimis como estatales) ya recibidas por otras inversiones en los tres últimos años en la misma región en la que se realizará la nueva inversión; declaración en la que se especifique la ayuda regional recibida o por recibir por el mismo proyecto por parte de otras autoridades otorgantes; declaración en la que se especifique si el beneficiario ha cerrado la misma actividad o una actividad similar en elEEE (Espacio Económico Europeo) en los dos años previos a la fecha de la presente solicitud; declaración en la que se especifique si, en el momento de la solicitud de ayuda, el beneficiario tiene la intención de cesar en dicha actividad dentro de un periodo de dos años después de terminada la inversión que se va a subvencionar; para las ayudas concedidas en virtud de un régimen: declaración y compromiso de no reubicación.

2. **Información sobre la inversión que se va a apoyar:** breve descripción de la inversión; breve descripción de los efectos positivos esperados para la zona en cuestión (por ejemplo, número de puestos de trabajo creados o preservados, actividades de I+D+i, actividades de formación, creación de un agrupamiento y posible contribución del proyecto a la transición ecológica y digital de la economía regional); base jurídica aplicable (nacional, UE o ambas); inicio previsto de los trabajos y finalización de la inversión; emplazamiento(s) de la inversión.
3. **Información sobre la financiación de la inversión:** costes de inversión y otros costes conexos, análisis de coste/beneficio de la medida de ayuda notificada; total de costes subvencionables; importe de la ayuda necesaria para realizar la inversión; intensidad de ayuda.
4. **Información sobre la necesidad de la ayuda y su efecto esperado:** breve explicación de la necesidad de la ayuda y de su efecto en la decisión de invertir o en la decisión en cuanto al emplazamiento. Debe incluirse una explicación de la inversión o del emplazamiento alternativos en caso de que no se conceda la ayuda; declaración de que no existe un acuerdo irrevocable entre el beneficiario de la ayuda y los contratistas para llevar a cabo la inversión.

Respecto a la segunda de las fechas a tomar en consideración, la del inicio de la inversión, las directrices correspondientes al periodo 2021-2027 establecen (apartado 2.2, punto 29) como inicio de los trabajos

bien el inicio de los trabajos de construcción relacionados con la inversión, bien el primer compromiso jurídicamente vinculante para el pedido de equipos u otro compromiso que haga la inversión irreversible, si esta fecha es anterior. La compra de terrenos y los trabajos preparatorios, como la obtención de permisos y la realización de estudios previos de viabilidad, no se consideran el inicio de los trabajos. En el caso de los traspasos, el inicio de los trabajos es la fecha en que se adquirieron los activos vinculados directamente al establecimiento adquirido.

Como puede comprobarse, y respecto a definiciones anteriores, aun manteniéndose la esencia del «compromiso» como elemento fundamental a considerar en el cumplimiento, o no, del normativo efecto incentivador, desaparece la calificación de «en firme» del citado compromiso (véase, verbigracia, las directrices de ayuda 2014-2020), sustituyéndose ahora por un indeterminado «jurídicamente vinculante».

Aparte de lo anterior, en el marco de la revisión de las directrices de las ayuda estatales de finalidad regional, y como novedad, en su apartado de definiciones (2.2) se reserva el punto 6 para el concepto de finalización de la inversión, considerándose esta como «el momento en que las autoridades nacionales consideran que la inversión se ha completado o tres años después del inicio de los trabajos, si esta última fecha fuere anterior».

Si bien esta nueva definición nada aporta a la del efecto incentivador (esta conceptualización vendría a ser el *dies ad quem*), sí introduce ahora un nuevo elemento de futura indeterminación en los próximos programas de ayuda, ya que, a partir de 2021, se residencian tres momentos procedimentales (tres fechas) a comprobar: el de la solicitud, el del inicio de la inversión y el de la finalización de esta, variables estas que, a los efectos de cumplimientos administrativos, plantearán seguros problemas de cara a su comprobación por parte de los organismos competentes.

Para concluir esta apresurada lectura del nuevo marco de ayuda estatal de finalidad regional a partir de 2021, permítasenos destacar algo que nos llama poderosamente la atención y que es la ausencia a la fecha actual (finales de 2022), a nivel reglamentario y bajo el marco normativo europeo, de un nuevo texto legal que, en la práctica, venga ya a sustituir al Reglamento (UE) núm. 651/2014, que, aunque revisado en 2021¹⁶, es una normativa nacida a la luz del periodo de programación anterior y que, en la nueva situación, y con la mayoría de las disposiciones normativas comunitarias ya aprobadas para el periodo 2021-2027¹⁷, bien pudiera considerarse como obsoleto o, al menos, agotado en su regulación y determinación del efecto incentivador.

Así, a partir de las nuevas directrices de ayuda estatal y bajo la ausencia de un nuevo marco reglamentario sobre estas que venga a despejar las nuevas dudas interpretativas,

¹⁶ Es de destacar que el Reglamento (UE) núm. 2021/1237 de la Comisión de 23 de julio de 2021 no recoge en su texto referencia alguna al efecto incentivador.

¹⁷ Aparte de las directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional (2021/C 153/01), han sido ya aprobados, y como más relevantes bajo nuestra perspectiva de estudio, el Reglamento (UE) núm. 2021/1058 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2021 relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y al Fondo de Cohesión (L 231, de 30 de junio), y el Reglamento (UE) núm. 2021/1060 Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2021 por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados (L 231, de 30 de junio).

bien se puede afirmar que, aunque parece cambiarse el paradigma¹⁸ del efecto incentivador insistiéndose ahora en su componente más comportamental –lo que, *de facto*, introduce un elemento subjetivo en su determinación, con lo que ello implica de voluntarismo en el análisis a realizar–, las variables objetivas de su determinación práctica y operativa (el marco administrativo de su interpretación doctrinal) siguen pivotando en el doble momento temporal de la fecha de solicitud de la ayuda, según modelo normalizado, y de la fecha de inicio de la inversión a realizar, y a subvencionar, bajo la conceptualización del primer compromiso jurídicamente vinculante. Esta configuración del «nuevo» efecto incentivador entronca directamente con el ya establecido en el periodo 2014-2020, por lo que es de prever que vuelvan a repetirse las controversias jurídicas y doctrinales sobre su interpretación de años anteriores. A estas, pues, y necesariamente, hemos de referirnos.

4. La controversia jurídica: de la indeterminación a la inflación interpretativa

Como ha quedado indicado, el efecto incentivador en las últimas disposiciones normativas anteriores a su revisión del pasado 2021 y bajo las ya citadas disposiciones normativas de ayudas de Estado 2014-2020 y los distintos reglamentos que regulaban los fondos estructurales¹⁹, base de la programación tanto del Marco Comunitario de Apoyo como de los programas operativos en él incluidos a nivel nacional²⁰, pivotaba sobre un principio axial claramente definido: la inversión no debía estar iniciada –es decir, ser irreversible– antes de la fecha de solicitud de la ayuda. Establecido esto, desde un primer momento en la operativa de la práctica administrativa (y empresarial) se originó una gran controversia doctrinal en torno a la concreta definición y delimitación del concepto de inicio de los trabajos, en general, y del concepto de irreversibilidad, en particular. Es decir, nos instalábamos en la inseguridad jurídica, ya que «por lo que se refiere a la claridad normativa, el principio de

¹⁸ Por paradigma, y siguiendo a Kuhn (1975), hemos de entender «aquella investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce, durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior [...]. Término que se relaciona estrechamente con ciencia normal» (pp. 33-34).

¹⁹ Por lo que se refiere a nuestro objeto de estudio (las ayudas a la inversión empresarial de las pymes), señalemos, a título de ejemplo, el Reglamento (UE) núm. 1301/2013 y el Reglamento (UE) núm. 1303/2013.

²⁰ «Los Marcos Comunitarios de Apoyo (MCA) son documentos de programación que aprueba la Comisión Europea, una vez analizados los planes de desarrollo que presentan los Estados miembros para cada objetivo prioritario. En dichos documentos se describen la estrategia de desarrollo y las prioridades de actuación a cofinanciar con los recursos comunitarios, sus objetivos específicos, la participación de los Fondos Estructurales y los demás recursos financieros a aplicar» (<https://www.fondoseuropeos.hacienda.gob.es>). Los programas operativos son «planes detallados en los que los Estados miembros establecen cómo se gastará el dinero procedente de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeas durante el periodo de programación. Pueden elaborarse para una región específica o para un objetivo temático de alcance nacional» (https://ec.europa.eu/regional_policy/es).

seguridad jurídica reclama que la norma jurídica esté redactada claramente y claramente publicada, de manera que sea cierta» (Rodríguez-Arana Muñoz, 2007, p. 258).

No dándose lo anterior, la disputa interpretativa derivó, como no podía ser menos, en una polémica jurídica y doctrinal, sustentada en la indeterminación concreta, tanto del inicio de los trabajos como del mismo compromiso en firme o irreversible. Así, dada la evidente indefinición de ambos conceptos, las numerosas discrepancias entre, por un lado, la Administración y, por otro, los administrados (las empresas), sobre lo que, en la práctica administrativa ordinaria, ha de entenderse como tal inicio y como tal compromiso en firme e irreversible (y, por tanto, y al fin y al cabo, sobre el cumplimiento, o no, del efecto incentivador), tuvieron que ser resueltas en sede jurídica por los distintos tribunales de justicia que, a la postre, intervinieron de manera protagónica en la resolución de los distintos recursos presentados por las beneficiarias de las ayudas públicas, intentando poner claridad en un tema que se oscurecía progresivamente, fruto de la indeterminación del legislador en los distintos niveles competenciales.

A este respecto, y siguiendo a Sánchez Álvarez (2013, p. 303):

El Derecho se ha decantado por una visión primordialmente legislativa. Su correlato pasa a ser la inflación normativa quien, a su vez, gesta la crisis de la ley que cuenta con uno de sus rasgos señeros en la escasa calidad técnica de esas normas. La certidumbre en el momento aplicativo del Derecho, sobre ese *prius*, se vuelve un imposible al quedar envuelta en una multiplicidad de titubeantes elucubraciones habilitadas resueltamente por el *per se* patológico Ordenamiento jurídico. La proliferación legislativa demuestra tanto la decadencia del Derecho cuanto de la ley como garantía. A mayor número de leyes, más desvalorización del valor-ley que, simultáneamente, nutre una voraz demanda de más legislación que, a su vez, vuelve a provocar igual efecto desvalorizante.

Tal inflación normativa condujo, necesariamente, a una correlativa controversia interpretativa²¹, la cual se residenció en la vía contenciosa a través de la actuación de los distintos tribunales superiores de justicia. De esta manera, se puede afirmar que solo resulta posible aprehender el dirimente conceptual del indeterminado efecto incentivador de la ayuda pública a través de un conocimiento de las sentencias de dichos tribunales. No solo esto. Dicha intervención del poder judicial como interpretador cualificado de la disputa jurídica originada por la indeterminación legal del efecto incentivador, y lo que es más importante, su aplicación práctica al caso concreto de la pyme que intenta ver subvencionada su inversión empresarial, desembocó, a su vez, en una inflación interpretativa, no siempre homogénea ni unificadora.

Y es que un pormenorizado análisis de las numerosas sentencias respecto a la determinación del (indeterminado) efecto incentivador nos permite conocer pronunciamientos

²¹ «Lo cierto es que todo precepto, incluya o no conceptos indeterminados, debe ser interpretado, lo que hace necesaria su concreción para efectos de su aplicación, tarea que no resulta fácil» (Martínez Estay, 2019, p. 165).

sobre albaranes, partes de trabajo, pedidos, adjudicación de terrenos, notas de entrega, facturas a cuenta, contratos, certificaciones de obra, referencias a entregas realizadas, pagarés, contratos de alquiler, etc. Y sobre sus fechas y sobre su irreversibilidad, o no. Y, de acuerdo a este numeroso caudal interpretativo, que entra tanto en la forma como en el fondo del problema, no siempre es posible determinar de manera inequívoca qué ha de entenderse por cumplimiento, o no, del efecto incentivador de la inversión (o de la ayuda), y lo que es más importante, su aprehensión práctica. De acuerdo a Remón Peñalver (2006, p. 65):

Sin entrar en el debate de la mayor o menor influencia del sistema judicial para el desarrollo económico y la competitividad, es evidente que la seguridad jurídica es un valor económico. Las resoluciones judiciales contradictorias profundizan el déficit de legitimidad que la Justicia sufre en la opinión pública y que está en buena medida provocada por factores totalmente ajenos al sistema judicial, como son los factores estructurales (la creciente opacidad del ordenamiento jurídico, debido a la inflación legislativa y a la escasa calidad de la legislación).

Pues bien, dado que, en el periodo de programación 2021-2027, el efecto incentivador, como ya ha quedado expuesto, seguirá siendo relevante en cualquier programa de ayudas públicas, y lo que es más importante, su determinación se fundamentará sobre prácticamente los mismos pilares (fecha de solicitud y fecha de inicio de la inversión irreversible) que en el pasado, resulta necesario destacar la actividad jurisprudencial desarrollada en años anteriores para, a partir de esta, intentar dilucidar la operativa subvencionadora empresarial y, de esta forma, evitar futuros errores conceptuales (y de comportamiento) a las empresas (sobre todo, las pymes) con el previsible ahorro de tiempo y de recursos que esto significará para los ya recargados tribunales de justicia²². A estos efectos, y aunque en otro artículo (Aranguren Baena, 2020) ya hemos situado el foco de nuestro análisis en la variada actividad jurisdiccional realizada respecto al efecto incentivador en su intento de dictar derecho en esta controversia interpretativa, y que para evitar innecesarias repeticiones a él nos debemos remitir como complemento necesario a lo aquí expuesto, a título meramente ilustrativo y como refuerzo de nuestro argumentario doctrinal, presentaremos ejemplos en los tres niveles competenciales jurisdiccionales (comunitario, estatal y regional) que pueden ofrecer una rápida aproximación a la complejidad del tema a dilucidar, dado lo que se expone²³.

²² De acuerdo a Sánchez Álvarez (2013), «analizado desde el enfoque de la técnica legislativa, el principio de seguridad jurídica impone rigurosidad, claridad, precisión que engendre que las leyes formuladas permitan estabilidad en las situaciones jurídicas y su modificabilidad únicamente de la forma predefinida en esas manifestaciones normativas. A la inversa, la inseguridad jurídica enlaza con la mala técnica legislativa que acarrea inestabilidad, al provenir de normas mal construidas, cambiantes; reflejo *in abstracto* de la contrastable pendularidad del sistema político, del titubeo administrativo, de su dudosa discrecionalidad y, judicialmente, de una tutela ineficaz» (p. 312).

²³ La selección aquí presentada pretende refrendar lo ya expuesto por Ara Pinilla (2004) respecto a los pronunciamientos judiciales, «auspiciando situaciones en las que el destinatario del derecho puede verse ciertamente sorprendido por una interpretación superior autorizada de signo diverso» (p. 116).

Y es que, de nuevo en palabras de Remón Peñalver (2006, p. 82):

Se ha dicho, de este modo, que la doctrina jurisprudencial cumple tres tipos de funciones: (a) una función de interpretación de las normas; (b) una función de interpretación integradora de las normas; y (c) una función de consagración de los principios jurídicos generales y de aplicación a través de procesos de concreción de las reglas exigidas por esos principios. El conjunto de estas funciones se condensa en la idea clave de suministrar pautas para la actividad judicial. Las resoluciones judiciales fijan el sentido y alcance de las normas y valoran los hechos para formar criterios de decisión con los que resolver un caso concreto. Y es una evidencia que cualquier decisión judicial, en cualquiera de los niveles del sistema, busca acertar y poder servir como modelo o prototipo para la solución de casos similares. Esa aspiración a constituirse en tipo-ideal o ejemplar es la característica de la Jurisprudencia en su función de interpretación de las normas. Pero el entendimiento de la independencia judicial, de la independencia de cada uno de los jueces integrantes del Poder Judicial, impide que puedan quedar sujetos a las decisiones jurisprudenciales cuya limitada fuerza vinculante queda lejos del automatismo que, desde la perspectiva de la previsibilidad del Derecho, sería quizá deseable.

Desde dichos supuestos, y empezando por el nivel comunitario de la Unión Europea, aunque circunscrita al lejano periodo 2007-2013, bien pudiera considerarse como referencial la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de marzo de 2019²⁴. Esta, en su punto 62, establece expresamente que, bajo el tenor del artículo 8 (apartado 2) del Reglamento núm. 800/2008²⁵, se ha de considerar que las ayudas concedidas a las pymes tienen un efecto incentivador si, antes de comenzar a trabajar en el proyecto o actividad, el beneficiario ha presentado una solicitud de ayuda al Estado miembro de que se trate. Asimismo, en sus puntos 64 a 76 se indica expresamente que la anterioridad de la solicitud de ayuda con respecto al comienzo de la ejecución del proyecto de inversión constituye un criterio simple, pertinente y adecuado que permite presumir el efecto incentivador de la ayuda proyectada, y que incumbe a las autoridades nacionales verificar, en particular, si se cumple el requisito de que la solicitud de ayuda ha sido presentada antes de comenzar a trabajar en el proyecto o actividad, examinando caso por caso la naturaleza precisa de los compromisos eventualmente asumidos antes de la presentación de la solicitud de ayuda por un potencial beneficiario. Como más interesante, se destaca que, desde este punto de vista, un contrato de compraventa de equipos celebrado con la condición de que se obtenga la ayuda que ha de solicitarse puede considerarse que no es un compromiso jurídicamente vinculante, a efectos de la aplicación del artículo 8, apartado 2, del Reglamento núm. 800/2008, es decir, del efecto incentivador.

²⁴ ECLI:EU:C:2019:172.

²⁵ Reglamento (CE) núm. 800/2008 de la Comisión de 6 de agosto de 2008 por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del tratado (Reglamento general de exención por categorías) (DOCE L 214).

De esta sentencia, y como aspecto más relevante, puede ya inferirse que, bajo la consideración del concepto de compromiso jurídicamente vinculante, no siempre que exista un documento (sea este un contrato, un acuerdo, un albarán o un pedido) con fecha anterior a la presentación de la solicitud de la ayuda se debe concluir de manera unívoca que se ha roto el efecto incentivador.

En relación con la anterior, y bajo el marco nacional, también aborda el tema del efecto incentivador, fijando criterios al respecto, el Tribunal Supremo mediante la sentencia núm. 1076/2020, de 21 de mayo²⁶. En esta, y bajo la determinación ya conocida de que, por inicio de las inversiones, se ha de entender, o bien el inicio de los trabajos de construcción en la inversión, o bien el primer compromiso en firme para el pedido de equipos u otro compromiso que haga la inversión irreversible, si esta fecha es anterior, se incide en que, para que se pueda considerar que se ha iniciado la actividad subvencionable con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud, es necesario que exista un compromiso en firme en el pedido de los equipos, por lo que la mera existencia de un pedido de fecha anterior a la solicitud no es indicio de que este sea un compromiso jurídicamente vinculante para ninguna de las partes (y, menos, si ni siquiera consta en el documento firma alguna).

En este sentido, y bajo el tercer nivel de análisis, el regional, tal y como recogen distintas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (verbigracia, las STSJ de Andalucía núm. 14245/2018, de 8 de noviembre²⁷, y núm. 13895/2019, de 30 de mayo)²⁸, las ayudas deben atenerse al llamado efecto incentivador que han de cumplir las ayudas de Estado de finalidad regional, bajo el fundamento de que el no inicio de los proyectos subvencionados antes de ser considerados incentivables pretende garantizar que las ayudas de Estado de finalidad regional produzcan verdaderos efectos de incentivación de inversiones que de otro modo no se realizarían en las regiones asistidas; ahora bien, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía establece que la mera solicitud de equipos no colma las exigencias legales de la irreversibilidad de la inversión, ya que el susodicho pedido debe incorporar también un primer compromiso en firme, es decir, un vínculo jurídico entre las partes generador de derechos y obligaciones recíprocas, sin que la firmeza quepa predicar en los estudios de viabilidad. Luego, sentencia el del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, no puede hablarse de compromiso en firme cuando del propio documento se desprenda que queda sujeto a ulterior confirmación, ni cuando el sistema de pedidos requiera una serie de actuaciones no ejecutadas antes de la fecha de comunicación del efecto incentivador. En resumen, el simple hecho de la existencia de un pedido no determina el inicio de actividades y, por tanto, el incumplimiento del efecto incentivador, pues para que se pueda hablar del inicio de la actividad subvencionable, debe existir un compromiso en firme que genere derechos y obligaciones para las partes. No todo documento colma esta exigencia, pues

²⁶ ECLI:ES:TS:2020:1076.

²⁷ ECLI:ES:TSJAND:2018:14245.

²⁸ ECLI:ES:TSJAND:2019:13895.

algunos necesitan de ulteriores actuaciones que vinculen a las partes de una forma más oficial que la mera existencia de un documento de pedido, por ejemplo.

Así, en apretado resumen, y dado el enfoque metodológico del presente trabajo, de las sentencias presentadas de los distintos tribunales se pone de manifiesto que no es prueba indiciaria del inicio de los trabajos (y, por tanto, no se pueden considerar compromiso en firme o irreversible) cuando del propio documento, sea el que sea, se desprenda que queda sujeto a posterior confirmación, siendo esta de fecha posterior a la de la solicitud de la ayuda; asimismo, y esto es lo relevante, no puede fundamentarse el cumplimiento, o no, del efecto incentivador en la interpretación de un solo documento, debiendo analizarse todos los elementos probatorios existentes que permitan llegar a la indubitada conclusión de que el proyecto ha sido iniciado antes de la presentación de la solicitud de ayuda, ya que, al fin y al cabo, lo que la normativa pretende es establecer que la inversión a subvencionar no esté ya realizada y que no se beneficie de ayudas que se convoquen con fecha posterior; y es que ha de considerarse que los trabajos se encuentran iniciados cuando se constate la existencia de facturas, recibos, albaranes de entrega, créditos, deudas o compromisos en firme entre la entidad solicitante del incentivo y una tercera persona, cuando aquellos consten debidamente documentados, se encuentren fechados con anterioridad a la fecha de solicitud, hayan sido pagados o cumplidos total o parcialmente, constituyan una deuda dineraria líquida, vencida y exigible o una obligación de dar o hacer susceptible de ser reclamada en la vía judicial.

5. A modo de conclusiones y recomendaciones

Como se ha intentado exponer en el presente artículo, en el pasado, y –tal y como resulta previsible de la nueva regulación comunitaria– también en el presente y en el futuro, la indefinición jurídico normativa de lo que se ha de entender de manera práctica por efecto incentivador ha sido y seguirá siendo causa de controversia doctrinal fruto, en la mayoría de los casos, de las distintas resoluciones (e interpretaciones) en vía contencioso-administrativa de los expedientes de subvención en fase procedimental de pérdida de derecho al cobro o reintegro.

Así, ante la indeterminación jurídica objetiva de lo que, en la práctica subvencionadora, debiera entenderse por cumplimiento del efecto incentivador de la ayuda pública (y, por ende, de la inversión a incentivar), ha tenido que ser la vía judicial, a través de una extensa labor interpretativa, la que haya intentado aportar cierta luz al fárrago jurídico normativo en torno a la conceptualización de dicho requerimiento normativo. De esta forma, solo a través de una ardua y minuciosa labor de delimitación conceptual y mediante un exhaustivo análisis tanto de los conceptos de inicio y de compromiso en firme (o irreversible) de la inversión a realizar y a subvencionar, ha sido posible ir determinando paulatinamente lo inicialmente indeterminado.

El problema, y esta sería nuestra primera conclusión, es que, a través de esta vasta y, a la vez, detallada labor judicial, se ha pasado de una inicial indeterminación a un exceso

determinativo, vía inflación interpretativa²⁹. Y es que al ponerse el detalle en (casi) todos y cada uno de los documentos que engloban la práctica mercantil (contratos, facturas de anticipo, albaranes, pedidos, partes de trabajo, notas de entrega, certificaciones de obra, pagarés, contratos de alquiler, subastas, etc.), los distintos pronunciamientos judiciales conducen, en muchos casos, a interpretaciones doctrinales varias y no siempre uniformes sobre el mismo hecho a determinar, de manera tal que a las empresas (las pymes), en su día a día y frente al caso específico a dilucidar, no siempre les resulta posible ir delimitando de manera concreta y específica la forma (y el fondo) del denominado efecto incentivador de la ayuda y de la inversión, y lo que es más importante, su operativa práctica uniforme, lo que, en muchos casos, les impide acceder a las ayudas públicas.

Como segunda conclusión, y consecuencia directa de la anterior, bien puede afirmarse que esta inflación interpretativa, no siempre unificadora, ha conducido a un rigorismo formal de la Administración (de las distintas Administraciones) en su modo de validar el cumplimiento del citado efecto incentivador por parte del administrado (la pyme inversora), ante el temor de los distintos organismos subvencionadores a sufrir posibles y futuros reparos financieros vía revisión de los expedientes de subvenciones por parte de las distintas intervenciones generales (nacionales y autonómicas) y de los distintos tribunales (o cámaras) de Cuentas, incluido el Tribunal de Cuentas de la Unión Europea, con el previsible menoscabo de fondos públicos (y la mala prensa) que esto podría implicar.

Y es que ante tal inseguridad jurídica³⁰, y tal y como establece la STS núm. 2271/2020, de 9 de julio³¹, no puede sorprendernos que el «extremado rigor interpretativo» se haya acentuado en exceso en los últimos tiempos por parte de las Administraciones subvencionadoras, creándose expectativas en los aspirantes a ser beneficiarios de las ayudas para, luego, no concedérselas, o acordar el reintegro parcial o total de las inicialmente otorgadas –más los preceptivos intereses de demora– o declarar la pérdida del derecho al cobro del abono de la misma, aplicando un «exagerado rigor formal».

Se dice que la Administración incurre en un excesivo rigor formal a la hora de interpretar la norma que regula el efecto incentivador cuando esta desconoce que si un aspirante a ser beneficiario de una ayuda o subvención públicas encamina su proyecto al desarrollo de una actividad empresarial, lógico parece que, antes de solicitarla, se procure o tenga en mente los medios adecuados para su futura puesta en funcionamiento. Bajo ese rigorismo de la Adminis-

²⁹ «Se ha consagrado una concepción legislativa del Derecho, que provoca una inflación de reglas y, al mismo tiempo, da carta de naturaleza a la crisis de la ley» (Remón Peñalver, 2006, p. 67).

³⁰ «La seguridad jurídica, en su doble faz comprensiva de la certidumbre sobre la pauta de comportamiento socialmente admitido y previsibilidad de las consecuencias en caso de anormalidad o conducta fuera de la norma, sufre atropellada por ese mastodonte normativo [...]. La inseguridad jurídica enlaza con la mala técnica legislativa que acarrea inestabilidad, al provenir de normas mal construidas, cambiantes; reflejo *in abstracto* de la contrastable pendularidad del sistema político, del titubeo administrativo, de su dudosa discrecionalidad y, judicialmente, de una tutela ineficaz» (Sánchez Álvarez, 2013, pp. 310-312).

³¹ ECLI:ES:TS:2020:2271.

tración, bien pudiera también entenderse como tal inicio de la actividad (y, por tanto, motivo de incumplimiento del efecto incentivador) las previas conversaciones para la contratación de un servicio o para el arriendo de un local en el que instalar la empresa, por el mero hecho de que se haya pactado un precio y un abono aplazado del mismo, o las conversaciones para adquirir un servicio telefónico o de luz necesarios para la puesta en marcha del edificio, por ejemplo, en el que se va a desarrollar la actividad. Por ello, un mero documento (un pedido, por ejemplo) sin firma y sin ningún otro documento complementario y adicional que demuestre que se ha iniciado la actividad ha de entenderse no como tal inicio irreversible, sino como simple acto preparatorio para la ejecución de la inversión que puede ser objeto de la posible ayuda pública.

Este rigorismo exacerbado, muchas veces fruto del comentado exceso interpretativo, y aquí entramos ya en el apartado de recomendaciones cara al futuro, bien pudiera corregirse con una mejora de la técnica legislativa que conduzca a una simplificación normativa de las distintas órdenes de convocatorias de ayudas públicas, en las que, apostando por una concreción terminológica y conceptual, se evitaría la pluralidad de interpretaciones gnoseológicas.

Siguiendo *in extenso* a Rodríguez-Arana Muñoz (2007, pp. 254-264):

La seguridad y la certeza jurídica nos conducen a la postulación de unas necesarias condiciones de inteligibilidad, de conocimiento y entendimiento de las normas que, a su vez, nos plantean que las normas han de ser claras en la semántica y en el estilo de redacción, además de transparentes. El lenguaje normativo no puede ser contrario al lenguaje común. El lenguaje común juridificado mucho tiene que ver con el entendimiento general de las normas, algo que la técnica normativa no puede olvidar porque si las normas no las entienden ni siquiera a quien van dirigidas entonces bien se puede decir que no tienen sentido alguno [...]. El estilo de la norma, pues, ha de ser objetivo, claro y conciso [...]. En las ciencias sociales el estilo de los textos ayuda sobremanera a la mejor comprensión de su contenido. Por eso, la técnica normativa proclama la necesidad de que el estilo de las normas sea el más apropiado para su mejor entendimiento, sobre todo por sus destinatarios naturales. Con ello no quiere decirse, ni mucho menos, que el lenguaje de las normas, su estilo propio, deba ser tan exacto y riguroso que apenas sea comprensible ni siquiera para los expertos.

A partir de esta mejora legislativa, y tomando como necesaria referencia el ya amplio corpus doctrinal –vía sentencias judiciales–, tanto de la determinación del efecto incentivador como, y sobre todo, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que declara el carácter antiformalista y *pro actione* del derecho administrativo³² que debe impregnar necesariamente los distintos textos legales, lo que permite atemperar las rigurosas consecuen-

³² A estos efectos, destacar la STS 3603/2019, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3603), que confirma la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación con los principios antiformalista y *pro actione* que ya había declarado en anteriores sentencias (núm. 1862/2018, de 20 de diciembre, y núm. 1342/2018, de 19 de julio, verbigracia).

cias de un excesivo rigorismo formal, sería deseable y exigible que el legislador aquilatara tal concepto de efecto incentivador³³. Esto redundaría, en último término, en la tan necesaria simplificación de los trámites administrativos de las ayudas públicas, máxime en una coyuntura como la que se inició a partir de 2020 con la pandemia de la covid-19 (a lo que hay que añadir el actual agravante de la crisis ucraniana), donde el recurso a la ayuda pública por parte de la pyme inversora se constituye, en muchos casos, como única tabla de supervivencia.

Referencias bibliográficas

- Ara Pinilla, I. (2004). Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 21, 107-124.
- Aranguren Baena, F. A. (2020). El efecto incentivador de la inversión en las subvenciones a las pymes y su controversial interpretación. El caso de Andalucía. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 228, 81-114.
- Kuhn, T. S. (1975). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica.
- Martínez Estay, J. I. (2019). Los conceptos jurídicos indeterminados en el len-
guaje constitucional. *Revista de Derecho Político*, 1(105), 161-196.
- Remón Peñalver, J. (2006). La lucha por la seguridad jurídica. *Revista de Actualidad Jurídica*, 15, 65-85.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2007). Principio de seguridad jurídica y técnica normativa. *Revista de Derecho Administrativo*, 3, 251-268.
- Sánchez Álvarez, E. (2013). Efectos causados por un legislador compulsivo en el principio constitucional de seguridad jurídica. El ejemplo de las amplificadas tasas judiciales. *Estudios de Deusto*, 61(2), 297-326.

³³ «La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados remite al receptor del enunciado jurídico para que determine su contenido de significado. El legislador realiza voluntariamente esta remisión cuyo objetivo es dotar a los sistemas jurídicos de la suficiente elasticidad para acomodar las reglas jurídicas a las cambiantes circunstancias que definen el contexto de su aplicación. Pero esta remisión a la intervención judicial no puede derivar en una respuesta absolutamente discrecional que prescindiera de los elementos reglados de la decisión jurídica» (Ara Pinilla, 2004, p. 124).

Francisco A. Aranguren Baena. Economista. Verificador de fondos europeos (Junta de Andalucía) desde 2013. Profesor del Departamento de Estadística, Econometría, Investigación Operativa, Organización de Empresas y Economía Aplicada (área de Organización de Empresas) en la Universidad de Córdoba desde 2010. Se licenció en Ciencias Económicas y Empresariales por ETEA (Compañía de Jesús)-Universidad de Córdoba en el año 1990. Posteriormente, cursó el doctorado por la Universidad de Córdoba (Diploma de Estudios Avanzados en 2005). Diplomado en Dirección Estratégica de Empresas por la Universidad Politécnica de Madrid (1991). MBA por la Escuela Internacional de Negocios de Madrid (1995-1996). Programa Superior de Alta Dirección de Empresas por la Escuela de Negocios de Córdoba - Instituto de Práctica Empresarial de Málaga (2002-2003). Miembro del Iltre. Colegio de Economistas de Córdoba, de Economistas Contables y del Registro de Economistas Forenses (REFOR). <https://orcid.org/0000-0002-7507-6232>

Derecho a la intimidad y propia imagen de una menor y autorización de su madre para publicar su imagen

Comentario a la STS de 14 de febrero de 2023

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

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

La difusión de imágenes de menores de edad captadas en el ámbito personal y familiar está protegida por el derecho a la intimidad y a la propia imagen, para que no se produzca una invasión en su ámbito, que se encuentra especialmente protegido por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y se refuerza en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

La presente sentencia seleccionada para comentar tiene aspectos interesantes que merecen atención, por estar relacionados con la guarda y custodia del progenitor que la ejerce, y la acción que interpone el otro progenitor, que desconoce lo efectuado por el otro progenitor, que interpone una demanda por vulneración de esos derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen contra el medio informativo que difunde las imágenes.

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de mayo de 2023).

Tiene además importancia en la medida en que en la práctica forense hay una existencia no infrecuente de este tipo de procedimientos.

El procedimiento del que conoce el juzgado de primera instancia lo insta el padre, progenitor no custodio, que interpone una demanda contra el medio informativo, una demanda por vulneración del derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen de la menor, por difundir las imágenes de su hija sin pixelar durante dos entrevistas realizadas a la madre, solicitando una indemnización por daños morales.

La sentencia de primera instancia estima la demanda y condena al medio informativo a abonar una indemnización y a eliminar de la página web la imagen de la menor, por vulnerar su derecho a la imagen y la intimidad.

Contra la sentencia, el medio condenado interpone recurso de apelación, y la audiencia provincial estima que no existe vulneración del derecho a la intimidad y que en relación con la imagen de la menor no ha existido intromisión ilegítima, porque la prestación de consentimiento para la publicación de la propia imagen en internet conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión, por sus características, sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicadas en internet.

La sentencia de la audiencia es recurrida en casación por el padre de la menor demandante, porque considera que se han infringido los artículos 2, 3 y 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo: vulneración del derecho a la imagen de la menor (art. 18 CE), e indebida aplicación del artículo 20 de la Constitución.

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.

Con carácter previo resulta conveniente analizar los artículos del Código Civil y de las normas de aplicación al presente caso.

En primer lugar, un aspecto relevante es el hecho de que la madre de la menor, que está en el ejercicio de la guarda y custodia, sea la que autoriza la divulgación de las imágenes de la menor, y en segundo lugar, la demanda del padre la presenta sin dirigirse previamente a la entidad demandada para interesar la vulneración de los derechos de la menor y solicitar la indemnización por daños morales.

El artículo 156 de la Código Civil dispone que

la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que

realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

[...]

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al juez, quien, después de oír a ambos, y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

Este precepto tiene relevancia en este procedimiento por referirse al ejercicio de la patria potestad, en donde se exponen las formas de actuación en casos de desacuerdo y aquellos supuestos en los que los padres están separados, lo que sucede en el presente supuesto. La madre en una entrevista habla de su hija y cede imágenes de esta. El padre puede oponerse a ello, pero debe cumplir los requisitos que establece la Ley Orgánica 1/1982, que luego mencionaremos.

Por otro lado, el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales», precepto que ha de conectarse con el mencionado precepto del Código Civil y con la normativa constitucional y de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen.

Así el artículo 20.4 de la CE establece que las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I, en las leyes que lo de-

sarrollan «y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

El artículo 3 de la ley orgánica mencionada dispone lo siguiente:

1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.
2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.

En relación con el derecho a la propia imagen y la relevancia pública sobrevenida de personas que no ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, declara que

tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

El artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a que hace referencia el inciso final del precepto transcrito, establece:

En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

- a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

Los preceptos de la ley orgánica citada establecen los supuestos y los mecanismos de oposición por el representante legal, en este caso el padre que presenta la demanda y que no cumplió.

Comenzando por el derecho a la intimidad de la menor, en primer lugar, delimitando el derecho, es conveniente mencionar la doctrina existente, y así en la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2019, de 29 de febrero (NCJ063890), se determina el núcleo tuitivo del derecho fundamental a la intimidad:

[...] se funda en la necesidad de garantizar «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana [...] que atribuye a su titular «el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida» (entre otras, SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre [NSJ025109], FJ 11, y 60/2010, de 7 de octubre [NCJ052846], FJ 8), y, en consecuencia, «el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido» (entre otras, SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2 (NSJ015917); 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5 (NCJ042211), y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2 [NCJ048946]).

Por otra parte, en las sentencias 551/2020, de 22 de octubre (NCJ065520) y, más recientemente, 14/2022, de 13 de enero; 318/2022, de 20 de abril, y 495/2022, de 22 de junio, se dice:

La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 de la Constitución es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad.

En la reciente sentencia 8/2023, de 11 de enero, insistiendo en tales ideas, se proclama que:

El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo la existencia de un ámbito propio y reservado, vinculado con el respeto de su dignidad como persona y necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal, sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (por todas, SSTC 66/2022, de 2 de junio (NCJ066153); 64/2019, de 9 de mayo (NCJ064064); 25/2019, de 25 de febrero (NCJ063890), y 127/2003, de 30 de julio (NCJ041630); y SSTS 551/2020, de 22 de octubre (NCJ065520); 231/2020, de 2 de junio, y 91/2017, de 15 de febrero [NCJ062087]).

No obstante, la intimidad no es un derecho de prevalencia incondicionada, puesto que, como cualquier otro del mismo rango constitucional, su núcleo tuitivo se encontrará deli-

mitado por el de los otros derechos y bienes constitucionales con los que colisione (SSTC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6 (NCJ051432); 14/2003, de 28 de enero, FJ 5 (NCJ041762) y STS 411/2014, de 23 de julio [NCJ058846]).

En el supuesto de la sentencia que se comenta, la información y elementos de la vida de la menor que se difunden no atentan contra su intimidad, sino que son momentos ordinarios de la vida de la menor y su madre, que no permiten inferir una vulneración del derecho a la intimidad.

En relación con el derecho a la propia imagen de la menor, su análisis debe iniciarse con la doctrina del Tribunal Constitucional, haciendo mención en dos sentencias. En primer lugar, la sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero (NCJ041762), declaró, que

el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual.

También la sentencia del Tribunal Constitucional 72/2007, de 16 de abril (NCJ042202), declara que este derecho «se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado». Sin embargo, el derecho a la propia imagen no comprende «el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o difundan». Como cualquier otro derecho, «no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales». Para determinar estos límites debe tomarse en consideración su dimensión teleológica, y por ello, «la captación y difusión de la imagen del sujeto solo será admisible cuando la propia –y previa– conducta de aquel o las circunstancias en que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquel». Por lo tanto, el derecho a la propia imagen «se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero». No obstante, «existen circuns-

tancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen».

En este punto debemos mencionar un dato relevante, y es que no es discutido el carácter de personajes públicos de los progenitores de la menor, derivado no solo de su actividad profesional, sino por haber propiciado ellos mismos ese interés, al aparecer con frecuencia en los medios de prensa de crónica social, al divulgar públicamente su matrimonio, el nacimiento de su hija y también el hecho de su separación, habiéndose publicado fotografías con su consentimiento. Ambos progenitores de la menor en cuestión han intervenido en programas tipo Gran Hermano, que gozan de gran difusión y conocimiento entre el «gran público», así como que la madre facilitó las fotos, que se publica un vídeo grabado por la propia madre, que la madre mantiene las fotos en su red social y que el segundo reportaje replica el enlace de la red social de la madre. Por otra parte, las imágenes son grabaciones de momentos de la vida cotidiana; se extendieron y generalizaron notablemente como uso social. En este contexto, en el que el objeto principal de la publicación era la vida de la madre con sus hijas durante la época del confinamiento, puede entenderse que el uso social y las circunstancias amparaban la validez del consentimiento prestado por la madre (art. 156.I CC) y que, ante la falta de oposición, dirigida por el padre al medio, este pudiera presumir de buena fe de que la actuación de la madre no se hacía contra la voluntad del padre (art. 156.III CC).

Es cierto que ese consentimiento no puede ir contra el derecho del menor, sin embargo, no revela ningún dato reservado o íntimo, o algo que suponga divulgar aspectos de su vida que por su contenido pueda serle perjudicial. En el presente caso se difunden imágenes de la vida cotidiana de la madre con la hija también del demandante, sin que pueda entenderse que por las circunstancias en que se realizaron y por su propio contenido excedan de lo que puede ser normal para muchas familias con hijos. Son imágenes realizadas durante el confinamiento por la covid-19, que no son en sí dañosas, al plasmar situaciones cotidianas normales absolutamente inocuas, por lo que la madre, al prestar el consentimiento a la divulgación de su hija a través de internet, consiente en su difusión por la red como algo natural, dado el carácter accesible de los datos e imágenes que se difunden por internet. En el supuesto de la sentencia que se comenta, por no ser contrarias al interés de la menor no suponen la vulneración de sus derechos a la imagen ni a la intimidad, y más teniendo en consideración que es posible su identificación por la fecha en que se realizaron.

En definitiva, cuando se trata de la difusión de la imagen de menores en medios de comunicación, el consentimiento del menor maduro o de sus representantes no es suficiente para legitimar la intromisión si se aprecia el riesgo del daño al interés del menor, pues prevalece su interés sobre el consentimiento del menor, en su caso, o de sus padres. El hecho de que las imágenes reflejen un acto propio de la vida privada no comporta ninguna

lesión ilegítima de la intimidad del niño, al reflejar amablemente un acto familiar, de manera absolutamente inocua, por lo que la publicación ningún perjuicio le causaba a su interés.

Por tanto, la sentencia que se comenta no es sino la expresión de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala Civil del Tribunal Supremo, que siguiendo la doctrina expuesta desestima el recurso interpuesto por el padre y considera que no existió la vulneración de los derechos de la hija menor.

Legitimación activa de los copropietarios para promover el precario

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

El 27 de abril de 2004, Magdalena y José Augusto, con residencia en Veracruz (Méjico) y casados sin descendencia, adquirieron en régimen de copropiedad al 50 % una vivienda sita en la calle 000, número 000 de Madrid. Esmeralda, nieta de Magdalena, disfrutaba del uso de la vivienda, y figura empadronada en ella desde el 6 de julio de 2009.

El José Augusto falleció en Veracruz el 26 de mayo de 2018 bajo testamento notarial por el que legó ciertos inmuebles sitos en calle 000 a favor de su esposa, otros inmuebles también sitos en calle 000 a 9 sobrinos suyos, a lo cuales, además, instituyó herederos por partes iguales.

El 3 de junio de 2019, Magdalena formalizó un contrato denominado de «comodato» con su nieta Esmeralda, protocolizado notarialmente el mismo día ante notario en Veracruz (México), por el que la primera, en su condición de copropietaria, concede a la segunda, que lo acepta, «en préstamo de uso gratuito» el inmueble sito en la calle 000, número 000 de Madrid.

El 14 de junio de 2019, Esmeralda contrajo matrimonio con Víctor Manuel. Ambos ocupan de manera continuada la mencionada vivienda.

El 19 de junio de 2019, mediante escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de José Augusto, cada uno de sus nueve sobrinos se adjudica el 5,5556 % del pleno dominio de la mencionada vivienda de la calle 000 de Madrid. Magdalena, por tanto, es titular del 50 % de la vivienda y el otro 50 % está distribuido a partes iguales entre los nueve sobrinos del causante. El 5 de febrero de 2020, Alfredo y Alexander, dos de los sobrinos de Avelino, interponen demanda de desahucio por precario contra Esmeralda y su esposo Víctor Manuel.

El 17 de julio de 2020, Magdalena otorga acta notarial de manifestaciones ante notario de Ciudad de México, en la que hace constar que concedió a su nieta el préstamo de uso gratuito del expresado inmueble, y añade:

El cual consta estipulado por plazo inicial indefinido, pero que, en este acto, entiende procedente su acotamiento hasta que se tramite el procedimiento judicial de división de cosa común que, al parecer, el resto de copropietarios han presentado ya, o mientras se alcanza a un acuerdo en cuanto a la extinción del condominio del inmueble, y en todo caso, por plazo máximo hasta el 31 de diciembre de 2021, con el fin de que su nieta y esposo puedan terminar los masters que están cursando en Madrid.

En el mismo documento expresa su más absoluto rechazo y oposición a la acción judicial de desahucio entablada, y manifiesta no estar de acuerdo

con que se haya procedido a demandar judicialmente el desalojo de la vivienda que está cedida en comodato, mostrando mi especial interés y voluntad, de que mi nieta y su esposo sigan disfrutando del uso de la vivienda mientras que se tramita la demanda de acción de división de cosa común que, al parecer, han formulado los mismos demandantes, o se llega a un acuerdo en cuanto a la extinción del condominio del inmueble, y en todo caso por plazo máximo hasta el 31 de diciembre de 2021, lo que determina que los citados demandantes no estén actuando en dicho procedimiento judicial, en beneficio o interés de la comunidad de bienes, al haberlo hecho en contra de mi voluntad como copropietaria mayoritaria que soy, no contando, consecuentemente, con el acuerdo de mayoría exigido por el art. 398 del Código Civil de España para llevar a cabo un acto de administración como es el ejercicio de la acción de desahucio.

En su contestación a la demanda, fechada a 22 de julio de 2020 y recibida en el juzgado el 31 de julio de 2020, Esmeralda y Víctor Manuel alegaron que los actores carecían de legitimación activa *ad causam*, por cuanto formulan su demanda, no en beneficio de la comunidad de bienes sobre la vivienda, sino como titulares del minoritario 11,1112 % y en contra de la copropietaria mayoritaria del 50 %, Magdalena; que Magdalena permitió a su nieta Esmeralda ocupar la vivienda de forma continuada, y ella se empadronó allí; que Magdalena y Esmeralda formalizaron contrato privado, protocolizado notarialmente, de comodato, con cesión gratuita de uso de la vivienda a favor de Esmeralda; que la demanda de desahucio por precario por los demandantes, dueños únicamente del 11,1112 % del pleno dominio, comporta acto de disposición para el que no están facultados legalmente. Añadió que la finalidad del procedimiento era fraudulenta, porque lo que pretendían los demandantes era vender su parte del piso a Magdalena y presionarle para que elevara el precio de su oferta de compraventa.

¿Tienen los demandantes legitimación activa como copropietarios para promover la acción de precario?

Cuestiones planteadas:

- Mayorías necesarias para la acción de precario en la copropiedad de inmuebles.
- La actuación en beneficio de la comunidad.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

El litigio se suscita, de una parte, entre quienes ocupan la vivienda en virtud del uso conferido por la copropietaria titular de la mitad indivisa del pleno dominio y, de otra parte, los demás copropietarios (adquirentes por herencia tras el fallecimiento del copropietario anterior), que ejercitan acción de desahucio por precario para que desalojen el inmueble.

En principio debería darse razón a los demandados y ocupantes de la finca ya que, para que pueda prosperar la acción de desahucio por precario, que es la ejercitada por Alfredo y Alexander en su demanda, acción prevista por el artículo 250.1.2 de la Ley de enjuiciamiento civil, se requiere la concurrencia de los presupuestos, en cuanto a legitimación activa, de título del que derive la posesión real; identificación de la finca; y, en cuanto a legitimación pasiva, que la persona demandada disfrute de la cosa ajena sin pago de renta o merced, es decir, por simple tolerancia o liberalidad del propietario o poseedor real, es decir, sin título o con título no válido o ineficaz.

De una parte, respecto de la legitimación activa, es defendible que los demandantes carecían de ella con apoyo en el siguiente razonamiento: mientras los demandantes son cotitulares del 11,112 % del pleno dominio sobre la vivienda, la cotitular mayoritaria es Nicolasa, que ostenta el 50 % del pleno dominio. Y ambos demandantes cuentan con la expresa disconformidad de Nicolasa para la formulación por los demandantes de su acción de desahucio por precario. Por tanto, de conformidad con lo establecido por el artículo 398, párrafo segundo, del Código Civil, al no ostentar los demandantes la representación de la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad de bienes, carecen de habilitación legal para la formulación de su demanda.

Respecto de la legitimación pasiva, consta acreditado que los demandados Esmeralda y su cónyuge Víctor Manuel vienen ocupando la vivienda litigiosa, desde que así lo decidió en 2019 Nicolasa –titular del 50 % del pleno dominio de la vivienda– y, desde el 3 de junio de 2019, en virtud de contrato de comodato –del artículo 1740 del Código Civil–, protocolizado notarialmente, entre la propia Nicolasa y su nieta Esmeralda. Los demandados ostentan, por tanto, título válido y eficaz para su disfrute y ocupación de la vivienda. Ello comporta que no concurra el segundo de los presupuestos del precario, antes especificados. La mera disconformidad de los demandantes, como cotitulares del minoritario 11,112 % del pleno

dominio sobre la vivienda, con el título que los demandados ostentan para su disfrute y ocupación de la vivienda, no conlleva que dichos demandados carezcan de título válido y eficaz.

Ahora bien, el planteamiento jurídico puede ser también otro, que es el adecuado; en el presente supuesto, nos encontramos con dos comuneros con un reducido porcentaje en la propiedad de la vivienda pero que pretenden que ese inmueble se encuentre libre de ocupantes para proceder a su división mediante el ejercicio de la correspondiente acción, tal y como reconoce incluso la propietaria mayoritaria en su acta de manifestaciones realizada. Finalidad que solamente puede entenderse en beneficio de la comunidad, al ser un hecho incuestionable que la división de la cosa común deberá efectuarse mediante su venta entre los copropietarios o con la aceptación de licitadores extraños (art. 404 del Código Civil), y que estos o los propios copropietarios apreciaran como una carga que la vivienda se encuentre ocupada, lo que redundará en el rendimiento económico que de la venta se podría obtener.

Conviene resaltar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2020 define el precario como

una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho (sentencias 110/2013, 28 de febrero [NCJ057765]; 557/2013, 19 de septiembre; 545/2014, de 1 de octubre [NCJ058753], y 134/2017, de 28 de febrero [NCJ062220]).

Existe el precario: (a) cuando hay una situación de tolerancia sin título; (b) cuando sobreviene un cambio de la causa por cesar la vigencia del contrato antes existente, (c) o incluso la posesión gratuita sin título y sin la voluntad del propietario (SSTS de 3 de diciembre de 1958 y 30 de octubre de 1986, entre otras). Y es en esta situación en la que se encuentran los demandados a la fecha de interposición de la demanda al aportarse como título que facultaba a los demandados para usar la vivienda un contrato de comodato de fecha 3 de junio de 2019, en el que se aprecia que no se estableció plazo de duración o vigencia alguno, por lo que realmente se trataría de un precario, tal y como establecen las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre y 13 de noviembre de 2008 cuando concluyen que para determinar si se está ante un comodato u otra figura, habrá que determinar si se ha pactado un plazo de duración, en cuyo caso se estaría ante un comodato, o, si no se ha delimitado temporalmente, se estará ante un precario. Y así lo confirma también su sentencia de 25 de febrero de 2010 cuando declara que «[...] no obstante la presencia de un título habilitante de la ocupación gratuita, como es el comodato, e, incluso, con la existencia del uso autorizado para un fin concreto, esta Sala, con base en el carácter temporal y la duración limitada del mentado contrato, como sus características esenciales, declara que cuando dicha situación se alarga temporalmente o queda al arbitrio de la voluntad unilateral del ocupante, la posición se convierte en precario».

Incluso si admitiésemos indebidamente la modificación de aquellas iniciales circunstancias fácticas con la introducción de una limitación temporal en el contrato de 2019 por la referida acta de manifestaciones de Nicolasa, precisamente para tratar de crear un motivo de oposición a la acción ejercitada con visos de éxito, ese límite, a día de hoy, también habría sido rebasado.

La cuestión conflictiva planteada en el recurso de casación es si los demandantes están legitimados para ejercitar la acción de desahucio por precario; la demandada no es copropietaria de la vivienda, y ampara su derecho de uso en exclusiva en la cesión gratuita de uso efectuada por una copropietaria, que lo es de la mitad indivisa del pleno dominio.

Los demandantes, que sí son copropietarios de la vivienda, no pretenden que se reconozca su facultad de uso al amparo del artículo 394 del CC, ni solicitan que en atención a la imposibilidad de goce y disfrute solidario se establezca un sistema de uso por turnos (admitido por la sentencia 700/2015, de 9 de diciembre (NCJ060834), con cita de las anteriores de 23 de marzo de 1991 y 31 de julio de 1998). Tampoco invocan un acuerdo de la mayoría (inalcanzable en la situación de hecho descrita, en el que han quedado acreditadas las posturas enfrentadas de los dos grupos que ostentan cada una de las mitades indivisas del pleno dominio de la vivienda) por el que, en interés de la comunidad, y con el límite del artículo 398. III del CC, se hubiera decidido ceder el uso a un tercero, por ejemplo, mediante un contrato de arrendamiento. Los demandantes, lo que pretenden, tal como la propia demandada ha admitido, es que la vivienda quede desocupada para proceder a su división, con adjudicación a uno de ellos indemnizando a los demás o venta y reparto del precio (art. 404 CC).

La parte demandada niega que los demandantes puedan oponerse a su uso de la vivienda con el argumento de que no reúnen la mayoría requerida por el artículo 398 del CC para un acto de administración, como es el ejercicio de una acción de desahucio. Sostiene que si bien con carácter general podría predicarse la legitimación de los actores como copropietarios (art. 394 CC), la oposición a la acción de desahucio por parte de una copropietaria que ostenta el 50 % revela que hay criterios dispares sobre la materia discutida, y hasta que estas diferencias no desaparezcan, no puede conocerse con certeza cuál es el criterio más beneficioso para la comunidad.

Ciertamente, las sentencias citadas por la demandada han negado la legitimación a copartícipes que no representaban mayoría de intereses y que decían actuar en beneficio de la comunidad en supuestos en los que constaba la oposición de otros partícipes a la acción ejercitada. Acreditada la oposición, dice esta jurisprudencia, cede la presuposición que funda la admisión de su legitimación, que no es otra que la presunción de que, a pesar de no acreditar la mayoría, cuentan con la aceptación y conformidad de los demás, porque están actuando en beneficio de la comunidad.

Ahora bien, la recurrente prescinde de que esa jurisprudencia que cita se ocupa de casos en los que la acción ejercitada por un comunero sin respaldo de la mayoría y con oposición acreditada de algún partícipe se dirigía a resolver (o contradecía) un contrato previamente

concertado, contando con la mayoría o la unanimidad requerida, según los casos, en función de la naturaleza de acto de administración o de disposición de que se trate. Así, un contrato de arrendamiento (sentencias de 20 de diciembre de 1989 y 460/2012, de 13 de julio (NCJ057309)], cuya extinción priva a los copropietarios de la renta del alquiler; un contrato de compraventa (sentencias de 8 de abril de 1965 y 26/2000, de 20 de enero (NCJ047827)), cuya resolución o incumplimiento lleva aparejadas consecuencias restitutorias o indemnizatorias. En ese contexto, cobra sentido la jurisprudencia conforme a la cual, ante la oposición de un condómino, cede la presunción del beneficio a la comunidad de la conducta unilateral dirigida a extinguir o resolver un contrato previamente celebrado en interés de la comunidad, reforzada además por la exigencia de que sean parte en el proceso quienes se pueden ver afectados por el pronunciamiento judicial en atención a las circunstancias concurrentes (sentencia 105/2022, de 8 de febrero).

Pero nada de eso sucede en nuestro caso, pues la acción ejercitada no trata de poner fin a la situación de uso por un tercero establecida previamente por un acuerdo de la mayoría. Por el contrario, el uso de la parte demandada se basa en la sola voluntad de una copropietaria que carece del poder de disposición en exclusiva del derecho de uso sobre la vivienda, pues es titular de una mitad indivisa y, por tanto, no ostenta la mayoría (con independencia de que, aunque la tuviera, en caso de grave perjuicio a los interesados en la cosa común siempre cabría acudir al juez, conforme al art. 398.III CC).

Es decir, se da la paradoja de que la demandada, que basa su posesión de la vivienda en la concesión de quien carece del poder de disposición en exclusiva del derecho de uso, niega la legitimación de los demandantes para exigir que cese en su uso, precisamente con el argumento de que son ellos quienes no ostentan la mayoría. Ello a pesar de que la acción ejercitada por los demandantes redundaría de forma objetiva en beneficio de la comunidad, pues la ocupación de la vivienda podría apreciarse como una carga, tanto por los copropietarios como por terceros, y ello redundaría en el beneficio económico que se podría obtener en la venta. Este control judicial de que, por su finalidad, el ejercicio de la acción no se desvía del beneficio común, permite concluir afirmando la falta de justificación de la pretensión de la demandada, que pretende mantener, en claro perjuicio de los demás copropietarios, el uso de la vivienda que le fue cedida en precario por una copropietaria. En definitiva, ante la inexistencia de mayoría y el bloqueo de las posiciones, lo que han hecho los demandantes es acudir al juez, como autoriza la primera parte del artículo 398.III del CC.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 398 y 394.
- SSTS, Sala 1.^a, de 13 de julio de 2012, 9 de diciembre de 2015 y 21 de diciembre de 2020.

Póliza de seguro asociado a préstamo hipotecario

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

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

Enunciado

El 25 de marzo del 2020 don Justo Tácito García suscribió con la aseguradora La Fraternidad un seguro de vida que estaba vinculado a un préstamo hipotecario con una entidad bancaria (uno de los beneficiarios de la póliza, además de los legítimos herederos designados). El seguro cubriría como contingencia la previsión de una incapacidad absoluta permanente para el trabajo y se haría efectivo una vez producido el fallecimiento. Con fecha de 25 de marzo de 2023 don Justo canceló el seguro. Pero antes, en el mes de septiembre de 2021, se le diagnosticó una enfermedad irreversible que le impidió trabajar durante varios meses. Fue el 24 de julio del 2023 cuando se le concedió la incapacidad permanente absoluta para el trabajo por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Falleció el 12 de diciembre de este año. Durante los meses de baja los partes médicos indicaban siempre que la causa de la baja era la enfermedad ELA. Presentada la reclamación a la compañía de seguros, esta se negó a satisfacer las cantidades concertadas más los intereses a que hace referencia el artículo 20 de la Ley del contrato del seguro, atendiendo a lo pactado en el contrato y que la fecha del reconocimiento de la incapacidad permanente se produce una vez dada de baja la póliza. La entidad bancaria, por su parte, entiende que está legitimada como beneficiaria para reclamar, a su vez, el importe correspondiente.

Antes del deceso, don Justo tenía, a su vez, contratada otra póliza con la misma compañía, que modificó unos meses después sin recibir ningún documento acreditativo, para incluir una indemnización complementaria para el caso de accidente. En las condiciones particulares se preveía la contingencia por el fallecimiento por accidente, excluyéndose, por remisión a las condiciones generales, la indemnización derivada de un accidente de circulación. La mujer de don Justo considera que la muerte por enfermedad no excluye el accidente de circulación que padeció su marido con anterioridad, sino que son contingencias compatibles, alegando que el accidente producido antes del deceso fue determinante de la evolución más acelerada de la enfermedad y del final de la vida de don Justo el 12 de diciembre de 2023. Alega asimismo que la aseguradora no le entregó ningún documento con la modificación realizada. La aseguradora se opone alegando que hay una cláusula limitativa para el caso de accidente de circulación, contemplada en las condiciones generales de la contratación. En cuanto a la falta de documentación, considera que no es necesaria, porque ese tipo de pólizas no requiere por disposición legal emisión de ninguna póliza.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Qué fecha ha de tomarse en consideración para que la póliza cubra el siniestro? ¿Qué criterios se siguen para interpretar los datos que llevan o no a la indemnización?
2. ¿Cómo debe satisfacerse el importe del seguro y a quién la cantidad asegurada, según el orden de beneficiarios y la naturaleza del contrato de seguro asociado al préstamo hipotecario? ¿Quién puede reclamar o está legitimado para ello?
3. Suponiendo que el accidente confiera el derecho a la indemnización por accidente, además de la que le correspondería por ese accidente, en su caso, ¿puede reclamarse la indemnización complementaria? ¿Cómo debería formalizarse la modificación contractual?

Solución

1. ¿Qué fecha ha de tomarse en consideración para que la póliza cubra el siniestro? ¿Qué criterios se siguen para interpretar los datos que llevan o no a la indemnización?

Como se establece en el planteamiento del caso, la póliza deja de estar en vigor el 25 de marzo de 2023 y la fecha en la que se le concede la declaración de incapacidad permanente es la de 24 de julio de 2023. Antes se ha declarado la incapacidad temporal y se ha mantenido esta situación durante un tiempo. Por tanto, parece claro que no se dan las condiciones pactadas. Sin embargo, todos estos datos requieren de una interpretación.

El artículo 80 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (LCS) nos dice: «El contrato de seguro sobre las personas comprende todos los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado». Evidentemente, don Justo ha asegurado su vida y prevenido su incapacidad. Pero el que nos interesa más es el artículo 83, aplicable al supuesto, donde se señala:

Por el seguro de vida el asegurador se obliga, mediante el cobro de la prima estipulada y dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a satisfacer al beneficiario un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, en el caso de muerte o bien de supervivencia del asegurado, o de ambos eventos conjuntamente.

Don Justo ha concertado una indemnización asociada al préstamo hipotecario, una vez dadas las circunstancias previstas. Obsérvese que el precepto se refiere a cumplir con lo estipulado en el contrato y en la ley. Hemos de saber, entonces, qué es lo acordado por las partes y cómo se deben interpretar, entre otras cosas, las fechas de la enfermedad, la baja temporal, la naturaleza de los partes emitidos y la resolución por la que se declara a don Justo en situación de incapacidad permanente para el trabajo. También –como veremos más adelante– tiene su importancia la referencia a los intereses establecidos en el artículo 20 de la LCS.

Hay jurisprudencia que relaciona el seguro de vida –con la cobertura complementaria de la invalidez– con la fecha de la resolución administrativa, de tal manera que solo esta fecha sería el hecho que genera el riesgo. «En consecuencia, como regla general, el evento dañoso, el riesgo asegurado, tiene lugar cuando se produce la declaración oficial de la incapacidad o invalidez». Visto así, la fecha de 24 de julio del 2023, que es cuando se le concedió la incapacidad permanente absoluta para el trabajo por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, es el hecho determinante del riesgo que genera la obligación o no de pagar a la compañía La Fraternidad. Por tanto, la respuesta fácil es que no está obligada a satisfacer las indemnizaciones por incapacidad o, de producirse la muerte –por estar asociada el deceso a la obligación de pago–, tampoco; porque la fecha de cancelación del seguro es anterior (el 25 de marzo de 2023). Sin embargo, aquí la discusión gira en torno a la fecha del siniestro, a determinar cuál es la fecha del siniestro que devenga el derecho al cobro. La doctrina primitiva o anterior a la actual se refiere a supuestos de sucesiones de pólizas, o de cláusulas que anticipan «expresamente» la fecha al diagnóstico de la enfermedad. En estos casos, es igualmente fácil decir que, si la enfermedad se diagnostica antes del fallecimiento y se prevé expresamente, no hay problema en admitir la obligación del pago. Pero en el caso práctico que se propone solo se dice que se pacta una póliza de vida asociada a un préstamo hipotecario. Se aportan fechas de diagnóstico de la enfermedad y de declaración de baja temporal y definitiva. Es claro que hemos de diferenciar entre el momento de detección de la enfermedad y el de la muerte (12 de diciembre de 2023), y distinguiendo esta, a su vez, del accidente; y, por otro lado, hubo una continuidad en la incapacidad temporal durante varios meses. Todo este galimatías ha de ser tenido en cuenta, pues es

el supuesto previsto en el artículo 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales que «en los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o esta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades».

Vemos que se enredan cuestiones civiles con otras de naturaleza laboral. Ahora hay que saber qué hemos de entender por fecha de «dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades», porque es el dato preciso de concreción del momento del devengo o generador del riesgo asegurado. En nuestro supuesto se dictó la correspondiente resolución del INSS el 24 de julio de 2023, y en esa fecha la póliza ya no estaba en vigor (recordar que se cancela el 25 de marzo de 2023).

Seguimos razonando, amparados por los criterios jurisprudenciales. Si como dice la jurisprudencia, la determinación del momento de la incapacidad permanente es una combinación del diagnóstico médico y de la valoración jurídica (STS, Sala de lo Social, de 6 de noviembre de 2008, rec. núm. 4255/2007 [NSJ028357]), resulta que don Justo tiene una fecha de diagnóstico médico, otra que proporciona la resolución administrativa de la Seguridad Social que le reconoce la incapacidad permanente y nos falta la valoración jurídica que, al final, es la que resuelve la cuestión. Por otro lado, no es lo mismo la enfermedad que el accidente. Es claro que en el accidente se define con más precisión por el acto violento que provoca el daño, al contrario de lo que sucede en la enfermedad, donde su determinación presenta caracteres «más difusos». La sentencia que se cita es del pleno, y el pleno concluyó: «Como regla general, para contingencias comunes, en defecto de regulación específica en la norma o pacto constitutivo de la mejora (incluido el seguro voluntario), para determinar la fecha del hecho causante de una mejora voluntaria, y con ella, la responsabilidad en cuanto a su abono ha de acudir a la correspondiente norma sobre prestaciones obligatorias de Seguridad Social». Y se añade: «Como excepción, la fecha del hecho causante puede retrotraerse al momento real en que las secuelas se revelan como permanentes e irreversibles».

Atendiendo a la excepción, el caso práctico nos dice: «Pero antes, en el mes de septiembre de 2021, se le diagnosticó una enfermedad irreversible que le impidió trabajar durante varios meses». Si entendemos como enfermedad irreversible el ELA y admitimos que se le diagnosticó como permanente por irreversible, nos es fácil advertir la excepción como aplicable, ya que se produce el diagnóstico antes de la cancelación de la póliza de don Justo, incluso el deceso posterior no es trascendente a estos efectos. Es, en definitiva, la fecha del mes de septiembre la que determina el hecho que genera el derecho a la indemnización. Es, como decíamos al principio, la fecha del siniestro que genera el derecho al cobro; no nos vale la de la resolución administrativa de la Seguridad Social a que hace referencia el caso, la del 24 de julio de 2023. El contrato no estaría en vigor, pero el hecho causante es anterior y, por todo lo razonado, los herederos o beneficiarios de la póliza tienen derecho a exigir el cumplimiento de lo pactado.

2. ¿Cómo debe satisfacerse el importe del seguro y a quién la cantidad asegurada, según el orden de beneficiarios y la naturaleza del contrato de seguro asociado al préstamo hipotecario? ¿Quién puede reclamar o está legitimado para ello?

En la pregunta hay subpreguntas y hemos de contestarlas a todas de manera unívoca por la interrelación que existe entre ellas. Con la compañía La Fraternidad se concierta el seguro con unos beneficiarios una vez acontecido el deceso. Pero, además, sucede que es la típica póliza asociada a un préstamo hipotecario, con la cual la entidad bancaria pretende asegurarse el cobro de su préstamo si el prestatario fallece antes de la amortización total de la deuda contraída. ¿Quién es el primer beneficiario? ¿Qué se satisface exactamente con la indemnización? ¿Qué descuentos cabe hacer tanto de capital como de intereses? En torno a todo esto se desenvuelven las respuestas.

Dispone el párrafo primero del artículo 88 de la LCS que

la prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro. Unos y otros podrán, sin embargo, exigir al beneficiario el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos.

Por consiguiente, se diferencia claramente entre el beneficiario y los herederos o acreedores del beneficiario. Si entendemos que la entidad bancaria es la primera beneficiaria, con arreglo al precepto citado será la primera en recibir el importe correspondiente. A su vez, el tomador del seguro o el asegurado, o los herederos, pueden reclamar a La Fraternidad la indemnización correspondiente, independientemente de quién sea designado como primer beneficiario en la póliza (SSTS núm. 669/2014, de 2 de diciembre; núm. 222/2017, de 5 de abril [NCJ062262], y núm. 37/2019, de 21 de enero [NCJ063953]), y ello sin perjuicio de que el banco tenga derecho al abono del resto de la amortización de la hipoteca, que se minorará de la indemnización. El sobrante, una vez satisfecho el importe adeudado al banco, ya se entrega a los herederos del don Justo. Porque en los seguros de vida o de invalidez de esta naturaleza hay «un interés compartido por el tomador/asegurado demandante y la entidad de crédito prestamista: el del primero, quedar liberado de su obligación de devolver el préstamo si se produce».

Por consiguiente, aun habiendo un orden específico de beneficiarios que viene fijado en la póliza, el interés compartido de todos ellos permite que cada cual esté legitimado para reclamar lo que le corresponda, deduciendo del importe total lo debido y destinando el remanente al pago a los demás. La entidad bancaria es beneficiaria, en tanto que con el seguro garantiza el pago del préstamo; el tomador del seguro y los herederos también.

Que la demanda haya sido interpuesta por los herederos de don Justo no impide que el banco esté legitimado para reclamar lo suyo.

3. Suponiendo que el accidente confiera el derecho a la indemnización por accidente, además de la que le correspondería por ese accidente, en su caso, ¿puede reclamarse la indemnización complementaria? ¿Cómo debería formalizarse la modificación contractual?

La decisión de si procede o no la indemnización por el accidente de tráfico estará en función de los requisitos y formalidades inherentes a la suscripción de la póliza y, en concreto, de las condiciones generales, así como de la información previa y la transparencia del clausulado.

Es evidente que el seguro, cuando ocurre el accidente, está en vigor, lo cual representa un dato previo necesario (que la póliza de seguros esté activa). Asimismo, habrá que analizar si hubo o no cláusulas limitativas, porque no es lo mismo que el seguro contenga condiciones particulares especialmente suscritas y condiciones generales no suscritas que contengan, a su vez, esas cláusulas limitativas a las que se puede remitir la póliza. Es decir, cuando don Justo firma el seguro de accidentes, firma las condiciones particulares y estas pueden remitirse a las generales de la contratación no singularmente suscritas.

Si nos fijamos en el artículo 3 de la LCS:

Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

Las condiciones particulares que firmó don Justo deben ser acompañadas de las generales y se incluyen por el asegurado en la proposición del seguro. A don Justo se le debe informar convenientemente para que la firma sea consecuencia de un conocimiento transparente del clausulado. Es decir, como presupuesto de abuso o no en la contratación, el control de la transparencia requiere conocer previamente la información recibida. Y la condición general, de incluir una limitación –en nuestro caso la del accidente de tráfico– tiene que ser precisa, clara y estar destacada especialmente, lo que significa, por ejemplo, que se resalte en negrilla. Además, debe estar firmada.

Así se pronuncia la sentencia 140/2020, de 2 de marzo (NCJ064790), que cita de la 402/2015, de 14 de julio, del pleno (NCJ060369):

Si, como sucede en el presente caso, las condiciones particulares se remiten a las cláusulas limitativas que aparezcan en las condiciones generales que se entregan al tomador/asegurado, este deberá firmar también estas condiciones generales

[...], la falta de firma de la condición general no puede ser suplida con la firma de la remisión contenida en las condiciones particulares.

En definitiva, la contingencia estará cubierta si las condiciones generales que contemplan esa exclusión han sido debidamente infirmadas, aparecen claras y destacadas y han sido suscritas por don Justo.

Finalmente, la segunda cuestión tiene una fácil respuesta. El cambio o la modificación contractual realizada con posterioridad debe contemplar los requisitos que se establecen en el artículo 5 de la LCS:

El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito. El asegurador está obligado a entregar al tomador del seguro la póliza o, al menos, el documento de cobertura provisional. En las modalidades de seguro en que por disposiciones especiales no se exija la emisión de la póliza el asegurador estará obligado a entregar el documento que en ellas se establezca.

Dejando aparte si este tipo de seguros requiere la emisión de una póliza –como sí parece evidente–, aquí solo damos respuesta a que don Justo debió reclamar, porque tenía derecho a ello, el documento que contenía las modificaciones contractuales, como no podía ser de otra manera. Un documento que la aseguradora tenía que haberle entregado sin que el asegurado tuviera que formular reclamación alguna.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 50/1980 (LCS), arts. 3, 5, 20, 80, 83 y 88.
- SSTS, Sala 1.^a de lo Civil, núm. 669/2014, de 2 de diciembre; núm. 372/1996, de 16 de mayo; núm. 222/2017, de 5 de abril, y núm. 37/2019, de 21 de enero; del Pleno, núm. 736/2016, de 21 de diciembre; Sala 4.^a de lo Social, del Pleno, de 6 de noviembre de 2008, rec. núm. 4255/2007; núm. 402/2015, de 14 de julio, y núm. 140/2020, de 2 de marzo.

Derecho de información de los parlamentarios del Congreso sobre gastos de personal recogidos en los PGE

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

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

Enunciado

PRIMERO. Con fecha 26 de abril de 2021, por el órgano competente se dio respuesta a una petición de información parlamentaria, en el plazo máximo de 30 días, presentada por varios señores diputados en el Registro de la Cámara, con fecha 4 de marzo de 2021. La solicitud fue presentada por los diputados, consignando como motivo concreto que «en el Presupuesto de Gastos de la sección 00 (Ministerio competente en materia de Política Territorial y Función Pública) de los Presupuestos Generales del Estado para el presente año, entre dos de sus programas, el 921.N y el 921.P, se prevén 6 millones de euros de gasto en personal eventual de confianza».

Los solicitantes pretendían recabar los siguientes datos:

- Nombre y apellidos de todos y cada uno de los asesores de confianza (personal eventual) que prestan servicio en la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid.
- Fecha de nombramiento de los referidos asesores de confianza (personal eventual) que prestan servicio en la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid.
- Los *curriculum vitae* de todos y cada uno de los asesores de confianza (personal eventual) que prestan servicio en la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid.
- Funciones que tienen asignadas los asesores de confianza (personal eventual) que prestan servicio en la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Madrid».

La respuesta del órgano competente tuvo entrada en el registro del Congreso de los Diputados el 26 de abril del mismo año y era del siguiente tenor literal:

En relación con la información interesada, cabe señalar que el anexo adjunto contiene la información relativa al personal eventual de confianza (niveles de complemento de destino 26 a 30) que presta servicio en las Delegaciones del Gobierno, con su fecha de nombramiento. Tal y como establece el artículo 12 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, este personal tiene asignadas funciones de confianza o asesoramiento especial y su nombramiento y cese serán libres. No procede aportar el nombre y apellidos ni el *curriculum vitae* de este personal, por afectar a datos de carácter personal.

Ante esta contestación, los solicitantes interponen recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

La Abogacía del Estado, en trámite oportuno y en defensa de la Administración del General del Estado, efectuó tres tipos de alegaciones:

- A) La primera de ellas afecta a la determinación del órgano competente en función de la actuación impugnada. Realiza aquí una doble afirmación: a) en primer término sostiene que la actuación impugnada debe imputarse al Congreso de los Diputados, de manera que quedaría fuera de la jurisdicción contencioso-administrativa. Dice el Abogado del Estado que esta sala solo se ha pronunciado sobre la falta de respuesta a los requerimientos parlamentarios de información en el ámbito autonómico, no con respecto al Congreso de los Diputados y al Senado y que, como la actuación impugnada debería imputarse a la Cámara, esta debería ser la parte demandada. Ello ha de entenderse, siempre según el abogado del Estado, sin perjuicio de que la Administración General del Estado pudiera, en su caso, ser parte codemandada. Afirma que la competencia no correspondería al Tribunal Supremo ex artículo 12.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), por no tratarse de una de las materias expresamente atribuidas al Tribunal Supremo.
- B) De otro lado, afirma que el requerido para proporcionar la información y el requerimiento debe entenderse dirigido a la autoridad –o al órgano administrativo– que dispone de la información pertinente, dando a entender que en el presente caso era el Ministerio de Política Territorial y Función Pública, que fue de quien se solicitó que se recabase la información. Por ello considera que, no concurriendo los supuestos de atribución de competencia al Tribunal Supremo o a la Audiencia Nacional, debe acudir a la competencia residual de los tribunales superiores de justicia. Con base en estas alegaciones mantiene que la competencia para conocer de este recurso correspondería a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid ex artículos 12.1 c) y 10 m) de la LJCA.
- C) Afirma, finalmente, la posible necesidad de tener por parte al Congreso de los Diputados.

Finalmente señala que, con fecha 3 de junio de 2021, se ha producido una ampliación al trasladarse que

En relación con la información interesada, se pone a disposición de Sus Señorías la requerida sobre personal eventual de confianza (niveles de complemento de destino 26 a 30) que presta servicio en las Delegaciones del Gobierno –cuya relación en número se incluyó en las respuestas del Gobierno remitidas al Congreso de los Diputados en abril de 2021–, y que obra en poder de los servicios administrativos del Ministerio competente en materia de Política Territorial y Función Pública. Sus Señorías pueden consultar presencialmente dicha información, concertando una visita a través de la dirección de correo electrónico de la Dirección General de la Administración General del Estado en el Territorio XXX.

Con base en ello solicita que se dicte auto de terminación y archivo del proceso jurisdiccional por considerar que la petición de información ha sido satisfecha después de ser formulada la demanda, al amparo del artículo 76 de la LJCA, y, en forma subsidiaria, que procede la desestimación del recurso por inexistencia de la vulneración del derecho fundamental invocado.

SEGUNDO. En el Congreso, una funcionaria desempeña el puesto de auxiliar administrativo en el área de admisiones de escritos. En un momento dado, presentó denuncia ante la Guardia Civil contra uno de los jefes de dicha área por la presunta comisión de un delito de falsedad documental, que acabó beneficiando económicamente al Congreso sin que este hubiera intervenido, autorizando dicha actuación. El órgano penal condenó a dicho funcionario por el citado delito.

Tras una reorganización de los servicios, el órgano competente en materia de personal asigna a la referida funcionaria a una de las comisiones del Congreso, pasando la trabajadora denunciante a depender del director de la citada comisión al que había denunciado y que fue condenado, donde, con anterioridad, había sido destinado aquel.

En el expediente constan varios informes de responsables de los servicios de personal, en los cuales justifica la decisión por necesidades del servicio. Indican que pretenden potenciar esa comisión y para ello es necesario que funcionarios de un área pasen a prestar servicio en dicha comisión.

La empleada, tras conocer dicho traslado, comienza a sufrir un proceso de ansiedad y depresión que requiere visita al facultativo correspondiente. Sostiene que se está vulnerando su derecho a la integridad moral contemplada y que no hay razones objetivas que fundamenten el traslado, y que ello le va a reportar una situación insostenible, pues va a depender de una persona a la que ha denunciado, lo cual deba provocar además una vulneración de su tranquilidad y sosiego.

El órgano competente en materia de personal del Congreso alega que ha hecho uso de la potestad de autoorganización de la Cámara Baja.

Por otra parte, en relación con el proceso penal seguido al jefe de área, luego director de una comisión, el denunciado solicita que el Congreso haga frente a los honorarios del abogado que ejerce su defensa, toda vez que actuó como funcionario, tratándose, además, de una actuación que benefició al Congreso económicamente.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cuál será el fundamento legal de la solicitud de los parlamentarios? ¿Con arreglo a qué normativa se va a regular esta solicitud? ¿Debieron o pudieron los solicitantes antes de recurrir en vía contencioso-administrativa acudir al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno? ¿Nos encontramos ante el ejercicio del derecho de petición del artículo 29 de la Constitución?
2. ¿Qué recurso(s) cabrá interponer contra la respuesta del órgano que debe resolver? ¿Cabrá recurso de reposición potestativo contra esa resolución?
3. ¿Qué órgano, en concreto, debería contestar a la solicitud?
4. ¿Tienen razón el abogado del Estado en sus alegaciones?
5. Realice la demanda razonada que debería hacer el letrado, tan solo los argumentos de orden material, para que se estime la pretensión de los demandantes.
6. ¿Qué debería resolver el Tribunal Supremo y por qué razones?
7. En relación con el traslado de la funcionaria a la Comisión, ¿fue ajustado a derecho tal traslado? ¿Debe accederse a lo solicitado por el director para que el Congreso se haga cargo de los pagos de su abogado?

Solución

1. ¿Cuál será el fundamento legal de la solicitud de los parlamentarios? ¿Con arreglo a qué normativa se va a regular esta solicitud? ¿Debieron o pudieron los solicitantes antes de recurrir en vía contencioso-administrativa acudir al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno? ¿Nos encontramos ante el ejercicio del derecho de petición del artículo 29 de la Constitución?

El fundamento legal de la solicitud será:

- El artículo 105 b) de la Constitución, que señala que la ley regulará «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad

de las personas». Aunque, en este caso, se trataba de ciudadanos cualificados por su condición de diputados y por razón de que lo que piden está relacionado con el ejercicio de sus funciones.

- El artículo 23.1 que recoge el derecho a participar en asuntos públicos. La negativa a prestar cierta información dificulta, sin duda alguna, la función de control que deben ejercer los parlamentarios del Congreso.
- El artículo 109 de la CE, en orden a que «las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquellas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas».
- El artículo 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados, que señala que:

1. Para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los Diputados, previo conocimiento del respectivo Grupo parlamentario, tendrán la facultad de recabar de las Administraciones públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de estas.

2. La solicitud se dirigirá, en todo caso, por conducto de la Presidencia del Congreso y la Administración requerida deberá facilitar la documentación solicitada o manifestar al Presidente del Congreso, en plazo no superior a 30 días y para su más conveniente traslado al solicitante, las razones fundadas en derecho que lo impidan. [En este caso, como veremos, debió remitirlo al Congreso para que resolviera sobre la solicitud efectuada].

- El artículo 4 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, relativa a la obligación de suministrar información, señala que

las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1.a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquellos de las obligaciones previstas en este título.

Igualmente, el artículo 12 de la citada ley, que indica:

Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley.

Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica.

Finalmente, el artículo 13, al señalar:

Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

En relación a con arreglo a qué normativa se debe tener en cuenta para resolver la petición será:

- Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982, cuyo artículo 7 sirve de fundamento a la solicitud como un derecho de los diputados.
- La Ley 19/2013, de transparencia, cuya disposición adicional primera señala que «se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información». El artículo 2.1 f) de esta ley, referente al ámbito subjetivo de esta ley, señala que las disposiciones de este título (Transparencia de la actividad pública) se aplicarán a «la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional [...] en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo».

La disposición adicional octava de la misma Ley señala que «el Congreso de los Diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas regularán en sus respectivos reglamentos la aplicación concreta de las disposiciones de esta Ley».

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.
- Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, puesto que este órgano, actuando como Administración, es el que deberá resolver la solicitud efectuada, pues se refiere a datos relativos a personal destinado en la delegación del Gobierno, órgano dependiente del Gobierno.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, puesto que se solicitan datos que pudieran estar protegidos por esta normativa.

Respecto a si debieron o pudieron los solicitantes antes de recurrir en vía contencioso-administrativa acudir al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la respuesta es negativa, pues el artículo 23.2 de la Ley 29/2013, señala que «no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, contra las resoluciones dictadas por los órganos previstos en el artículo 2.1 f) solo

cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo» (entre esos órganos se encuentra el Congreso de los Diputados).

Finalmente, si nos encontramos ante el ejercicio del derecho de petición del artículo 29 de la Constitución, debemos distinguir entre solicitud de interesado y petición.

La solicitud supone hacer una petición, a una Administración pública, que se ampara en la aplicación de una norma a favor del solicitante o de otra persona. A partir de ahí se inicia un procedimiento administrativo en el cual la Administración no solo está obligada a contestar, sino que tiene que acceder a la solicitud si se cumplen los requisitos establecidos en las normas. El silencio de la Administración, su falta de contestación, tendrá entonces efectos estimatorios o desestimatorios, según lo establezca la normativa aplicable. Y llegado el caso, podemos acudir a los tribunales para que estos, en aplicación del ordenamiento jurídico, decidan si se nos concede, o no, lo solicitado.

El derecho de petición es un derecho fundamental recogido en el artículo 29.1 de la Constitución, el cual reconoce «el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley». Se encuentra regulado en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, del derecho de petición.

El derecho de petición funciona como una norma de cierre del sistema, puesto que solo se puede ejercer cuando no existe ningún otro medio previsto en el ordenamiento jurídico para hacer solicitudes, quejas o sugerencias mediante un procedimiento específico distinto (art. 3 LO 4/2001).

Es sujeto activo del derecho de petición toda persona natural o jurídica, con independencia de su nacionalidad (art. 1.1 LO 4/2001). Y lo puede ejercer ante «cualquier Institución Pública», la cual sería su sujeto pasivo.

Su objeto es cualquier asunto o materia comprendida en el ámbito de competencia de la institución pública destinataria de la petición, siempre y cuando el ordenamiento no establezca un procedimiento específico para su satisfacción (art. 3 LO 4/2001).

La forma de ejercerlo viene prevista en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 4/2001: por escrito, que incluya la identidad del solicitante, su nacionalidad, el lugar y medio para la práctica de las notificaciones, el objeto de la petición, y la institución destinataria de la petición.

La institución debe contestar en el plazo de tres meses, especificando los motivos por los que se accede o no a la petición. Lo más relevante y característico del derecho de petición es que no supone, por sí mismo, derecho a obtener lo pedido, sino solo a que se dé una contestación. De tal manera que si acudimos a los tribunales, estos únicamente pueden obligar a la Administración a contestarnos motivadamente, pero nunca a estimar nuestra petición.

En el caso que analizamos es claro que nos encontramos ante una solicitud de interesados, puesto que se trata de parlamentarios del Congreso, y lo que piden es información

referida al cumplimiento de sus funciones de fiscalización y control. Además hacen esa solicitud en fundamento de un derecho que les confiere el artículo 7 del Reglamento del Congreso, consistente en poder recabar de las Administraciones públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de estas, necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Esta solicitud tiene su base en normas de derecho administrativo y debe dar origen a la incoación, tramitación y resolución del oportuno procedimiento administrativo.

2. ¿Qué recurso(s) cabrá interponer contra la respuesta del órgano que debe resolver? ¿Cabría recurso de reposición potestativo contra esa resolución?

Se podrá interponer:

- Potestativamente, recurso de reposición (arts. 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, LPAC), en un mes desde la notificación de la resolución si se trata de un acto administrativo, como es nuestro caso. Una vez sentado este punto de partida, corresponde analizar qué es un acto administrativo del Gobierno, lo que exige contrastar este concepto con el segundo tipo de actos que puede emanar tal órgano: los llamados actos políticos.

Para ello, lo principal es partir de la base de que el Gobierno, tal y como reitera la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tiene una naturaleza bifronte: administrativa y constitucional. Desde la primera perspectiva, ejerce funciones administrativas, basadas en principios de estricta legalidad, en tanto en cuanto sus miembros son órganos superiores de la Administración General del Estado. Desde la segunda, sin embargo, ejerce funciones que se adjetivan como «políticas», «de dirección», «de indrizzo», que se inspiran en motivos políticos. Los primeros son una manifestación más de acto administrativo, con la peculiaridad de que, al ser emanados del Gobierno, sus miembros y órganos, cúpula a su vez de la Administración General del Estado, ponen fin a la vía administrativa. Los segundos, sin embargo, constituyen una categoría distinta, dotada de un régimen jurídico propio, no englobable dentro del concepto de acto administrativo.

No corresponde aquí entrar en el estudio pormenorizado de estos «actos políticos», sobre los que la doctrina más cualificada ha reflexionado y escrito, por ello, se hará simplemente una breve síntesis de los aspectos más característicos de los mismos, con el objetivo de permitir su diferenciación de los actos administrativos del Gobierno mencionados en el apartado 1 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

El origen de la noción de «acto político» se encuentra en la doctrina del Consejo de Estado francés en el célebre *arrêt Laffite* del año 1822, por el que, tras la caída del régimen napoleónico, este órgano se declaró incompetente para conocer y

controlar determinados actos que tenían un «móvil político». Desde entonces, también en nuestro ordenamiento jurídico, se limitó la fiscalización de este tipo de actos gubernamentales, tanto en la Ley Santamaría de Paredes de 1888 cuanto en el artículo 2 b) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. En ese proceso de lucha contra las inmunidades del poder, al que se refirió García de Enterría, que caracteriza la evolución del derecho administrativo, comenzó a cuestionarse esa exención de control jurisdiccional sobre tal tipo de actos. A esta idea respondieron las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1993 y 4 de abril de 1997 –en el caso papeles del CESID–, pero sobre todo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En sentencias 45/1990, de 15 de marzo; 196/1990, de 29 de noviembre; 220/1991, o de 22 de enero de 1993, el Tribunal Constitucional afirma que no todo acto del Gobierno (en una doctrina aplicable también a los consejos de gobierno de las comunidades autónomas, como el propio TC indica) es un acto administrativo, dado que existen algunos, como los de relaciones entre poderes a los que se refiere el título V de la Constitución o las funciones de dirección política, que consisten en el establecimiento de prioridades, que presentan una naturaleza distinta.

Su régimen de control se especifica en los artículos 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno y 2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por lo tanto, y a modo de conclusión, dentro de las competencias del Gobierno y de sus órganos y miembros, habría que distinguir cuáles son de naturaleza puramente política y cuáles lo son de naturaleza administrativa. El ejercicio de las primeras daría lugar a actos no administrativos sino políticos, sometidos a un régimen de control específico, y el de las segundas se inscribiría plenamente dentro del concepto de acto administrativo, con la peculiaridad de que ponen fin a la vía administrativa.

En nuestro caso, se trata de un acto de naturaleza administrativa porque tanto la solicitud como la resolución se basan en el derecho administrativo y no se refiere ni a la relación entre poderes públicos ni a una cuestión de dirección política.

- Recurso contencioso-administrativo directamente o, si el recurso de reposición fuera desestimado, ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo (art. 12.1.a de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de jurisdicción contencioso-administrativa), al provenir la resolución del Consejo de Ministros por la vía ordinaria o por la vía del proceso especial de protección de derechos fundamentales, regulado en los artículos 114 y siguientes de la LJCA (es el proceso sumario y preferente a que se refiere el art. 53 de la Constitución).
- Agotada la vía judicial, podrá interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, al amparo del artículo 42.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC). El plazo para su interposición, al amparo del artículo 43.2 de la LOTC, será 20 días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial.

3. ¿Qué órgano, en concreto, debería contestar a la solicitud?

Parece que es el Gobierno quien debería contestar a esta solicitud, toda vez que la Ley de Presupuestos se aprobó, literalmente, conforme al proyecto de ley del Gobierno y, por tanto, es ese órgano el que conoce todos los datos que se han solicitado.

Además, según el artículo 97 de la Constitución, la Administración General del Estado es dirigida por el Gobierno, que tiene así los medios jurídicamente necesarios para dar las instrucciones correspondientes a todos los departamentos y unidades de aquella en materia de requerimientos parlamentarios de información. En otras palabras, ninguna autoridad de la Administración General del Estado está en condiciones de negar o retener una información que el Gobierno considera que debe proporcionarse a los diputados.

4. ¿Tienen razón el abogado del Estado en sus alegaciones?

La primera cuestión que debemos afrontar es la relativa a la discutida competencia del Tribunal Supremo. En este sentido, se debe aclarar que el artículo 12.1 c) de la LJCA señala que es competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conocer de «los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo».

En cuanto a la alegación de falta de competencia del Tribunal Supremo, ciertos autos, reiterados en otros de 21 de julio de 2021 (recursos contencioso-administrativos núm. 125, 142 y 143/2021), seguidos entre las mismas partes ya se refirieron a esta cuestión.

Pero, en sentencia, la cuestión planteada no había sido aún afrontada por la sala, pero que

es evidente que no puede prosperar, pues se basa en un equívoco: una cosa es qué autoridad dispone de la información requerida –por obrar en sus archivos, por ser responsable de la actividad concernida, por deber custodiarla, etc.– y otra cosa distinta es quién está obligado a satisfacer el requerimiento de información hecho por los diputados, una vez que se ha presentado y tramitado correctamente con base en lo dispuesto por el artículo 109 de la Constitución y por el artículo 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

Pues bien, tratándose de requerimientos de información en posesión de autoridades integradas en la Administración General del Estado, como ocurre en el presente caso, es el Gobierno quien está obligado a asegurar que dicho requerimiento es satisfecho. De conformidad con el artículo 97 de la Constitución, la Administración General del Estado es dirigida por el Gobierno, que tiene así los medios jurídicamente necesarios para dar las instrucciones correspondientes a todos los departamentos y unidades de aquella en materia de requerimientos parlamentarios de

información. En otras palabras, ninguna autoridad de la Administración General del Estado está en condiciones de negar o retener una información que el Gobierno considera que debe proporcionarse a los diputados.

Dada la arquitectura constitucional y legal del Poder Ejecutivo, la falta de respuesta es siempre –de manera directa o indirecta– imputable al Gobierno. Esta es la pregunta que debe formularse, en lugar de buscar qué unidad de la Administración dispone de la información pertinente. Es más, si se acogiera la interpretación propuesta por el abogado del Estado, se llegaría a la absurda conclusión de que distintos departamentos o autoridades dentro de la Administración General del Estado podrían mantener criterios diferentes sobre las relaciones con las Cámaras y, en particular, sobre la respuesta a los requerimientos parlamentarios de información.

Por ello, la competencia debe quedar residenciada en la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, ex artículo 12.1 a) de la LJCA.

En cuanto a la necesidad de que fuese parte el Congreso de los Diputados, lo resolvió el Tribunal Supremo en auto dictado el 20 de julio de 2021 (rec. núm. 49/2021), en el sentido de que la posición mantenida por el abogado del Estado es insostenible, porque lo esencial es preguntarse a qué autoridad debe imputarse la falta de respuesta al requerimiento de información hecho por los diputados, y la falta de respuesta no puede ser considerada una actuación imputable a la cámara. Por ello nada impide tener al Congreso de los Diputados por apartado del recurso contencioso-administrativo, desde el momento en que no puede ser considerado parte demandada.

Respecto a la tercera alegación, la petición de terminación y archivo del proceso jurisdiccional planteada por la Administración del Estado –Gobierno–, por considerar que la petición de información ha sido satisfecha después de ser formulada la demanda. Aporta para justificar su petición el escrito de fecha 3 de junio de 2021, que consiste en una ampliación de información, señalando que pueden acceder a ella personalmente.

Sin embargo, se puede afirmar que no ha existido respuesta por parte del Gobierno, ya que la resolución aportada por la representación de la Administración del Estado es una «burla» al derecho fundamental ejercitado por los diputados, pues no puede admitirse que la obligación de facilitar la documentación interesada sea despachada, imponiendo a los diputados que concierten una cita para el acceso a determinados expedientes. Por ello es de rechazo la petición de archivo por satisfacción extraprocesal. Según el artículo 76 de la LJCA cuando, con posterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo, la Administración demandada dicta resolución por la que, modificando la recurrida, estima totalmente las peticiones que le fueron planteadas, y siempre que no se aprecie que el reconocimiento infrinja el ordenamiento jurídico, habrá de darse por terminado el procedimiento. No concurre aquí presupuesto legal de que, en vía administrativa, se hayan satisfecho las pretensiones del demandante, como claramente ha expresado la parte recurrente, al oponer-

se a la pretensión de terminación del procedimiento por satisfacción extraprocesal y como puede comprobarse con la mera lectura del acto que supuestamente habría determinado ese efecto. Baste ahora con decir que en dicho acto-escrito no consta información alguna para comprobar la satisfacción de las pretensiones, referidas a que la Administración General del Estado (el Gobierno), tras limitarse inicialmente a remitir un listado de la relación de puestos eventuales en las distintas delegaciones del Gobierno –incluida la de Madrid–, recogiendo únicamente la denominación del puesto, su nivel y la fecha de toma de posesión. Pero, no obstante, la ampliación aludida no da respuesta a los elementos sustanciales de la solicitud de información: (a) el nombre y apellidos de cada uno de los asesores de confianza, (b) la formación académica y la experiencia profesional de los mismos, ni (c) las concretas funciones que desempeña tal personal.

Las alegaciones de la Abogacía del Estado no deben ser acogidas porque es el Tribunal Supremo el competente para conocer del recurso; el Congreso no debe ser parte en el proceso pues no es a ese órgano al que incumbía resolver la solicitud y, finalmente, la respuesta del Gobierno, ni con la ampliación, satisfacía el mínimo del derecho de información solicitado por los parlamentarios del Congreso.

5. Realice la demanda razonada que debería hacer el letrado, tan solo los argumentos de orden material, para que se estime la pretensión de los demandantes.

Respecto a las pretensiones ejercitadas en la demanda, referidas a la anulación de la actividad administrativa impugnada y a que se dirija requerimiento a la Administración demandada para que, en un plazo no superior a 30 días, remita la información solicitada, podemos afirmar, en su apoyo, los siguientes argumentos:

1. Se puede comenzar por resaltar el carácter esencial de la función parlamentaria de control del Gobierno, con mención del artículo 23 de la Constitución española (CE) y transcripción parcial de la STC 124/2018, de 14 de noviembre. Expone así que el derecho de los parlamentarios a recabar información del Gobierno y la Administración integra esa función de control y el núcleo de su derecho o *ius in officium*. Ese derecho parlamentario de control a través de la petición de información se reconoce en el artículo 109 de la CE y en el artículo 7 del Reglamento del Congreso (RC). Con ese sustento normativo y jurisprudencial, se puede mantener que tal y como ha reiterado la jurisprudencia, una vez ejercitado el derecho fundamental, las eventuales normas restrictivas que puedan suponer una «limitación al ejercicio de aquellos derechos o atribuciones que integran el estatuto constitucionalmente relevante del representante público» deben ser objeto de «una interpretación restrictiva», y la negativa a otorgar la información debe ser objeto de una motivación reforzada y conforme a derecho (por todas, la ya citada STC 199/2016, FJ 3.º [NCJ061891]). En este sentido el artículo 7 del RC obliga a

la Administración a especificar las «razones fundadas en derecho» que impidan acceder a la información solicitada.

2. En este caso concreto, ante una solicitud de información precisa y concreta, el Ejecutivo se ha limitado a remitir un listado de la relación de puestos eventuales en las distintas delegaciones del Gobierno –incluida la de Madrid–, recogiendo únicamente la denominación del puesto, su nivel y la fecha de toma de posesión, pero, no obstante, la contestación remitida no da respuesta a los elementos sustanciales de la solicitud de información:
 - a) El nombre y apellidos de cada uno de los asesores de confianza.
 - b) La formación académica y la experiencia profesional de los mismos.
 - c) Las concretas funciones que desempeña tal personal.

Sin embargo, esta era precisamente la información relevante para el adecuado ejercicio de la función de control del Ejecutivo y, en particular, para verificar que el Ejecutivo «sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia [...] con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» y que en el acceso a la función pública se respetan «los principios de mérito y capacidad» (art. 103, apartados 1 y 2, CE); así como que en la ejecución del gasto público el Ejecutivo responde «a los criterios de eficiencia y economía» (art. 31.2 CE).

3. A continuación, se puede aludir a Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en cuyo ámbito de actuación está incluida la Administración del Estado. En concreto:
 - Su artículo 12 reconoce el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública, entendida esta, tal y como la define su artículo 13, que la refiere a «los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».
 - También hace mención de que esta norma legal fija unos límites para el acceso, que delimita el artículo 14 y que aquí no concurrirían.
 - También, se puede mencionar su artículo 15.3, que dispone: «Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal», y de su artículo 15.4, que contempla: «No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso

se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas».

4. Igualmente, se puede afirmar que no puede haber duda de que la resolución impugnada vulnera manifiestamente el derecho fundamental del artículo 23 de la CE, en cuanto el Gobierno:
 - a) no motiva suficientemente por qué el derecho fundamental a la participación debe ceder frente al derecho a la intimidad;
 - b) no realiza ponderación alguna del sacrificio del interés general al que atiende el derecho fundamental del artículo 23 de la CE frente al derecho puramente individual del artículo 18 de la CE;
 - c) tampoco realiza una interpretación restrictiva de las normas limitativas de los derechos fundamentales del artículo 23 de la CE, como así exige la jurisprudencia constitucional citada, y
 - d) en fin, tampoco se molesta en disgregar la identificación de los empleados públicos de su formación profesional y sus funciones específicas (que podían haberse otorgado sin afectación de derecho alguno). Por lo tanto, resulta manifiestamente inconstitucional la negativa del Ejecutivo a dar la información requerida a los parlamentarios que ejercen el núcleo de su función representativa.

5. Finalmente, en relación con la respuesta dada por el Gobierno referida a que no se facilitan el nombre y apellidos, ni el *currículum vitae* del personal eventual de la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid, por afectar a datos de carácter personal, se puede alegar:
 - a) que ninguna disposición de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales impide la facilitación de la información requerida a los parlamentarios, y
 - b) que lo mismo ocurre con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que solo impide facilitar información pública que afecte a la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, origen racial, la salud o la vida sexual (art. 15.1), haciendo referencia a que su artículo 15.3 dispone: «Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal».

Por todo ello, existían fundamentos más que suficientes para entender que no se satisfizo el derecho de información solicitado, siendo la respuesta del Gobierno inmotivada y no ajustada a derecho, por lo que el recurso contencioso-administrativo estaba bien planteado.

6. ¿Qué debería resolver el Tribunal Supremo y por qué razones?

Para el análisis de la cuestión de fondo tenemos que partir del artículo 7 del RC, norma con rango de ley que determina el derecho fundamental reconocido en el artículo 23 de la CE. Este precepto dispone que

1. Para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los Diputados, previo conocimiento del respectivo Grupo Parlamentario, tendrán la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de estas.
2. La solicitud se dirigirá, en todo caso, por conducto de la Presidencia del Congreso y la Administración requerida deberá facilitar la documentación solicitada o manifestar al Presidente del Congreso, en plazo no superior a treinta días y para su más conveniente traslado al solicitante, las razones fundadas en Derecho que lo impidan.

La respuesta inicial, inadecuada, como ha venido a admitirse por la propia Administración al dar una respuesta ampliatoria aportada con la contestación a la demanda, mencionaba «los datos de carácter personal» como límite obstativo de la información solicitada. Ahora bien, nunca esa Administración ha concretado la respuesta inicial en cuanto a la posible afectación de datos de carácter personal y, menos aún, ha alegado la afectación de datos especialmente protegidos que concreta el artículo 15.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Como consecuencia de ello, tampoco ha actuado conforme a las previsiones de los apartados 2 y 3 del citado artículo. Por tanto, no ha emitido valoración sobre la prevalencia de la protección de datos personales, ni ha llevado a cabo la ponderación razonada del interés público en la divulgación y los derechos de los afectados, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Enlazando con la cita del artículo 15.3 de la Ley 19/2013, es oportuno traer a colación lo dicho por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en sentencia dictada el 16 de diciembre de 2019, en el recurso de casación núm. 316/2018:

La resolución recurrida se ha apoyado en el artículo 15, dedicado al derecho fundamental a la protección de datos. Dejando al margen su apartado 1, que se refiere a los datos especialmente protegidos, en el apartado 2 sienta la regla de que, salvo prevalencia de la protección de datos o de otros derechos constitucionalmente

protegidos sobre el interés público en la divulgación, se concederá el acceso a la información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento y actividad pública del órgano. El informe jurídico en que descansa la resolución impugnada y la contestación a la demanda alegan el apartado 3 de este artículo 15 y el Criterio Interpretativo 1/2015 del mismo establecido conjuntamente por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno –órgano creado por la propia Ley 19/2013– y la Agencia Española de Protección de Datos sobre el Alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT), catálogos, plantillas orgánicas, etc. [...] y las retribuciones de sus empleados o funcionarios.

Vemos que la regla sigue siendo la de conceder el acceso, salvo que la ponderación a la que se refiere imponga lo contrario. Si de aquí nos vamos al Criterio Identificativo 1/2015, en concreto a su apartado 2, que se ocupa de la

información referida al puesto de trabajo desempeñado por uno o varios empleados o funcionarios públicos o a las retribuciones asignadas a uno o varios puestos de trabajo determinados, nos encontramos que, en su letra B) subapartado a), dice que con carácter general primará el interés público si el empleado público ocupa un puesto de especial confianza, es de alto nivel o se provee mediante un procedimiento basado en la discrecionalidad. Luego, en el subapartado b) señala que se debería conceder «el acceso a la información sobre retribuciones correspondientes» al personal eventual de asesoramiento y especial confianza de los ministros y secretarios de Estado; (iii) al personal directivo; y (iv) al de libre designación. Respecto de este último aclara que la prevalencia del interés público decrece en función del nivel jerárquico del empleado público. Considera que, en todo caso, existe en los puestos de nivel 30, 29 y 28, estos últimos de libre designación, o equivalentes. E insiste en que en ellos podría prevalecer ese interés público con carácter general en divulgar «la información relativa a las retribuciones de los puestos provistos con un grado de discrecionalidad sobre el interés individual en la preservación de la intimidad y los datos de carácter personal» y que «en los puestos inferiores prevalecería, con carácter general, el interés individual en la protección de los derechos fundamentales citados».

Es menester reparar en que estos criterios y reglas apuntan, no al nuevo acceso a los datos personales identificativos de quienes desempeñaban o habían desempeñado en los años solicitados los puestos de trabajo en cuestión, sino a las retribuciones que percibían. Y resulta que la resolución de 11 de mayo de 2018 no encuentra inconveniente en facilitar la información sobre las retribuciones, por la que se preocupa el Criterio Identificativo 1/2015, con la excepción del último año, 2018, por estar en curso entonces y porque en la letra C) del apartado 2 del criterio dice que la información sobre retribuciones se facilitará en cómputo anual y en términos íntegros.

Descartado, pues, el aspecto retributivo, nos encontramos que estamos hablando únicamente del acceso a la identidad del personal eventual nombrado en el periodo de referencia para puestos que, si bien puede convenirse que no implican asesoramiento especial y cuyo cometido puede en gran medida equivaler al de los auxiliares administrativos, sí son de especial confianza y se proveen por decisión libre del presidente del Tribunal de Cuentas a propuesta, en su caso, de los consejeros (art. 2.1.j Ley 7/1988).

En estas condiciones, no parece que el acceso a la información pública, consistente en la identidad del personal de confianza que desempeñó las secretarías de la presidencia, de los consejeros y de la Secretaría General del Tribunal de Cuentas deba ceder ante su derecho a la protección de datos. Ocuparon puestos de trabajo público; su nombramiento y separación fueron, según dice la ley, libres; es manifiesta la relevancia de la autoridad a la que presta servicios y, a la vez, lo es la posición constitucional del Tribunal de Cuentas. Todo ello justifica, por tanto, la prevalencia del interés público al que satisface el derecho que, en desarrollo del artículo 105 b) de la Constitución, ha regulado el legislador.

Ningún precepto concreto de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que impida la facilitación de la información requerida a los parlamentarios demandantes, incumpliendo el deber específico de motivación que se desprende de la expresión «razones fundadas en Derecho que lo impidan» del RC y que, en todo caso, impone la doctrina del Tribunal Constitucional ampliamente citada en la demanda. Por último, la supuesta ampliación de información remitida por el Gobierno es realmente inadmisibles ante una petición de representantes de la soberanía popular en ejercicio de su derecho parlamentario (*ius in officium*), y dada la previsión del artículo 109 de la CE en orden a que «las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquellas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas».

La comunicación remitida, que no es una respuesta en sentido propio, lejos de facilitar información concreta les obliga a solicitar cita en un órgano de la Administración para buscar y obtener ellos mismos la información. Por ello, en ningún caso puede considerarse como facilitación de la información.

Por todo lo argumentado, procede la plena estimación del recurso, y de conformidad con las previsiones del artículo 139.1 y 4 de la LJCA, la estimación del recurso conllevará imposición de las costas a la parte demandada –Administración General del Estado–, fijándose como cifra máxima a satisfacer por dicha parte, por todos los conceptos, la suma de ... euros, teniendo en cuenta para ello los criterios seguidos habitualmente por esta sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta. Señala el artículo 139.1 de la LJCA que procedería la condena en costas a la Administración. Dicho precepto establece: «En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la

parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho». Y el número 4: «La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de estas o hasta una cifra máxima».

Por ello, se debe requerir a la Administración General del Estado (el Gobierno) para que en término de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia facilite a los demandantes la información completa solicitada con fecha 4 de marzo de 2021.

7. En relación con el traslado de la funcionaria a la Comisión, ¿fue ajustado a derecho tal traslado? ¿Debe accederse a lo solicitado por el director para que el Congreso se haga cargo de los pagos de su abogado?

a) ¿Se ha vulnerado el derecho fundamental, tal y como alega la funcionaria?

De conformidad con el artículo 15 de la CE, «todos tienen derecho a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometido a tratos degradantes».

Este precepto ha de relacionarse con el artículo 43.1 de la CE, el cual dispone que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios».

Sobre esta salvaguarda a la integridad física y moral, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 14 julio de 1994, afirmó, en su fundamento jurídico 4.º: «Mediante este derecho se protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezcan de consentimiento del titular».

El Tribunal Supremo, en otra sentencia de 27 de junio de 1960, se refería a este derecho de integridad aplicado a las relaciones de sujeción, y en relación con la proporcionalidad de los medios a aplicar por la Administración para la consecución de sus fines.

En el presente caso, el derecho moral a la integridad física y moral de un trabajador prevalece sobre toda clase de intervención a su persona que no cuenta con el consentimiento del propio empleado.

Si la Administración obliga a trabajar a la empleada pública bajo las órdenes de una persona a la que denunció por el presunto delito ya apuntado anteriormente, y esta circunstancia le provoca una depresión y una afectación psíquica, y se acredita por técnico o facultativo correspondiente, no cabe duda de que no se actúa de forma respetuosa con ella y de que corre el riesgo de peligro para su salud.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 160/2007, de 2 de julio (NSJ024457), recuerda otra, que es la 62/2007, de 27 de marzo (NSJ023450), en la que se establecía que

el artículo 15 CE ampara de forma autónoma del derecho fundamental a la integridad física y moral y que en relación con tal derecho este tribunal ha tenido ocasión de señalar que su ámbito constitucionalmente garantizado protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular.

En la STC 221/2002, de 25 noviembre (NCJ047815), se afirma que

para apreciar la vulneración del citado artículo 15 no será precisó que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría a la tutela constitucional en una protección ineficaz *ex post*, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse [...] debe existir una relación de causalidad entre los antecedentes y el cuadro psicopatológico, partiendo de la previsibilidad del riesgo en una situación como la descrita [...] por tanto, cuando se demuestren posibles problemas sucesivos a la denuncia entre el denunciante y denunciado, relacionados con los hechos previos, y que menoscaben o pueda llegar a menoscabar psicológicamente al denunciante por derivarse de un riesgo de producción cierta, e incluso potencial, de la causa cesión de un perjuicio para su salud, tales como ansiedad, grave inquietud, terror, angustia, sentimiento de inferioridad u otras perturbaciones psíquicas y trastornos similares que impliquen un menoscabo o riesgo grave para la salud.

Por tanto, a la vista de todo lo indicado, la funcionaria tiene derecho a no prestar el servicio que se la había asignado, pasando a la persona que había denunciado, pues el derecho fundamental a la integridad prevalece sobre toda clase de intervención a su persona que no cuente con el consentimiento de dicho empleado. Si se prueba la afectación psicológica, por técnicos facultativos, que le supone a la funcionaria depender directamente de quien denunció provocando su condena por delito penal, puede afirmarse que, en prevención de su integridad moral, debería trasladarse al funcionario denunciado o a ella a otro destino.

b) ¿Tiene derecho el director de la concejalía de Hacienda a que el ayuntamiento le pague los honorarios del abogado en el proceso penal?

El artículo 14. f) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, prevé que:

Los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio:

[...] f) A la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos.

Siguiendo la STSJ de Galicia de 2 de mayo de 2016, que trae a colación la STS de 4 de febrero de 2002, en la que se establecen los requisitos para la atención de este tipo de gastos que, aunque referidos a un miembro de la corporación, son aplicables a los funcionarios:

Tratándose de gastos de representación y defensa en un proceso penal, la Corporación puede, en uso de la autonomía local, considerarlos como indemnizables a título de gastos ocasionados en el ejercicio del cargo, siempre que no concurren circunstancias que obliguen a calificarlos como gastos realizados en interés propio o a favor de intereses ajenos al general de la entidad local. Para ello es necesario que se cumplan las siguientes exigencias:

a) Que hayan sido motivados por una inculpación que tenga su origen o causa directa en la intervención del miembro de la Corporación en una actuación administrativa o de otra índole realizada en el cumplimiento de las funciones atribuidas por las disposiciones aplicables a su actividad como tal miembro de la Corporación o en cumplimiento o desarrollo de acuerdos de los órganos de esta. Estos gastos deben entenderse, en principio, que se trata de gastos generados con ocasión del ejercicio de sus funciones, pues la causa remota de la imputación penal radica en una conducta de estas características. No concurre en este caso porque se excedió tanto en sus funciones que presuntamente cometió un delito.

b) Que dicha intervención no haya sido llevada a cabo con abuso, exceso, desviación de poder o en convergencia con intereses particulares propios de los interesados o del grupo político o de otra índole al que pertenecen susceptibles de ser discernidos de los intereses de la Corporación, pues en tal caso la actuación no puede considerarse como propia del ejercicio de la función, sino como realizada en interés particular, aunque externa o formalmente no sea así.

c) Que se declare la inexistencia de responsabilidad criminal por falta objetiva de participación o de conocimiento en los hechos determinantes de la responsabilidad penal, la inexistencia de estos o su carácter lícito. De haberse contraído responsabilidad criminal no puede entenderse que la conducta realizada lo haya sido en el ejercicio de sus funciones, sino abusando de ellas. De no haberse probado la falta de participación en hechos penalmente reprochables, aun cuando concurren causas subjetivas de exención o de extinción de la responsabilidad criminal, cabe estimar, en atención a las circunstancias, que los gastos de defensa no dimanen del ejercicio de las funciones propias del cargo, dado que no puede considerarse como tales aquellas que objetivamente hubieran podido generar responsabilidad criminal.

Este requisito dimana del hecho de que la responsabilidad penal es de carácter estrictamente personal e individual, pues descansa en el reconocimiento de la culpabilidad de la persona. En consecuencia, la carga de someterse al proceso penal para depurar dicha responsabilidad es también, en principio, de naturaleza personal. De este principio general deben sin embargo excluirse aquellos supuestos en los que el proceso conduce a declarar inexistente la responsabilidad penal por causas objetivas ligadas a la inexistencia del hecho, falta de participación en

él, o carácter lícito del mismo. [...] El carácter suficiente o no de la exculpación o absolución para determinar el carácter indemnizable de los gastos de representación y defensa debe ser apreciado en cada caso examinando las circunstancias concurrentes a tenor de las decisiones adoptadas por los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional penal.

d) Finalmente es preciso que el funcionario solicite expresamente, con carácter previo, autorización a la Administración, en su caso, para el pago. Así lo ha dispuesto la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 06/02/2023 número de Recurso: 5318/2021, número de Resolución: 137/2023 (NCJ066463).

De todo lo dicho se desprende que si es condenado penalmente, debe correr personalmente con los gastos de su abogado, aunque su actuación beneficiara al ayuntamiento en términos económicos y habiendo realizado el delito sin conocimiento ni autorización o imposición de alguna autoridad superior de la corporación.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 15, 18, 23, 29, 31, 43, 53, 103, 105 y 109.
- Ley Orgánica 2/1979 (Tribunal Constitucional), arts. 42 y 43.
- Ley Orgánica 4/2001 (derecho de petición), arts. 1, 3 y 4.
- Ley 50/1997 (del Gobierno), art. 26.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 1, 12, 114 y 139.
- Ley 19/2013 (transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), arts. 2, 4, 12, 13, 14, 15, 18 y disp. adic. 1.^a y 8.^a.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 123 y 124.
- Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982, art. 7.
- SSTC de 14 de julio de 1994, 221/2002, 160/2007 y 199/2016.
- SSTS, Sala de lo Contencioso, de 27 de julio de 1960, núm. 3968/2019, y de 6 de febrero de 2023, rec. núm. 5318/2021.
- ATS, Sala 3.^a, de 21 de julio de 2021 (recursos contencioso-administrativos núm. 125, 142 y 143/2020).

Si necesitas motivación,

SOMOS EXIGENCIA.

Contigo, somos uno.



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresa y Tecnología • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Interuniversitario en Unión Europea y China • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

45 CEF.-
Aniversario



Más de

28.000 opositores

aprobados gracias

al #MétodoCEF.-

S puedo

Preparamos el acceso a:

- Administración General
- Administración Local
- Banco de España
- Comunidades Autónomas
- Cuerpos de Informática
- Empleo y Seguridad Social
- Ministerio de Hacienda
- Ministerio de Justicia
- Ministerio del Interior
- Unión Europea

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta www.cef.es y descubre el #MétodoCEF.-