

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 276 | Enero 2024

ISSN: 2697-1631



***Fashion law e influencers:*
de la incredulidad a su
integración jurídica**

Marina Lorenzo Luna

**Plataformas de mediación
electrónica y responsabilidad civil**

Pastora de Artíñano Marra

**Los principios de efectividad y equivalencia
en la jurisprudencia del TJUE a propósito
del asunto C-278/20, *Comisión c. España***

Beatriz Vázquez Rodríguez

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

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 276 | Enero 2024

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 de redacción

Enrique Arnaldo Alcubilla. Catedrático de Derecho Constitucional. URJ y magistrado del Tribunal Constitucional

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

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

Ana Cremades Leguina. Socia de Pérez Llorca Abogados

Silvia Díaz Sastre. Profesora titular de Derecho Administrativo, acreditada a catedrática. UAM

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

Marlen Estévez Sanz. Socia en Roca Junyent. Área procesal, litigación y arbitraje

Esther de Félix Parrondo. Socia de Cuatrecasas Abogados

Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría. Socio en Ramón y Cajal Abogados

Antonio Fernández de Buján y Fernández. Catedrático de Derecho Privado, Social y Económico. UAM

Rafael Fernández Valverde. Magistrado emérito del Tribunal Supremo y consejero de Montero-Aramburu Abogados

José Damián Iranzo Cerezo. Magistrado de la Sala Contencioso-Administrativa. TSJ de Madrid

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

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

José Ramón Navarro Miranda. Presidente de la Audiencia Nacional

Luis Pérez de Ayala Becerril. Socio de Derecho Público en Cuatrecasas y abogado del Estado excedente

Pedro Portellano Díez. Catedrático de Derecho Mercantil. UAM y Of Counsel en Garrigues

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

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

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 (2024) (11 números) 192 € en papel / 100 € en digital

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

Suscriptores 25 €

No suscriptores 30 €

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



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

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. Diríjase 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

Fashion law e influencers: de la incredulidad a su integración jurídica 5-30

Fashion law and influencers: from incredulity to their legal integration

Marina Lorenzo Luna

El rol de las plataformas de mediación electrónica como elemento determinante de su responsabilidad civil. Especial consideración a su funcionamiento interno 31-56

How does the role of electronic mediation platforms determine their civil responsibility?

An analysis based on their internal functioning

Pastora de Artíñano Marra

Constitucional-administrativo

Una reflexión sobre los principios de efectividad y equivalencia en la jurisprudencia del TJUE a propósito del asunto C-278/20, *Comisión c. España* 57-86

A reflection on the principles of effectiveness and equivalence throughout the judgments of the CJEU concerning case C-278/20, Commission v. Spain

Beatriz Vázquez Rodríguez

Comentarios de resoluciones

Civil-mercantil

El derecho al honor y su extensión al prestigio profesional (Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2023) 87-93

Casto Páramo de Santiago

Casos prácticos

Administrativo

Procedimiento de municipalización de un servicio público y subrogación de la Administración. Contrato de obras y gastos plurianuales

101-144

Julio Galán Cáceres

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

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

Fashion law e influencers: de la incredulidad a su integración jurídica

Marina Lorenzo Luna

Doctora en Derecho (España)

Abogada de propiedad industrial

lorenzolunamina@gmail.com | <https://orcid.org/0009-0008-8409-090X>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón Navarro Miranda, doña Marlen Estévez Sanz, doña Esther de Félix Parrondo, don Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, doña Esther Muñiz Espada y don Pedro Portellano Díez.

Extracto

Los comienzos del *fashion law* y la figura del *influencer* presentan una gran sincronía, ya que ambos fueron subestimados y en la actualidad destacan por haber alcanzado un merecido reconocimiento social y jurídico. Además de ello, el sector de la moda fue pionero en arriesgarse con la colaboración de *influencers* para llegar a un mayor número de potenciales clientes. Por ello, los abogados especializados en esta materia podrán prestar un buen asesoramiento a los que, enfocándose en dicho sector, encuentren una fuente de ingresos y tengan que adaptarse a un nuevo panorama normativo, que les presta una mayor atención, y que aunque no ha terminado de materializarse, les exigirá unas responsabilidades que han de conocer para evitar situaciones que les puedan afectar a nivel legal. Por medio de la reciente Ley 13/2022, de 7 de julio, general de la comunicación audiovisual, se reconoce la relevancia del *influencer* desde el punto de vista de la inversión publicitaria y el consumo, destacando del citado cuerpo normativo la previsión legal de efectos tributarios destinada a evitar migraciones económicas a países de carga impositiva leve, el establecimiento de un registro estatal de prestadores de estos servicios, el fomento de códigos de conducta, la prohibición de publicidad encubierta, la obligatoriedad de identificar las comunicaciones comerciales de forma clara y un amplio catálogo de infracciones y sanciones que pueden llegar a los 600.000 euros. Sin embargo, su entrada en vigor no ha sido completa en relación con algunos de los artículos que dan respuesta a muchos de los interrogantes motivadores de la misma, por lo que habrá que esperar a su desarrollo reglamentario para valorar su efectividad. Por otro lado, dicho reconocimiento les ha de permitir reivindicar una protección mayor en el desempeño de su actividad frente a conductas delictivas por parte de *haters* o seguidores, ya que pese a encontrar una previsión punitiva en nuestro Código Penal, no es efectiva en su aplicabilidad, debido a la dificultad de identificar o localizar a la persona que se escuda en la cuenta de una red social para desacreditar o dañar al *influencer*.

Palabras clave: derecho de la moda; influenciador; seguidores; redes sociales; creador de contenido.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado (en avance *online*): 15-12-2023

Cómo citar: Lorenzo Luna, L. (2023). *Fashion law e influencers: de la incredulidad a su integración jurídica*. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 276, 5-30. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19037>



Fashion law and influencers: from incredulity to their legal integration

Marina Lorenzo Luna

This work has been selected for publication by: Mr. José Ramón Navarro Miranda, Mrs. Marlen Estévez Sanz, Mrs. Esther de Félix Parrondo, Mr. Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, Mrs. Esther Muñiz Espada and Mr. Pedro Portellano Díez.

Abstract

The beginnings of fashion law and the figure of the influencer are highly synchronous as both were underestimated and currently stand out for having achieved well-deserved social and legal recognition. Furthermore, the fashion sector was a pioneer in taking risks with the collaboration of influencers to reach a greater number of potential clients. Thus, lawyers specializing in this field will be able to provide sound advice to those who, focusing on this sector, find a source of income and have to adapt to a new regulatory landscape that pays greater attention to them. Nevertheless, although this landscape/law has not yet fully materialized, they will have to be aware of the liabilities entailed in order to avoid situations that may affect them at a legal level. Recent general Law 13/2022, of July 7, 2022, on audiovisual communication, recognizes the influencer's relevance from the advertising expenditure and consumer perspective. Regarding this law, we wish to highlight the following: the legal provision for tax purposes aimed at avoiding economic migration to countries with a light tax burden, the establishment of a state register of providers of these services, the promotion of codes of conduct, the prohibition of covert advertising, the obligation to clearly identify commercial communications as well as a wide range of infringements and penalties of up to 600,000 euros. Its entry into force is not yet complete with regards to some of the articles that respond to many of the questions motivating it, so it will be necessary to wait for its regulatory development to assess its effectiveness. On the other hand, this recognition must allow them to demand greater protection in the performance of their activity against criminal behaviour on the part of haters or followers, since despite finding a punitive provision in our Penal Code, it is not effective in its applicability due to the difficulty of identifying or locating the person hiding behind a social media account to discredit or harm the influencer.

Keywords: fashion law; influencers; followers; haters; social media; content creator.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published (online preview): 18-12-2023

Citation: Lorenzo Luna, L. (2023). *Fashion law e influencers: de la incredulidad a su integración jurídica*. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 276, 5-30. <https://doi.org/10.51302/celegal.2024.19037>



Sumario

1. Enfoque conceptual del derecho de la moda: aparición sincrónica con *influencers*
 2. Definición y tratamiento jurídico de *influencers*
 - 2.1. Conceptualización y profesionalización de *influencers*
 - 2.2. Regulación jurídica
 3. El *influencer* catalogado como producto: vías de protección
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Enfoque conceptual del derecho de la moda: aparición sincrónica con *influencers*

El derecho de la moda o *fashion law* (derecho anglosajón) es el conjunto de normas jurídicas de derecho público y privado que regulan el ámbito empresarial y creativo de la industria de la moda. De tal manera que siendo esta una rama jurídica transversal, con cabida predominantemente en el derecho mercantil, se ve abocada a una relación constante y directa con otras disciplinas jurídicas, de las cuales se sirve para dar soluciones a cuestiones que se plantean en el mundo de la moda.

Actualmente, en nuestro país no existe una normativa centrada exclusivamente en moda, por lo que su regulación se extiende a todo cuerpo normativo de las diversas ramas del derecho que pueda precisar para la resolución de controversias que puedan surgir en su ámbito.

Nuestro sistema legal permite que sobre un mismo diseño de moda pueda recaer una dualidad de protecciones conferidas tanto por la normativa reguladora de la propiedad industrial como por la normativa vigente de propiedad intelectual, las cuales se erigen pilares fundamentales en la materia.

Algunos de los ámbitos que interesan al sector de la moda son los procedimientos jurídicos y aduaneros a su alcance para lograr frenar la problemática de las falsificaciones, imitaciones y copias; así como los mecanismos actuales para proceder contra las prácticas comerciales desleales, en concreto, las relativas a *dumping* social y ambiental, y finalmente conocer la variedad de contratos entre los que pueden optar para asegurar el buen desarrollo de su actividad y la promoción de sus productos, especialmente a través de *bloggers* o *influencers*.

En la actualidad, nos encontramos dentro del sector con numerosos frentes abiertos debido a que si bien sus avances van a la misma velocidad que el *fast fashion*¹ no podemos decir lo mismo a nivel normativo. Ello se debe, en primer lugar, a la incredulidad mostrada a la materia por la propia comunidad jurídica cuando comenzó su planteamiento, y en segundo lugar, por la existencia de una amplitud normativa de aplicación analógica, que si bien es susceptible de paliar carencias, en ocasiones se ha de enfrentar a realidades que escapan de su propio contenido.

¹ El *fast fashion* o moda rápida es un sistema empresarial con un modelo de producción masivo, de bajo coste y calidad, compuesto de prendas de temporada, que se renuevan cada semana en tienda en virtud de las tendencias de moda imperantes en ese momento, generando en el consumidor la sensación de que sus prendas han quedado obsoletas en un periodo de tiempo muy corto, pero que a la vez se ve compensando con los precios de venta, que le llevan a la creencia de poder permitirse comprar la tendencia del momento continuamente. En opinión compartida con el diseñador y cofundador de la firma Devota&Lomba, Modesto Lomba, España es líder del *fast fashion*, siendo Italia líder del *prêt-à-porter*; Francia lo sigue siendo en la alta costura o costura de lujo y los americanos son líderes en comunicación. www.abc.es/economia/20140828/abci-espana-lider-mundial-fast-201408262042.html

Parece que de manera análoga se desenvuelven esta rama jurídica emergente, los abogados especializados en el derecho de la moda o *fashion lawyers* y la profesión de *influencer*, en el sentido de que en sus comienzos fueron subestimados y en la actualidad empiezan a tener un considerable peso social y jurídico; rindiéndose pleitesía en aras de una evolución conjunta, dado que la industria de la moda es de las que más dinero mueve a nivel global y de las primeras en demandar un tratamiento especializado de la problemática que le es propia, por medio de abogados conocedores de las particularidades de sus tiempos y funcionamiento, y en arriesgar con la colaboración de *influencers*, que estaban iniciando sus carreras con cierto desconocimiento, para llegar a un mayor número de potenciales clientes.

Como se ha dejado constancia, sus comienzos presentan una gran sincronía, ya que el *fashion law* se origina gracias a la labor desarrollada por Susan Scafidi, abogada estadounidense, que además de tener una importante trayectoria profesional y docente en diversas universidades de su país, se interesó en dar cabida a todas las cuestiones jurídicas relacionadas con el mundo de la moda, en una rama del derecho especial e individualizada².

No tardaron las críticas a su desempeño, por lo que siendo consciente del rechazo que provocaba la difusión de esta materia por vías convencionales, se dispuso a crear en 2005 la web Counterfeit Chic³, un oráculo en el que, a través de consultas y estudios jurídicos sobre moda, se da a conocer esta interesante rama creciente del derecho. El blog tuvo un gran acogimiento; ello le llevó a dar cursos sobre la materia en Fordham School of Law⁴, y a ganarse el apoyo del Council of Fashion Designers of America⁵ para que, unos años más tarde, en 2010, se asociasen para crear el Fashion Law Institute⁶, una institución sin ánimo de lucro dedicada a esta nueva área de conocimiento (Echeverría, 2015, pp. 28-30).

Su profesionalidad le permitió identificar la necesidad de aunar en una disciplina cuestiones para las que ya existía una regulación vigente para lograr su mejora y expansión global, por lo que podemos considerarla una de las primeras *legal influencer* (Consejo General de la Abogacía Española, 17 de enero de 2022).

² Véase, en este sentido: «El Derecho de la moda, sin embargo, es una disciplina nueva. Desde la existencia de las casas de moda, casi tan remota como la existencia de los fabricantes de ropa, han existido las consultas a los abogados. Pero cuando yo primero imaginé y luego definí un ámbito jurídico dedicado a la industria de la moda, las escuelas no dictaban cursos de Derecho de la moda, los colegios de abogados no reconocían el tema y los bufetes de abogados no se especializaban en ella como un área del Derecho. Las palabras "moda" y "ley" no estaban vinculadas, y el Derecho de la moda no era una rama del Derecho reconocida. Hoy en día, existe una rama del Derecho a la medida de la industria de la moda, y su crecimiento global ha sido increíble» (Scafidi, 2015, p. 18).

³ <http://counterfeitichic.com/>

⁴ «Susan Scafidi», Fordham University. https://www.fordham.edu/info/23380/susan_scafidi

⁵ About CFDA. <https://cfda.com/about-cfda>

⁶ About the Institute. <https://www.fashionlawinstitute.com/>

Esta modalidad del derecho se traslada a nuestro sistema legal con un concepto sin concepto, un secreto a voces, o bien por medio de una escuela peripatética moderna en la cual unos cuantos discípulos aprenden las enseñanzas de su maestro. Ello es así porque se comienza a difundir a través de blogs jurídicos, noticias, congresos, cursos, másteres sobre la materia, pero no contamos en España con una normativa especializada en la regulación del sector de la moda, básicamente porque su transversalidad le permite encontrar asilo en todas las ramas del derecho y por ende su aplicación analógica.

Sin embargo, esta disciplina ha encontrado su asiento en el panorama jurídico nacional actual gracias a la investigación e impulso por parte de juristas que confiaron en su transcendencia y buscaron la interpretación acorde a sus vicisitudes en la normativa vigente. Prueba de ello es la existencia del Código de la Moda (Garrigues y Boletín Oficial del Estado, 2023), en el cual podemos encontrar la selección y ordenación de las principales normas aplicables a la industria de la moda y la cosmética, desde un prisma generalista y con la intención de facilitar la consulta de la extensa normativa que puede resultar aplicable.

Por lo expuesto, el derecho de la moda precisa ser dotado de una especialización y desarrollo evitativo de políticas del parcheado, permisivo a la hora de darse a conocer en facultades y aperturista en despachos que ofrezcan sus servicios en la materia.

Como indicábamos, en términos parecidos aparecen los primeros creadores de contenido de la moda en los años 2000, a través de blogs y otras plataformas de fotografía en las que de algún modo se encontraba un público y su *feedback*, por ello no es de extrañar que esta profesión evolucionase integrada en el nacimiento de otras redes sociales más actualizadas a nivel tecnológico, pues las mismas permitieron una visibilidad accesible a todos los operadores económicos y sociales de la industria de la moda, la cual no tardó en hacerse eco de tales personalidades, llegando incluso a cederles asientos en los *front row* de los desfiles de las firmas más prestigiosas a nivel internacional, algo impensable y criticado por expertos del momento.

A pesar de sus detractores, es innegable que vivimos en la era de la comunicación, y las redes sociales suponen la apertura a un nuevo mundo en el que solo importa una cosa: compartir nuestras vidas a un público más o menos restringido en función de nuestros intereses. Como decimos, compartir nuestra imagen u opiniones a través de los diversos canales que la sociedad de la información nos brinda se ha convertido en nuestro día a día, lo que ocurre es que unos se han dedicado a ello con mayor constancia, originalidad e implicación que otros, motivados por la primordial intención de que su popularidad les haga llegar a un mayor número de personas, lo cual se traduce en un alto número de *followers*.

En el sector de la moda, hablamos de *bloggers*, *youtubers*, *facebookers*, *tuiteros*, *tiktokers* e *intagrammers* para referirnos a aquellas personas que han convertido un *hobby*, consistente en comprar ropa, vestirse con ella y hacerse fotos o vídeos, poner algún tipo de comentario relacionado con la marca u opinión de tipo personal, seguir las tendencias, acudir a eventos de moda y subirlo a la red, en una verdadera profesión que les reporta altos ingresos económicos o en especie. Dentro de este gremio, destaca la figura del *influencer*, que es la catalogación

que podrá recibir cualquiera de los anteriores cuando su fama y alto número de seguidores no pase inadvertido para las marcas de moda, que verán en ellos un verdadero canal de comunicación para promocionar sus productos. Ante esta realidad, tan poco premeditada, que ha generado nuevas relaciones jurídicas y un nuevo canal de publicidad, no se ha mostrado indiferente nuestro sistema jurídico, aunque sea por aplicación analógica de la normativa vigente.

En España, contamos con *influencers* destacados en el sector de la moda, cuya actividad predomina en Instagram, ya que se sitúa en el cuarto puesto de la red social más activa del mundo con 1.318 millones de usuarios en enero de 2023 (Kemp, 2023). Entre ellos, por ejemplo, Aida Domènech (@dulceida) cuenta con 3,3 millones de seguidores en Instagram, María Pombo (@mariapombo) cuenta con 3 millones de seguidores, Alexandra Pereira (@alexandrapereira) con 2,3 millones de seguidores, Sara Escudero (@collagevintage) con un millón de seguidores, Manu Ríos (@manurios) con 11 millones de seguidores, Pelayo Díaz (@pelayodiaz) con un millón de seguidores, Sergio Miller (@sergiomiller) con 97,2 mil seguidores, etc., y destacan por su pasión por la moda y su creatividad a la hora de transmitirla. Con tales cifras, e incluso barajando algunas no tan elevadas en la citada red social, como puede ser el caso de *nanoinfluencers*, con una comunidad de hasta 10.000 seguidores, o *microinfluencers*, con un público que oscila entre los 10.000 y 50.000 seguidores⁷, no podemos obviar su capacidad de influir sobre los mismos, aptitud que les permite ser atractivos para las compañías de moda, las cuales iniciarán negociaciones encaminadas a que promocionen sus productos a cambio de una contraprestación económica o en especie.

2. Definición y tratamiento jurídico de *influencers*

2.1. Conceptualización y profesionalización de *influencers*

Según la Real Academia Española, el término *influencer* (RAE) es un anglicismo usado en referencia a una persona con capacidad para influir sobre otras, principalmente a través de las redes sociales. Como alternativa en español, se recomienda el uso de influyente, influidor e influenciador. Sin embargo, tal anglicismo lo hemos incorporado de una forma natural a nuestro lenguaje por la cotidianeidad de su uso, tanto por los medios de comunicación como por sus interlocutores. Para la IAB Spain (Interactive Advertising Bureau)⁸ los *influencers* son aquellas personas que se considera que tienen el potencial de crear *engagement*, impulsar la conversación o influir en la decisión de compra de productos/servicios de un público objetivo.

⁷ Estas cifras pueden variar en función de la red social, las citadas son las que se toman de referencia en la red social Instagram (IAB Spain, 2021, p. 22).

⁸ Asociación que representa al sector de la publicidad y la comunicación digital en España. Dentro de la misma se constituye en 2019 la Comisión de Influencers, con el objetivo de mejorar la credibilidad, la transparencia y la eficacia del sector desde la perspectiva de los diferentes actores que constituyen el panorama del marketing de *influencers* (IAB Spain, 2021, p. 4).

Estos individuos pueden variar, desde celebridades hasta perfiles menos conocidos en un ámbito general, pero reconocibles en su propio nicho más especializado (IAB Spain, 2021, p. 5).

Es por ello que el *influencer* ha de tener en cuenta algunos aspectos legales en su colaboración con las compañías de moda, no solo en el cumplimiento de los compromisos que puedan asumir para la promoción pública de sus productos o asistiendo a los eventos pactados, sino también en la creación de contenido, pues sus seguidores pasan a ser consumidores potenciales de los productos que promocionan y como tal merecen que las publicaciones estén dotadas de la transparencia que ha de primar en toda comunicación publicitaria.

Para ello, en aras de esa transparencia, y en el tránsito de espera de una normativa especializada que regulase a nivel nacional y europeo la actividad de *influencers*, la IAB Spain (2021, p. 4) confeccionó una guía legal sobre el marketing de *influencers* para unificar criterios y mejorar la credibilidad y eficacia de un sector que evoluciona a un ritmo superior al del propio mercado.

Como indica la citada guía, podemos diferenciar dos tipos de *influencers* en función del origen de su popularidad: por una parte, nos encontramos la figura del *influencer* nativo, que se da a conocer en redes sociales y que por tanto su volumen de seguidores se debe al contenido que comparte, y por otro lado, la figura del *influencer* no nativo, cuya popularidad puede derivar tanto por su carrera profesional en cualquier ámbito como, por ejemplo, el cine o el deporte, como por el contenido de interés que publica en sus redes.

Es reseñable tener en cuenta que la aparición de este tipo de profesionales no solo ha generado empleo en torno a los mismos, ya que a ciertos niveles suelen ir acompañados de un equipo de maquilladores, peluqueros, fotógrafos, etc., sino que también ha permitido la aparición de agencias dedicadas a su asesoramiento y que actúan como nexo de unión entre los *influencers* y las compañías de moda, creando de este modo una red de contactos y, por tanto, de relaciones jurídicas entre los mismos; destacan las siguientes (IAB Spain, 2021, p. 7):

- Agencias de representación: este tipo de agencias actúan como *influencers hunters*, creando una cartera de los mismos en función de sus intereses, como pueden ser moda, estilo de vida saludable, deporte, etc., e intervienen poniendo en contacto al *influencer* con la marca o anunciante, presentado, por un lado, a este último un perfil que se adapte a sus objetivos y, por otro, representando, orientando y asesorando en exclusiva al *influencer* en la creación de contenido y explotación comercial del mismo. Asimismo, pueden asumir funciones de agencia creativa, producción y difusión publicitaria.
- Agencias de medios: son las encargadas de definir la estrategia del tipo de *influencer* que mejor se adapte al tipo de campaña que quiera desarrollar la compañía de moda; en ocasiones recurren a agencias especializadas en la búsqueda de *influencers* y definen tanto los intereses del anunciante como las necesidades del *influencer*.

- **Agencias especializadas:** son las que definen la estrategia de la compañía, el número de perfiles con los que van a contar, los formatos de creación y las redes sociales en las que se va a crear el contenido y que haga más atractivos los productos y servicios del anunciante. Este tipo de agencias aportan un *know-how* único, que supone un valor diferencial gestionando la campaña del *influencer*, permitiendo de este modo a la compañía desentenderse de este cometido. Suelen presentar un *hunting* provisional de *influencer* que sea acorde a los objetivos, aunque luego no se materialice la colaboración con los mismos.

Las citadas agencias facilitan la negociación entre las partes, y una vez aceptados los servicios, se firmarán los contratos correspondientes entre las agencias expuestas con los *influencers* (contrato de agencia o colaboración) y con las compañías de moda (el tipo de contrato dependerá de si se prestan o no servicios adicionales por parte de la agencia a los prestados por el *influencer* a la compañía de moda); en caso de que no intervenga una agencia, el contrato de servicios se puede efectuar directamente entre el *influencer* y la compañía de moda.

Aunque en la práctica es común que se celebren pactos verbales, el peso que está adquiriendo esta figura en el mercado recomienda que los mismos consten por escrito, a efecto de evitar conflictos y dudas sobre lo acordado. De acuerdo con las peculiaridades de este tipo de relaciones, podemos considerar como contratos acordes para estipular el acuerdo de voluntades entre la marca y el *influencer* los de arrendamiento de obra o servicio, con lo cual la normativa aplicable podrá ser laboral o mercantil, dependiendo del caso concreto (Estatuto de los Trabajadores⁹, Código de Comercio¹⁰ y Código Civil¹¹). El contrato ha de formularse por escrito, deberá ir firmado por ambas partes y en sus cláusulas es recomendable que se precisen extremos como, por ejemplo, identificación de las partes (*influencer*, anunciante y tipo de agencia en caso de que intervenga alguna), descripción del servicio que se va a prestar (objetivos, limitaciones, vías de promoción, libertad o supervisión del contenido, exclusividad o no, limitación de prestación de servicios a competidores y su duración, etc.), obligaciones de las partes, régimen de responsabilidad, protección de datos, duración, remuneración y forma de pago, fuero aplicable y sometimiento a tribunales, así como otros aspectos, como, por ejemplo, que el *influencer* garantice que se van a respetar los derechos de propiedad intelectual e industrial de terceros en las plataformas que utilice.

Como expone la citada guía, la finalidad de contar con *influencers* para una campaña publicitaria radica en la consecución de una serie de objetivos (IAB Spain, 2021, p. 15), como pueden ser:

⁹ Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015. BOE-A-2015-11430

¹⁰ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. GAZ núm. 289, de 16 de octubre de 1885. BOE-A-1885-6627.

¹¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE-A-1889-4763

- Visibilidad (*awareness*): para conseguir impresiones en formato foto y visualizaciones en formato vídeo.
- Tráfico: para conseguir clics a plataformas externas.
- *Engagement*: para conseguir interacciones.
- Conversión: para conseguir objetivos muy específicos como compra, *leads*, etc.

Como sabemos, lo que más interés despierta a nivel comercial es que por medio de las redes sociales se pueden obtener muchos datos, los cuales suelen ser interpretados por las agencias expuestas y traducidos en resultados obtenidos de conformidad a los objetivos expuestos, siendo los mismos de especial transcendencia en la toma de decisiones de cualquier compañía (IAB Spain, 2021, p. 15).

2.2. Regulación jurídica

Desde un punto de vista jurídico, no se contaba a nivel nacional o europeo con una normativa especializada en la regulación de la actividad de *influencers*, es decir, que hasta la entrada en vigor de la reciente Ley 13/2022, de 7 de julio, general de la comunicación audiovisual¹² en España únicamente se contemplaban códigos de conducta y de buenas prácticas para tratar de orientar la actividad, junto con otras normas aplicables por analogía.

En el citado cuerpo normativo aparece por primera vez expuesta la figura del *influencer* y se regulan ciertos aspectos funcionales de especial transcendencia social y económica, otorgándole de este modo un merecido reconocimiento profesional y legal. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que su entrada en vigor no ha sido completa en relación con algunos de los artículos que dan respuesta a muchos de los interrogantes motivadores de la misma y que giran en torno a estos usuarios de especial relevancia, por lo que habrá de esperar su desarrollo reglamentario para ver su efectividad junto a otras normas aplicables, como las siguientes:

- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad¹³.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal¹⁴.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico¹⁵.

¹² Ley 13/2022, de 7 de julio, general de la comunicación audiovisual. BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

¹³ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad. BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988.

¹⁴ Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991.

¹⁵ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

- Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias¹⁶.
- Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
- Códigos de autorregulación específicos relativos a publicidad de juguetes, cerzas o bebidas espirituosas.

La normativa es aplicable tanto a personas físicas como a personas jurídicas que promocionen bienes y servicios a través de redes sociales, siendo indiferente si hay una contraprestación económica o en especie y la buena o mala fe del *influencer*, en el sentido de que no sea consciente de la trascendencia publicitaria de sus recomendaciones. Sin embargo, no serán aplicables a quienes en un plano personal o doméstico recomienden algún producto sin interés publicitario.

Sin embargo, con cierto nivel de seguidores va a ser complicado para el consumidor diferenciar cuando se está ante una promoción o no, o cuándo actúa el *influencer* en un plano doméstico o si ha habido una remuneración o no, aspectos sobre los cuales no se suele dejar constancia evidente. En estos casos es habitual especificar la marca del producto, pero ello no desvela si existe o no un acuerdo previo entre las partes.

Ante esta realidad, aparece la citada Ley 13/2022, de 7 de julio, general de la comunicación audiovisual¹⁷, la cual deroga a su antecesora, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual, incorporando al derecho español la Directiva 2010/13/UE, de 10 de marzo, de servicios de comunicación audiovisual, y también, de manera completa, la Directiva (UE) 2018/1808 de 14 de noviembre.

En el citado cuerpo normativo,

se incluye en el Título V una previsión para los usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. Estos servicios que, en muchos ámbitos, son agrupados bajo el concepto de «*vloggers*», «*influencers*» o «prescriptores de opinión», gozan de relevancia en el mercado audiovisual desde el punto de vista de la inversión publicitaria y del consumo, especialmente entre el público más joven. La propia norma repara en que la irrupción y consolidación de estos nuevos agentes requiere de un marco jurídico que refleje el progreso del mercado y que permita lograr un equilibrio entre el acceso a estos servicios, la

¹⁶ Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

¹⁷ Ley 13/2022, de 7 de julio, general de la comunicación audiovisual. BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

protección del consumidor y la competencia; especificando que la propia Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual señala que: «(...) los canales o cualquier otro servicio audiovisual que estén bajo la responsabilidad editorial de un prestador pueden constituir servicios de comunicación audiovisual en sí mismos, aunque se ofrezcan a través de una plataforma de intercambio de vídeos». El desarrollo aún incipiente de estos servicios aconseja el establecimiento de una serie de obligaciones básicas relativas a los principios generales de la comunicación audiovisual, a la protección del menor, a la protección del consumidor y a su inscripción en el Registro¹⁸.

En este sentido, como indica el artículo 94 de la citada norma¹⁹, el cual hasta su desarrollo reglamentario no se encuentra en vigor, tendrán la consideración de usuarios de especial relevancia aquellos que empleen los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma y cumplan de forma simultánea los siguientes requisitos:

- a) Que el titular obtenga unos ingresos significativos derivados de su actividad.
- b) Que sea el responsable editorial de los contenidos audiovisuales puestos a disposición del público en su servicio.
- c) Que el servicio prestado esté destinado a una parte significativa del público en general y pueda tener un claro impacto sobre él.
- d) Que la función del servicio sea la de informar, entretener o educar y su principal objetivo sea la distribución de contenidos audiovisuales.
- e) Que el servicio se ofrezca a través de redes de comunicaciones electrónicas; incorporando el apartado una previsión legal de efectos tributarios destinada a evitar migraciones económicas a países de carga impositiva leve, con la consideración de que un prestador del servicio de comunicación audiovisual se encuentra establecido en España en los siguientes supuestos:
 - Cuando tenga su sede central en España y las decisiones editoriales las tome en España.
 - Cuando tenga su sede central en España, aunque las decisiones editoriales se tomen en otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que una parte significativa del personal que realiza la actividad de programación del servicio de comunicación audiovisual trabaje en España.
 - Cuando tenga su sede central en otro Estado miembro de la Unión Europea, las decisiones editoriales se tomen en España y una parte significativa del personal que realiza la actividad de programación del servicio de comunicación audiovisual trabaje en España.

¹⁸ BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

¹⁹ Véase nota anterior.

- Cuando tenga su sede central en España y una parte significativa del personal que realiza la actividad de programación del servicio de comunicación audiovisual trabaje en España y en otro Estado miembro.
- Cuando el prestador inició por primera vez su actividad en España, siempre y cuando mantenga un vínculo estable y efectivo con la economía de España, aunque una parte significativa del personal que realiza la actividad de programación del servicio de comunicación audiovisual no trabaje ni en España ni en ningún Estado miembro.
- Cuando el prestador tenga su sede central en España, pero las decisiones sobre el servicio de comunicación audiovisual se tomen en un Estado que no forma parte de la Unión Europea, o viceversa, siempre que una parte significativa del personal que realiza las actividades del servicio de comunicación audiovisual trabaje en España.
- Tendrá la misma consideración el prestador del servicio al que no se le aplique lo anteriormente expuesto, pero utilice un enlace ascendente con un satélite situado en España o utilice una capacidad de satélite perteneciente a España, aunque no use un enlace ascendente con un satélite situado en España.

Además de ello, estará sujeto a lo dispuesto en la norma siempre que se encuentre establecido en España, de conformidad con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico²⁰, y cuando no esté establecido en un Estado miembro, se considerará establecido en España en los casos que:

- a) Tenga una empresa matriz o una empresa filial establecida en España, o
- b) Forme parte de un grupo y otra empresa de ese grupo esté establecida en España.

Ante la posibilidad de que existan varias empresas filiales repartidas en Estados miembros diferentes, se establecen diversos condicionantes para su vinculación a España, como, por ejemplo, que la filial española iniciase la actividad en primer lugar, siempre que mantenga relación con el país.

Otra de las novedades que presenta la citada ley es que estos usuarios de especial relevancia deberán inscribirse en el Registro estatal de Prestadores de Servicios de Comunicación Audiovisual. Sin embargo, estas disposiciones entrarán en vigor con la aprobación del reglamento que concrete los requisitos para ser considerado usuario de especial relevancia y especifique la organización y funcionamiento del registro.

Por otro lado, mantiene el fomento de la adopción de códigos de conducta de auto y correulación por parte de estos usuarios de especial relevancia, las asociaciones que los

²⁰ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

agrupen o sus representantes. Siendo importante reseñar que, más allá de los mismos, se impone la obligatoriedad de garantizar la observancia de principios como el respeto a la dignidad humana y los valores constitucionales, sin fomentar el odio, la violencia o la discriminación, el respeto al honor, la intimidad y la propia imagen, se abstendrán de incitar a la comisión de delitos, transmitirán una imagen igualitaria de hombres y mujeres, promoverán la alfabetización mediática recomendando a los padres o personas a cargo de los menores que controlen un uso responsable de las redes sociales, así como su propensión a la autorregulación y corrección a convenios y su adhesión a códigos de conducta; protegiendo de este modo al público general de este tipo de contenidos audiovisuales dañinos y evitando perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de menores de edad. Para el cumplimiento de tales obligaciones, los prestadores de servicio de intercambio de vídeos a través de plataformas deberán establecer mecanismos transparentes y de fácil uso que permitan al usuario notificar la vulneración de los principios expuestos, calificar sus contenidos, establecer sistemas de verificación de edad, sistemas de control parental, sistemas para el trámite y seguimiento de reclamaciones, facilitar el sometimiento de conflictos a litigios de consumo; todo ello sin perjuicio de la aplicación del régimen jurídico de responsabilidad previsto en el artículo 73 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre²¹, y en la Ley 34/2002, de 11 de julio²².

En cuanto a protección de datos, se establece que los datos personales de menores recogidos o generados de otro modo por este tipo de prestadores de servicios no podrán ser tratados con fines comerciales.

En este sentido, es interesante tener en cuenta que la edad de acceso a redes sociales es cada vez más temprana, y si pecamos los adultos consumiendo productos promocionados por gurús de a pie, el menor que ya ve como opción futura profesionalizarse en redes sociales e idolatra a sus *influencers* favoritos resulta más vulnerable en términos de consumo y justifica una mayor protección.

Además de ello, para tratar de lograr la transparencia comercial perseguida durante todos estos años, la norma establece la obligatoriedad de hacer constar de forma clara cuándo se está ante una comunicación comercial audiovisual, entendiéndose que forman parte de la misma las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica, que acompañan o se incluyen en un programa o en un vídeo generado por el usuario a cambio de una remuneración o contraprestación similar a favor del prestador del servicio de comunicación

²¹ Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 2021, pp. 133.204-133.364.

²² BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

audiovisual, o bien con fines de autopromoción; prohibiéndose la comunicación audiovisual encubierta, subliminal o de productos nocivos como el tabaco, el cigarrillo electrónico o medicamentos sin observancia de la normativa prevista para este tipo de publicaciones. Nos parece igualmente destacable la prohibición de promover el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen por vía de la promoción de tratamientos estéticos o adelgazantes, ya que a ciertas edades se puede ser más sensible en términos de autoaceptación física; en este sentido, no hemos encontrado una previsión legal, pero entendemos igualmente dañino el uso de determinados filtros en promociones de productos que pueden distorsionar la efectividad de los mismos.

Sin embargo, la norma supedita la exigibilidad de su contenido a la trascendencia del prestador del servicio valorando su tamaño, volumen de usuarios, naturaleza de los contenidos o servicios ofrecidos, lo cual se especificará reglamentariamente.

Para controlar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en la norma, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá realizar actuaciones inspectoras para evaluar la idoneidad de medidas adoptadas, ya que la actuación contraria a las mismas puede dar lugar a infracciones muy graves, graves y leves, cuya sanción puede ir desde los 10.000 euros hasta 600.000 euros. En este ámbito, tienen competencia sancionadora tanto el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, tal como indica el artículo 155 de la ley²³. Las infracciones y sanciones que se impongan prescribirán, en función de su gravedad, a los tres años las muy graves, a los dos años las graves y al año las leves.

Además de la norma expuesta, merece especial atención el artículo 20 de la Ley de servicios de la sociedad de la información²⁴, el cual establece que las comunicaciones comerciales por vía electrónica deberán ser identificadas claramente como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan.

Asimismo, cuando las comunicaciones incluyan ofertas promocionales, descuentos, premios y regalos, concursos o juegos promocionales, previa autorización, se deberán asegurar de que queden claramente identificados como tales y que las condiciones de acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca. En todo caso, queda prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación.

El incumplimiento del precepto legal expuesto se cataloga en el artículo 38.4 c) del citado cuerpo normativo como infracción leve, lo cual puede dar lugar a sanciones de hasta 30.000 euros²⁵.

²³ BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

²⁴ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

²⁵ Artículo 39 c) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

Paralelamente, la Ley de competencia desleal²⁶ establece en su artículo 5 que se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre aspectos como, por ejemplo, la existencia o naturaleza del bien o servicio, sus características principales, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el precio, los derechos de los consumidores, etc. También se reputan desleales, en primer lugar, el incumplimiento de los compromisos asumidos en un código de conducta al que se esté vinculado mediante un compromiso firme y verificable, cuando dicho incumplimiento sea susceptible de distorsionar el comportamiento económico de sus destinatarios. En segundo lugar, cualquier operación de comercialización de un bien como idéntico a otro comercializado en otros Estados miembros cuando dicho bien presente una composición o unas características significativamente diferentes, a menos que esté justificado por factores legítimos y objetivos. En tercer lugar, la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Y, en cuarto lugar, se tendrá en cuenta si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.

Para la determinación del carácter engañoso de los actos se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características, circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado. Cuando el medio imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios.

También se hace alusión a la obligación de transparencia en el artículo 26 del mismo cuerpo legal, el cual establece que se consideran desleales por engañosas las prácticas que incluyan como información en los medios de comunicación o en servicios de la sociedad de la información o redes sociales comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido, o a través de imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario, que se trata de un contenido publicitario, y las que faciliten resultados de búsquedas en respuesta a las consultas en línea efectuadas por un consumidor o usuario sin revelar claramente cualquier publicidad retribuida o pago dirigidos específicamente a que los bienes o servicios obtengan una clasificación superior en los resultados de las búsquedas, entendiendo por clasificación la preeminencia relativa atribuida a los bienes o servicios, en su presentación, organización o comunicación por parte del empresario, independientemente de los medios tecnológicos empleados para dicha presentación, organización o comunicación.

²⁶ BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991.

Por otro lado, la Ley general de publicidad²⁷ establece, en su artículo 3, que se considerará ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución española. En este sentido, se entenderán incluidos los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento, coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomento estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad.

En relación con esta medida, es curioso cómo algunas redes sociales como Instagram censuran una misma parte del cuerpo a la mujer pero no al hombre, lo que ha dado lugar a diversas reivindicaciones por la igualdad a través del hashtag, *#freenipple*, por parte de numerosas celebridades e *influencers* que, por ejemplo, han compartido en sus redes sociales portadas de revistas en las que aparecía el pecho descubierto, en el contexto artístico que permite la moda y la fotografía, y han sido eliminadas por la propia aplicación. En este sentido, nos preguntamos: ¿qué ocurre cuando, por ejemplo, es el propio *influencer* el que libre, voluntariamente y en su mirada artística promociona un producto en una actitud vejatoria o estereotipada a ojos de un determinado público? En nuestra opinión, la publicidad ha de ser arriesgada y polémica siempre que no atente contra derechos de terceros o incite a ello, en el sentido de que la libertad de uno termina cuando trasgrede la de los demás, pero una persona puede a sí misma exponerse a su riesgo y ventura gracias a la libertad de expresión de que dispone; otra cuestión será si esa libertad está permitida o no por contrato con la marca, ya que este es un extremo importante que puede dar lugar a que una publicación se elimine por no estar permitida en los términos y condiciones de la plataforma empleada, o por denuncia de los usuarios de la plataforma, y que ello pueda dañar la reputación que la marca tiene en el mercado o para un determinado público objetivo al que se dirige la campaña.

También se considera ilícita la publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros; tampoco permite la ley la publicidad subliminal, la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, y la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal.

²⁷ BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988.

Todas estas normas se traducen en la obligación por parte del *influencer* de actuar de manera transparente, permitiendo al consumidor que sea consciente de que se encuentra ante un producto publicitado.

Si bien parece que las disposiciones expuestas resultan claras en cuanto a su obligado cumplimiento, la realidad revela que, en la práctica, existe una tendencia generalizada y al parecer consentida de publicidad encubierta que vulnera lo que la doctrina ha denominado «principio de autenticidad» o «principio de identificación de la publicidad». Por ello, el 1 de enero de 2021 entró en vigor el Código de conducta sobre el uso de *influencers*, creado por la Asociación Española de Anunciantes (AEA), la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol), el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y el Ministerio de Consumo para fomentar el cumplimiento de los principios expuestos. Las normas deontológicas contenidas en el citado código serán de aplicación al contenido de carácter publicitario de las empresas adheridas a las asociaciones creadoras del mismo (las cuales deben informar al *influencer* de su existencia y aplicación) y a otras empresas del sector e *influencers* que voluntariamente se vinculen al mismo. En la actualidad se encuentran 900 entidades adheridas al código (AEA, 2023).

Tanto el citado código como el *Libro blanco marketing de influencia* dejan constancia de la inexistencia de una obligación estricta de marcar una promoción como «publi» o «publicidad», o mencionar expresamente al anunciante o marca, ya que el cumplimiento de la obligación de transparencia que impone la LSSI²⁸ se puede satisfacer por diversas vías, siendo clave que quede claro que un determinado contenido es publicidad de una marca determinada, por ejemplo, cuando el contenido se encuentra en el perfil oficial de la marca. Además, se ha de tener en cuenta el público objetivo receptor de la publicidad,

ya que no será lo mismo contratar a un influencer cuyos seguidores son en su mayor parte menores de edad (en principio, menos dados a distinguir lo que es publicidad y lo que no), que si se trata de un bloguero especializado en un sector cuyos lectores son también expertos del mismo sector, y tienen mayor facilidad para darse cuenta de que una determinada comunicación sobre las cualidades del producto en cuestión es publicitaria. Cuanto más vulnerable a la confusión sea el público o el consumidor medio al que va dirigida la publicidad, mayor debe ser la claridad con la que se identifique la misma y la marca (IAB Spain, 2021, p. 51).

En estos casos se recomienda el uso de indicaciones genéricas claras como «Publicidad», «publi», «en colaboración con» o «patrocinado por», o alternativamente descriptivas en función de la concreta colaboración de que se trate, por ejemplo, «Embajador de [marca]», «Gracias a [marca]», «Viaje patrocinado», etc. Por el contrario, se desaconsejan indicaciones genéricas (tipo «información», «legal» o similar), indicaciones que requieran una acción por parte del usuario (por ejem-

²⁸ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

plo, hacer clic), e indicaciones poco claras (tales como «Colab», «Sponso» o «sp»). La indicación relativa a la naturaleza publicitaria de la mención o contenido debe mantenerse o añadirse cuando el influencer comparte o «repostea» el contenido publicitario en otras redes, plataformas o páginas web (Autocontrol, 2020, p. 5).

En nuestra opinión, si hay margen de duda, apreciación o interpretación, lo mejor es que se deje constancia de que detrás de esa promoción ha habido una contraprestación en dinero o en especie, es decir, que estamos ante una publicidad recompensada y que se identifique en todo momento la marca que responde a la misma. Entendemos que el *influencer* va a tratar de difuminar tal información, ya que su credibilidad puede verse denostada si el consumidor detecta que la información que comparte es fruto de una contraprestación y no de un sincero gusto o predilección ante una determinada marca. En el sector de la moda y cosmética, los *influencers* hacen todo tipo de combinaciones de prendas, complementos, estilos, vídeos de maquillaje o cuidado de la piel y consideramos que la publicidad no es tan evidente por cuanto su popularidad ha evolucionado, precisamente por compartir ese mismo contenido y hacer recomendaciones, por ello, tender hacia una posición simplista y por tanto clarificadora es siempre la mejor opción, ya que una costumbre unitaria por parte de todo el sector permitiría una asociación instantánea por parte de un consumidor, que al ver el término «Publicidad» o «publi» permitirá su convicción inmediata de que se le está tratando de vender un producto y al *influencer* la tranquilidad de que su contenido no roza ningún límite de ilegalidad, exponiéndose de este modo a posibles sanciones.

Se ha de señalar que las empresas adheridas al código establecerán medidas de control interno que aseguren el cumplimiento de las normas del mismo, pudiendo todos los agentes implicados someter sus dudas respecto a su cumplimiento al Gabinete Técnico de Autocontrol. Asimismo, el Jurado de la Publicidad de Autocontrol tendrá la competencia para resolver las reclamaciones por incumplimiento de las normas deontológicas y sus resoluciones serán públicas.

Por lo que respecta a los *influencers*, han de saber que su imagen está dotada de protección; así consta en el primer artículo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen²⁹, el cual establece que este derecho fundamental garantizado en el artículo 18 de la Constitución será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, así como que estarán protegidos por Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal³⁰. De igual modo, deberán respetar los derechos de propiedad intelectual e industrial de terceros, proteger su propia marca si la tienen registrada, defender el derecho de autor de sus creaciones y saber con exactitud los derechos de explotación que cede tanto a las redes sociales o plataformas que utiliza como los que cede a las empresas de moda.

²⁹ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

³⁰ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

Para concluir, consideramos que hay bastante legislación aplicable a este tipo de relaciones comerciales, pero, aun así, por la novedad de la que se caracterizan, cuentan con ciertas prerrogativas que sería conveniente perfilar jurídicamente; en nuestra opinión, el tiempo y la jurisprudencia permitirán unos criterios de tratamiento unificado a cada una de las cuestiones que vayan surgiendo dentro del sector.

3. El *influencer* catalogado como producto: vías de protección

Como se ha expuesto en el presente artículo, parece que la profesión de *influencer* va ganando credibilidad en el mercado, y lo que es más importante, a nivel jurídico, y poco le importa al sector que ve crecer sus cifras exponencialmente año tras año que una parte de la ciudadanía no lo considere un trabajo, puesto que son los mismos que ven influenciados sus impulsos de compra cada vez que les aparece un vídeo *random* promocional en la red social a la que han entrado en el descanso de un trabajo de «verdad».

Sea como fuere, y opiniones aparte, no cualquier creador de contenido es capaz de consolidar una comunidad de seguidores susceptible de dotarlo de la credibilidad suficiente para que una marca confíe en ellos su mercado.

Si bien las normas expuestas han tratado de regular esta figura aplicando sus estipulaciones con calzador hasta darse cuenta de la necesidad de enfocarse en su problemática a través de una ley especializada, tendremos que esperar al desarrollo y desenvolvimiento de la nueva Ley 13/2022, de 7 de julio, general de la comunicación audiovisual³¹ para valorar su efectividad.

El problema es que la comunidad de seguidores de la que hablamos está dotada de ciertas opiniones, en muchas ocasiones negativas, que son verdidas con cierto aire de impunidad, traspasando unas barreras cívicas susceptibles de dañar la integridad física y mental del propio *influencer*. Ello nos permite llegar al planteamiento de que la sociedad ha desnaturalizado a la persona que se encuentra detrás de la pantalla convirtiéndola en un mero producto, prestándole un trato similar al que se pueda hacer en relación con objetos que se exhiben en un escaparate de tienda, de los cuales podemos apreciar aspectos que no nos gustan y manifestar alegremente nuestra disconformidad. El problema es que cuando se deja constancia de esas opiniones en una red social, y lo que es más importante, respecto de una persona, no se tiene en cuenta la transcendencia que dicho comentario pueda tener a nivel personal para la misma. Así nace la figura del *hater*, la cual podría asociarse a la crueldad y falta de madurez de la temprana edad, pero que puede abarcar a cualquier consumidor de contenido en redes sociales.

Los *haters* u odiadores son personas que muestran sistemáticamente actitudes negativas u hostiles ante cualquier asunto o persona y que, amparados en la ausencia de trato directo y personalizado que brindan las redes sociales, se valen de la burla, el insulto o la ironía para desacreditar o dañar a otras personas.

³¹ BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

La fama y repercusión mediática no justifica ese trato y en teoría nuestro sistema jurídico tampoco. Lo que ocurre en la práctica es que en la mayoría de casos resulta complicado atribuir el hecho delictivo a la persona que se encuentra detrás de una cuenta en una red social, por lo que la existencia de una amplia gama de conductas delictivas que les puedan ser atribuidas no asegura la efectividad de las penas adheridas a las mismas.

Aun así, encontramos avances, ya que como indica la asociación Stop Haters (2020), «Internet ya no es un terreno baldío de responsabilidad para aquellos acosadores que utilizan las redes sociales para sus fechorías, y los juzgados cada vez son más conscientes de ello, procurando castigar este tipo de acciones».

Parece que para estos *haters* o *trolls*³², que se escudan en la libertad de expresión para *troleo*³³, llegando incluso a hacer ciberacoso a sus víctimas, el Tribunal Constitucional tiene una respuesta clara al respecto en su Sentencia 203/2015, de 5 de octubre³⁴, en la cual se expone lo siguiente:

Es doctrina invariable y constante de este Tribunal la que señala que fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a este propósito (por todas, SSTC 20/2002, de 28 de enero [NormaCEF NSJ010458], FJ 4.º; 181/2006, de 19 de junio [NormaCEF NSJ020812], FJ 5.º, y las allí citadas). En la STC 65/2015, de 13 de abril (NormaCEF NCJ059841), FJ 3.º, declaramos en ese sentido que la libertad de expresión no está exenta de límites fijados o fundamentados en la Constitución y que con ellos ha de ser consecuente su ejercicio, «pues si bien el Ordenamiento no ha de cohibir sin razón suficiente la más amplia manifestación y difusión de ideas y opiniones, su expresión conlleva siempre, como todo ejercicio de libertad civil, deberes y responsabilidades, y así lo viene recordando, justamente para este preciso ámbito, el Tribunal de Estrasburgo (por todas, Sentencia de 24 de febrero de 2015, caso Haldimann y otros c. Suiza, párrafo 46)».

³² Un *troll* es una persona que aprovecha cualquier lugar en la red en el que se puedan hacer comentarios para crear controversia y fomentar el enfrentamiento entre otros usuarios. Su objetivo es llamar la atención y molestar. El objetivo del *troll* en internet es sembrar la discordia, crear enfrentamientos y, en general, molestar desviando la conversación del resto de usuarios y atrayendo la atención hacia él (Grupo Ático 34, 2022).

³³ *Trolling* es lo que hace el *troll* y que podemos «traducir» como «troleo», es decir, comenzar todo el proceso de controversia y conflicto en una sección de comentarios, publicando una respuesta provocativa, para atraer la atención sobre él y comenzar una discusión que, a veces, nada tiene que ver con el tema original (Grupo Ático 34, 2022).

³⁴ Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Sentencia 203/2015, de 5 de octubre de 2015, recurso de amparo núm. 4337/2013 (NormaCEF NCJ060489). Promovido por don Juan Carlos Robles Chaves en relación con las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y un Juzgado de lo Social de Málaga en proceso por despido. Supuesta vulneración de la libertad sindical en conexión con los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva (garantía de indemnidad) y con las libertades de expresión e información: despido disciplinario del autor de un escrito que incluía apelativos vejatorios para otra empleada de la misma empresa. (BOE núm. 272, de 13 de noviembre de 2015).

Por ello, y antes tales situaciones, el *influencer* hostigado en una red social puede manifestar por las mismas vías de comunicación por las que recibió el comentario hiriente su disgusto ante el mismo y la petición de que cese en su repetición, y en caso de que tal actuación por su parte no lo evite, proceder al bloqueo del perfil de esa persona o denunciar ante la red social en la que se hayan producido los hechos o la policía.

Es importante tener en cuenta, en este sentido, que si bien cualquier persona puede estar expuesta al ciberacoso, los *influencers* con cuentas abiertas destinadas a llegar al mayor número posible de seguidores son más propensos a padecer este tipo de conductas, en su mayoría delictivas, y para las cuales el Código Penal³⁵ establece unas penas cuyo conocimiento sería, en general, adecuado como método disuasorio de tales prácticas.

Dentro del catálogo de conductas delictivas a las que se exponen, son comunes las siguientes:

- **Amenazas:** muchos *influencers* sufren continuamente amenazas en sus redes sociales de causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delito de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, aunque las más comunes están enfocadas a reclamar un dinero a cambio de no publicar algún contenido de su vida que pueda dañar su imagen.

Este es un delito castigado con la pena de prisión de uno a cinco años si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición; las mismas penas se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o, como en este caso, por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos; y en caso de no existir condición, la pena será de seis meses a dos años³⁶.

Además de ello, la norma prevé el caso común expuesto, especificando que si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si se consigue la entrega de todo o parte de lo exigido, ya que en caso contrario, la pena será de cuatro meses a dos años³⁷.

- **Coacciones:** este tipo delictivo consiste básicamente en impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, castigándose con la pena de prisión de seis meses a tres

³⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

³⁶ Artículo 170 del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

³⁷ Artículo 171 del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados³⁸.

Además de ello, la norma concreta unas conductas bastante recurrentes que entendemos motivadas por la falsa creencia de que el *influencer*, por compartir su vida y localización, es un conocido o amigo. Nos referimos a un acoso insistente y reiterado efectuado a través de su vigilancia, persecución, búsqueda de su cercanía física, intentos de contacto por cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas o atentando contra su patrimonio, y que puede dar lugar a penas de prisión de 3 meses a 2 años o multa de 6 a 24 meses.

Además de ello, en los casos en los que se utilice la imagen del *influencer* para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, sometiendo de este modo a la persona a situaciones de acoso, hostigamiento o humillación, se impondrán penas de prisión de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 12 meses. Siendo aplicada en su mitad superior, en los casos en los que la víctima sea un menor o persona discapacitada³⁹.

- Agresiones sexuales a menores: dentro de esta categoría de delitos, nos parece interesante la previsión de que si alguien a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacta con un menor de 16 años y le propone concertar un encuentro con el fin de cometer algún delito de tipo sexual, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de 1 a 3 años de prisión o multa de 12 a 24 meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos; imponiéndose la pena en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

Además de lo expuesto, y teniendo en cuenta la cantidad de menores de edad que comparten vídeos de variada índole en las redes y por ello los riesgos a los que se pueden ver expuestos, la norma penal establece una pena de prisión de 6 meses a 2 años para el que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 16 años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor⁴⁰.

Asimismo, la distribución o difusión pública a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de este tipo de delitos será castigada con la pena de multa de 6 a 12 meses o pena de prisión de 1 a 3 años.

³⁸ Artículo 172 del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

³⁹ Artículo 172 ter del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

⁴⁰ Artículo 183 del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

- Calumnia: se considera calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad y será castigada con la pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses, si se propaga con publicidad y, en otro caso, con multa de 6 a 12 meses⁴¹.
- Injuria: por otro lado, la injuria consiste en la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas en el concepto público por graves. Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

- Descubrimiento y revelación de secretos: reviste especial relevancia este tipo de delito mediante el cual una persona no autorizada se apodera, utiliza o modifica en perjuicio del *influencer* datos reservados de carácter personal o familiar que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, estableciéndose una pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses. Iguales penas se impondrá a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Pese a encontrar una previsión punitiva de las conductas delictivas expuestas perpetradas a través de internet, en la práctica es complicado encontrar seguridad jurídica en la efectividad de su aplicabilidad. Ello se debe, por un lado, a que el gran volumen de actos que, en este sentido, han de enfrentar los *influencers* los llevaría a pasar más tiempo en los juzgados que creando contenido, y por otro, la dificultad de recabar las pruebas de identificación de la persona que se encuentra detrás de una cuenta, en ocasiones localizadas fuera de España.

Por ello, consideramos que tales conductas se podrían reducir con una implicación y colaboración más estrecha por parte de la dirección de las propias redes sociales, las cuales, si bien han de procurar un buen sistema de protección de datos, también deben solicitar una identificación real a los usuarios de las cuentas, por medio de vías, como, por ejemplo, el documento nacional de identidad, de tal forma que ante estas situaciones se permita su localización indubitada; con la advertencia previa a los usuarios de la posibilidad de que sus datos sean transferidos a una autoridad policial o judicial si así es requerido en el curso de un procedimiento judicial.

⁴¹ Artículos 205 y 206 del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

4. Conclusiones

Los comienzos del *fashion law* y la figura del *influencer* presentan una gran sincronía, ya que ambos fueron subestimados y en la actualidad destacan por haber alcanzado un merecido reconocimiento social y jurídico.

Los abogados especializados en esta rama jurídica emergente pueden erigirse como grandes aliados de los *influencers* del sector de la moda, para prestarles el mejor asesoramiento jurídico a la hora de desempeñar su profesión, de conformidad con la normativa vigente y la que se vaya desarrollando a fin de dar respuesta a la problemática propia de su actividad, la cual implica la creación de numerosas relaciones jurídicas, tanto con la red social en la que actúan como con las agencias, marcas u otros prestadores de servicios. Dichas relaciones serán materializadas en contratos de variada índole, que darán lugar a una serie de derechos y obligaciones que han de tener en cuenta, a fin de mostrar una profesionalidad que invite a posteriores colaboraciones. Para ello, contamos con un amplio abanico normativo, cuya aplicación adecuada requiere de ciertas destrezas que solo un abogado familiarizado con la materia es capaz de asociar a la voluntad de las partes, por lo que obtener el beneficio de su consejo desde el inicio puede permitir evitar conflictos, abusos o llamadas de atención por parte de Hacienda.

Dentro de la normativa referida, reviste especial transcendencia la reciente Ley 13/2022, de 7 de julio, general de la comunicación audiovisual⁴², en la cual aparece por primera vez expuesta la figura del *influencer* para tratar de regular ciertos aspectos funcionales de especial transcendencia social y económica para la profesión, reflejar el progreso del mercado y tratar de lograr un equilibrio entre los servicios prestados, la protección del consumidor, con especial atención a menores de edad, y la competencia. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que su entrada en vigor no ha sido completa en relación con algunos de los artículos que prestan atención a estos usuarios de especial relevancia, por lo que se ha de esperar a su desarrollo reglamentario para valorar su efectividad.

Para concluir, consideramos esperanzador que la legislación preste una atención por menorizada a las nuevas realidades de consumo surgidas a través de redes sociales, pero consideramos que el *influencer* se ve expuesto a una serie de conductas por parte de sus seguidores o *haters*, susceptibles de posicionarlos en una situación de inseguridad jurídica. Ello se debe a que a pesar de que las mismas se hallan previstas en nuestra normativa penal con su correspondiente reproche jurídico, en muchas ocasiones resulta complicado identificar o localizar a la persona que se esconde tras la cuenta de una red social empleada para desacreditar o dañar la integridad física o mental del *influencer*.

Por ello, consideramos fundamental el fomento en centros educativos de un uso responsable de redes sociales, una información accesible a todos los públicos sobre posibles riesgos

⁴² BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022.

y vías de protección ante este tipo de conductas delictivas y exigir a los administradores de redes sociales que soliciten a sus usuarios una identificación oficial indubitada para obtener acceso, la cual podrá ser transferida a la autoridad policial o judicial si es requerida en el curso de un procedimiento jurídico, permitiendo de este modo el abandono de la consideración del *influencer* como producto para otorgarle una protección jurídica efectiva como persona.

Referencias bibliográficas

- AEA (Asociación Española de Anunciantes). (2023). Más de 900 personas asisten a la Jornada sobre «La regulación y la autorregulación del marketing de Influencers» organizada por la AEA y Autocontrol. <https://www.anunciantes.com/noticia/mas-800-personas-asisten-la-jornada-la-regulacion-la-autorregulacion-del-marketing-influencers-organizada-la-aea-autocontrol/>
- Autocontrol. (2020). Código de conducta sobre el uso de influencers en la publicidad. <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>
- Consejo General de la Abogacía Española. (17 de enero de 2022). «Legal influencers»: Juristas que triunfan en redes sociales acercando el derecho al ciudadano. <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/legal-influencers-juristas-que-triunfan-en-redes-sociales-acercando-el-derecho-al-ciudadano>
- Echeverría, P. (2015). ¿Qué es el Derecho de la Moda? En S. Bello Knoll y P. Echeverría (Coords.), *Derecho y Moda*. Marcial Pons.
- Garrigues y Boletín Oficial del Estado. (2023). Código de la Moda, Selección y ordenación.
- Grupo Ático 34. (2022). Trolls en Internet: los tipos de trolling que encontrarás en la red. <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/trolls-internet-tipos-trolling>
- IAB Spain. (2021). *Libro blanco marketing de influencia*.
- Kemp, S. (2023). Instagram users, stats, data & trends. <https://datereport.com/essential-instagram-stats>
- RAE (Real Academia Española). Influencer. En *Observatorio de palabras*.
- Scafidi, S. (2015). Fashion Law: Diseñando una nueva disciplina. En S. Bello Knoll y P. Echeverría (Coords.), *Derecho y Moda*. Marcial Pons.
- Stop Haters. (2020). Éxito legal de StopHaters. <https://www.stophaters.es/post/%C3%A9xito-legal-de-stophaters>

Marina Lorenzo Luna. Abogada de propiedad industrial, doctora en Derecho por la Universidad de Murcia y Máster Universitario en Abogacía por la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia. Ha participado en seminarios y conferencias de ámbito universitario nacional e internacional y es autora de diversos artículos publicados en revistas a nivel nacional e internacional. <https://orcid.org/0009-0008-8409-090X>



El rol de las plataformas de mediación electrónica como elemento determinante de su responsabilidad civil. Especial consideración a su funcionamiento interno

Pastora de Artíñano Marra

Investigadora posdoctoral.

Departamento de Derecho Privado (Área de Derecho Civil).

Universidad Rey Juan Carlos (España)

pastora.artinano@urjc.es | <https://orcid.org/0000-0001-6190-4570>

Extracto

Las plataformas de mediación electrónica, entendidas como aquellas que median entre usuario prestador y usuario destinatario del servicio, plantean numerosos retos jurídicos que deben ser estudiados. El más relevante, quizá, es el relativo a determinar su rol o papel respecto de la transacción en la que median, pues, en atención a ello, será de aplicación un régimen jurídico (comercio electrónico) u otro (normativa sectorial específica), y esto repercute, lógicamente, en su responsabilidad. En este estudio se analizará el estado de la cuestión, poniendo especial atención en la utilidad de conocer su funcionamiento interno para conocer su rol o papel como verdadera mediadora, repasando aquellas novedades legislativas que pueden ser relevantes en tal propósito.

Palabras clave: plataformas de mediación electrónica; plataformas intermediarias; *software*; algoritmos; inteligencia artificial; explicabilidad; trazabilidad.

Recibido: 05-10-2023 / Aceptado: 02-11-2023 / Publicado: 05-01-2024

Cómo citar: Artíñano Marra, P. de (2024). El rol de las plataformas de mediación electrónica como elemento determinante de su responsabilidad civil. Especial consideración a su funcionamiento interno. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 276, 31-56. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19443>



How does the role of electronic mediation platforms determine their civil responsibility? An analysis based on their internal functioning

Pastora de Artíñano Marra

Abstract

Mediation platforms, defined as platforms that mediate between a service's supplier and its recipient, raise numerous legal challenges. One of the main challenges is to determine the platform's role as the intermediary of a transaction. This role will determine the applicable legal system (e.g., e-commerce or sectoral-level regulation), thereby affecting the corresponding liability regime. This paper briefly analyzes the current status of this challenge, focusing on the internal functioning of the platform as a determinant of its real role. To achieve this purpose, this work will review the most relevant recent legislative developments in this area.

Keywords: mediation platform; intermediary platform; software; algorithm; artificial intelligence; explainability; traceability.

Received: 05-10-2023 / Accepted: 02-11-2023 / Published: 05-01-2024

Citation: Artíñano Marra, P. de (2024). El rol de las plataformas de mediación electrónica como elemento determinante de su responsabilidad civil. Especial consideración a su funcionamiento interno. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 276, 31-56. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19443>



Sumario

1. Introducción
 2. Las plataformas de mediación electrónica
 - 2.1. El problema de la terminología: plataformas intermediarias, colaborativas y mediadoras
 - 2.2. Concepto de plataforma de mediación electrónica y aspectos contractuales relevantes
 3. La responsabilidad civil extracontractual de las plataformas y su rol en la transacción
 - 3.1. Marco general de la responsabilidad
 - 3.2. El rol de la plataforma en la transacción
 4. El funcionamiento interno de las plataformas
 - 4.1. Consideraciones generales
 - 4.2. Obstáculos en la determinación del funcionamiento interno de la plataforma
 - 4.3. Breve exposición de su posible relación con la inteligencia artificial
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo se realiza en el marco de un contrato de investigación posdoctoral financiado por la Universidad Rey Juan Carlos. Asimismo, se encuentra adscrito a las investigaciones realizadas por el Grupo de Investigación de Alto Rendimiento en Responsabilidad Civil Extracontractual (GIRCE) de la Universidad Rey Juan Carlos.

1. Introducción

La responsabilidad de las plataformas intermediarias y, en concreto, las de mediación electrónica, es objeto de estudio por la doctrina desde hace mucho tiempo, pues el hecho de que la normativa no ofrezca respuesta a una realidad tan amplia hace que sean necesarias tales investigaciones, considerando, especialmente, que nos encontramos ante una situación de complejidad y fragmentación normativa que hace difícil proporcionar soluciones jurídicas seguras en un entorno tan cambiante como es el *e-commerce*.

En este trabajo, que se enmarca en el derecho digital y, dentro de este, en la rama de derecho civil, se expondrá el concepto de las plataformas de mediación electrónica (Amazon, Airbnb, Wallapop o Groupon, entre otras) y los aspectos más relevantes de la regulación de su posible responsabilidad civil, a la luz de la nueva normativa y de los criterios jurisprudenciales y doctrinales que han sido claves en la materia.

Asimismo, en atención a tales criterios, se revelará la importancia y la utilidad jurídica del análisis del funcionamiento interno de una plataforma de mediación electrónica como mecanismo para valorar la posible responsabilidad de su gestora, y, por supuesto, los avances normativos que confirman, precisamente, esa necesidad de conocer la configuración de los sistemas que, como las plataformas objeto de este estudio, tienen naturaleza informática.

2. Las plataformas de mediación electrónica

2.1. El problema de la terminología: plataformas intermediarias, colaborativas y mediadoras

Las plataformas de mediación electrónica son aplicaciones informáticas gestionadas o administradas normalmente por una empresa (entidad titular o gestora de la plataforma) que median entre el usuario que desea ofrecer sus productos o servicios (usuario prestador) y el usuario interesado en adquirirlos (usuario destinatario), en ocasiones, a cambio de una retribución (Airbnb) y, en otras ocasiones, sin retribución alguna (Wallapop), creando verdaderos mercados en línea.

Estas plataformas han recibido distintas denominaciones a lo largo del tiempo, lo que genera una serie de consecuencias jurídicas que estudiaremos.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la Directiva de comercio electrónico (DCE) y, por supuesto, su transposición a nuestro ordenamiento en la Ley de servicios de la socie-

dad de la información y comercio electrónico (LSSICE [NormaCEF NFL007276]) introdujeron la clasificación de los prestadores de servicios de la información intermediarios¹; clasificación que mantiene el nuevo Reglamento 2022/2065, de servicios digitales (RSD [NormaCEF NCL013069]) o *Digital Services Act (DSA)*, por su denominación en inglés.

En esta normativa se señala que existen tres tipos de prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) intermediarios², según el servicio que presten, que puede ser de mera transmisión de la información, de memoria tampón o *caching* (se refiere al almacenamiento automático y provisional de la información) o de almacenamiento (duradero) de la información o *hosting*³. Esto significa que la normativa regula la intermediación digital en su sentido más elemental, esto es, servir de intermediario (técnico) respecto de la información que proporcionan sus usuarios, bien transmitiéndola, bien almacenándola temporal o indefinidamente.

Por tanto, esta clasificación de intermediarios sitúa a las plataformas de mediación electrónica como prestadoras de un servicio de la sociedad de la información intermediario de *hosting*; es decir, como almacenadoras de la información proporcionada por sus usuarios.

En segundo lugar, debe recordarse que, a raíz de la crisis económica de 2008, surgió un fenómeno denominado economía colaborativa o *sharing economy*⁴, en el que las plataformas digitales cuyo objeto era servir de punto de encuentro a aquellos usuarios que deseaban colaborar entre ellos y compartir recursos se convirtieron en protagonistas, pues, como decían los autores de aquel momento, «*one person's trash is another person's treasure*» (Botsman y Rogers, 2010, p. 125). Estas plataformas se denominaron «plataformas colaborativas».

Con el paso de los años, este modelo de consumo colaborativo (sin ánimo de lucro) dio lugar a la aparición de un verdadero modelo de negocio (lucrativo), surgiendo las plataformas objeto de este estudio, cuya importancia en el comercio electrónico global es incues-

¹ Esta denominación de «intermediario» se adoptó bajo la influencia de la norma precedente, la *Digital Millenium Copyright Act (DMCA)* americana, del año 1998.

² En la DCE se regula en los artículos 12, 13 y 14, en la LSSICE en los artículos 14, 15 y 16 y en el RSD en los artículos 4, 5 y 6.

³ Las plataformas de mediación electrónica encajan en este último concepto de PSSI de *hosting*, pues cierto es que almacenan la información suministrada por sus usuarios, aunque sobre esto volveremos más adelante.

⁴ Este término se ha adoptado en multitud de ocasiones por distintos organismos europeos, como en la Comunicación de la Comisión Europea denominada «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», publicada el 2 de junio de 2016, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «la economía colaborativa y la autorregulación», publicado el 19 de agosto de 2016, o el Dictamen del mismo órgano sobre «Economía colaborativa y plataformas en línea: una visión compartida de ciudades y regiones», publicado el 9 de junio de 2017, entre otras muchos ejemplos. Debe advertirse que dentro del concepto de economía colaborativa, se albergaban también otros términos como *green economy* (enfoque a medioambiente), *gig economy* (enfoque a fórmulas de trabajo), *peer economy* (enfoque a las transacciones que se realizaban), etc.

tionable. Sin embargo, el término economía colaborativa se utilizó por mucho tiempo (y se sigue utilizando aún en ocasiones)⁵ para referirse a cualquier fórmula en la que una plataforma actúa como intermediaria entre usuarios; amplitud del término que ya advirtió el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre «la economía colaborativa y la autorregulación», publicado el 19 de agosto de 2016.

Como es de suponer, incluir en el mismo concepto tantos modelos distintos no facilita ni su delimitación, pues «no todo lo que se trata de vender como economía colaborativa es realmente economía colaborativa» (Jarne Muñoz, 2019, pp. 28 y ss.), ni su regulación, e incluso puede llevar a cierta confusión, pues no es lo mismo una plataforma colaborativa como un «banco de tiempo»⁶ que plataformas como Amazon o Airbnb.

En este sentido, la doctrina, consciente de que actualmente la mayoría de plataformas que median entre usuarios (refiriéndonos a las de comercio electrónico) ya no son colaborativas, indica que es más acertado hacer referencia a una economía de plataformas, en vez de utilizar el término economía colaborativa (Rodríguez de las Heras Ballell, 2019, p. 98), matiz que también es importante, pues en todo lo que respecta a las plataformas de mediación electrónica (y en derecho digital en general) ya existe bastante confusión en lo que a terminología se refiere⁷.

En tercer lugar, las plataformas objeto de este trabajo son verdaderas mediadoras, pues han sido creadas con el fin de indicar a sus usuarios la oportunidad de celebrar un negocio jurídico entre ellos, y esa orden de búsqueda (del usuario prestador para que busque potenciales clientes y del usuario destinatario para que busque quien le ofrezca el producto o servicio que desea adquirir) perfecciona un contrato de mediación o corretaje, que, por la naturaleza informática de la referida plataforma, es «electrónico».

Consecuentemente, lejos ya del concepto de plataforma colaborativa, las plataformas objeto de este estudio son: a) prestadoras de un servicio de la sociedad de la información, b) servicio que es, conforme a la normativa, intermediario (de *hosting*) y, c) mediadoras (en el sentido de corredoras) entre sus usuarios.

⁵ Por ejemplo, en España, en el Real Decreto 366/2021, de 25 de mayo, por el que se desarrolla el procedimiento de presentación e ingreso de las autoliquidaciones del impuesto sobre las transacciones financieras y se modifican otras normas tributarias, se hace referencia aún a «plataformas colaborativas».

⁶ Estas plataformas, eminentemente colaborativas, son aquellas en las que los usuarios intercambian «tiempo» (por ejemplo, se ofrece 1 hora de clase de inglés y se genera un crédito de 1 hora a cambiar por el tiempo de otro usuario, como puede ser una clase de tenis). Véase: <https://www.bdtonline.org/>

⁷ A modo de ejemplo, en relación con las plataformas objeto de este trabajo, encontramos distintas denominaciones. En el RSD son prestadoras intermediarias (servicios de *hosting*) y *plataformas en línea* (art. 3), en el Reglamento 2019/1150, conocido como *platform to business* (P2B), se denominan «servicios de intermediación en línea», el RD 366/2021 anteriormente mencionado hace referencia a «plataformas colaborativas», y en la Directiva conocida como NIS 2, en materia de ciberseguridad, se hace referencia a «mercados en línea».

2.2. Concepto de plataforma de mediación electrónica y aspectos contractuales relevantes

Partiendo de las consideraciones efectuadas, las plataformas de mediación electrónica deben definirse, desde una perspectiva jurídica, como:

- Prestadoras de servicios de la sociedad de la información, definidos tales servicios en nuestra LSSICE (anexo) como aquellos que se prestan normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario⁸.
- Prestadoras de un servicio de *hosting* o almacenamiento de la información, pues, como decíamos, es cierto que almacenan la información que proporcionan sus usuarios. Esta consideración tiene repercusiones importantes en materia de responsabilidad, como veremos más adelante.
- Mediadoras (corredoras), pues casan la oferta del usuario prestador y la demanda del usuario destinatario, con la «especialidad» de que, al tratarse de aplicaciones informáticas, la mediación se «electronifica» (Illescas Ortiz, 2019, p. 56), motivo por el que las denominamos de mediación electrónica.

Estas cualidades definen a las plataformas de mediación electrónica, que, en la creación de sus mercados en línea se convierten en un foco generador de relaciones contractuales de distinta índole, conforme se expone a continuación.

En primer lugar, tiene lugar entre la gestora (o titular) de la plataforma y sus usuarios el propio contrato de mediación electrónica. Y, en segundo lugar, tiene lugar (en su caso) entre los usuarios que han conectado a través de ella un contrato que podrá ser de distintos tipos, siendo los más frecuentes la compraventa y el arrendamiento.

En el contrato de mediación electrónica se parte del acceso a la plataforma por sus usuarios. Este acceso, considerado un contrato que despliega obligaciones para las partes (Rodríguez de las Heras Ballell, 2006, pp. 229 y ss.), plantea algunas cuestiones que jurídicamente son relevantes. Una de ellas es la relativa a la aceptación de las condiciones generales o términos de uso o servicio de la plataforma. En este sentido, se ha planteado por la doctrina si debe considerarse que el usuario acepta las condiciones generales de la gestora o titular de la plataforma por la mera navegación (lo que se conoce como *browse wrap agreement*), o si es necesaria una aceptación expresa mediante clic (conocido como *click wrap agreement*).

En relación con esta cuestión, algunos autores consideran que la mera navegación no debe implicar aceptación de tales condiciones generales, especialmente en los casos en

⁸ En el mismo sentido, la Directiva 2015/1535, de 9 de septiembre, señala en su artículo 1 que se definen como plataformas aquellas que prestan un servicio «normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios».

que el usuario tiene la condición de consumidor, pues no tiene «oportunidad real de conocer y revisar el contenido de esas condiciones antes de la manifestación del consentimiento» (López-Tarruella Martínez, 2021, pp. 103 y ss.). No obstante, esto cambia si realiza una determinada transacción, lo que podría considerarse una forma propia de aceptación «mediante ejecución del contrato» (Cuadrado Pérez, 2003, p. 213).

En cualquier caso, no debe perderse de vista que cuando los usuarios acceden a la plataforma de mediación electrónica (sea como prestador o como destinatario), lo habitual es que se registren previamente y, con ello, acepten las condiciones generales, lo que no parece generar este problema de entender (o no) aceptadas las condiciones de la plataforma, pues, evidentemente, cuando «el usuario de internet debe registrarse, se le da la oportunidad de conocer el contenido jurídico de la relación que se va a entablar» (Cámara Lapuente, 2022, p. 332)⁹.

Posteriormente a tal acceso (y registro), de un lado el usuario prestador solicita a la plataforma que cuelgue su oferta y busque potenciales clientes para su actividad y, de otro lado, el usuario destinatario solicita a la plataforma que encuentre el servicio o producto que busca entre los distintos prestadores.

Estos encargos configuran el contrato de mediación electrónica, entendido así por la doctrina (entre otros, Cuenca Casas, 2020, pp. 328 y ss., Goñi Rodríguez de Almeida, 2020, p. 69, y Rodríguez Martínez, 2017, p. 191), al que son de aplicación, con algunas particularidades (Álvarez Moreno, 2021, p. 55), los caracteres del contrato mediación «tradicional» (aunque atípico), definido como aquel «por el que una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (el comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución»¹⁰.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que el contrato de mediación se perfecciona desde el momento en que se encarga a la plataforma «la indicación de la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero» y aquella acepta «desempeñar esta labor» (Cuadrado Pérez, 2007, p. 2.526). Por ello, podemos decir que se celebran dos contratos distintos de mediación electrónica, uno con el usuario prestador y otro con el usuario destinatario (Cuenca Casas, 2020, p. 335).

Este contrato, que, en mi opinión, se compone del acceso y la mediación (contrato mixto), desprende una serie de efectos contractuales para las partes, que se determinan,

⁹ Por ello, para los que opinan que el usuario no puede conocer y, por consiguiente, aceptar las condiciones generales de la plataforma con la mera navegación, quizá sería útil distinguir entre usuario visitante (que únicamente navega) y usuario registrado (que sí tiene intención –por eso se registra– de operar en dicha plataforma). En mi opinión, y en el caso de las plataformas objeto de este estudio, esta cuestión no plantea mayores repercusiones, pues la mera navegación, sin ánimo de operar ni efectuar ninguna transacción (y sin el registro para poder realizarla), no implica negocio jurídico alguno y, por tanto, no tiene mayores consecuencias jurídicas.

¹⁰ STS núm. 973/1994, de 4 de noviembre, rec. núm. 429/1991.

fundamentalmente, en las condiciones generales de la plataforma, por lo que ambas partes tendrán que estudiar adecuadamente su contenido (además de las condiciones particularmente pactadas con los usuarios, si es el caso).

La importancia del contenido de las condiciones generales se pone de manifiesto de una manera especial en casos como el resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.^a) el 22 de julio de 2022 en su sentencia número 396/2022. En esta ocasión, la plataforma Socialcar fue demandada por el usuario (particular) que arrendó su vehículo a otra usuaria y que, al encontrarse con que no había recibido el importe del arrendamiento (le correspondía un 80 %, tras deducir el 20 % de comisión de la plataforma) y con la necesidad de reparar el vehículo tras una avería causada por la usuaria arrendataria, solicitó ambos importes a la plataforma.

Pues bien, en dicha resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a la titular de la plataforma a abonar al usuario demandante el 80 % del importe del alquiler (se da la particularidad de que la plataforma no había recibido el pago), ya que,

estableciéndose contractualmente que el cobro del alquiler se hiciera a través de Social Car, S.L., para así esta retener su comisión del veinte por ciento, aquella debía desplegar toda la prudencia y todos los mecanismos de control necesarios para que el cobro del arrendamiento fuese efectivo y que el arrendatario no frustrase tal posibilidad.

Del mismo modo, condenó a la gestora de Socialcar a hacerse cargo del importe de la reparación por la avería causada por la usuaria arrendataria, pues consideró que

la oferta publicada por Social Car, S.L. en su página web tenía carácter plenamente contractual y, en consecuencia, le obligaba a concertar una póliza que respondiera de los daños causados en el vehículo por el propio conductor arrendatario o, en caso de no hacerlo, a responder directamente de ellos. De igual modo, y al entenderse que soportaba el riesgo, inherente a su actividad comercial, de que no llegase a percibirse el precio estipulado, debe abonar al arrendador el porcentaje convenido del ochenta por ciento.

Otro caso muy conocido es el resuelto por la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1.^a) de 8 de mayo de 2018¹¹, en el que una usuaria que adquirió un bono para pasear a caballo en la plataforma conocida como Yumping, tras sufrir un accidente durante dicho paseo, reclama a la gestora de la plataforma y a la hípica, tras constatar que esta última no disponía de seguro de responsabilidad civil ni de licencia. En lo que aquí interesa, se indica en la referida resolución que la plataforma, en sus condiciones generales, señalaba que sus anunciantes ofrecían los «más altos estándares de calidad» y que ello «determina una garantía

¹¹ SAP de Cuenca, núm. 118/2018.

para el consumidor y es la base de la confianza en la contratación». Finalmente, ambas son condenadas solidariamente a indemnizar a dicha usuaria en la cantidad de 22.459,19 euros.

En el mismo sentido, también deben tenerse en cuenta las condiciones particularmente pactadas entre las partes, para lo que traemos a colación el conflicto resuelto por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.^a) el 31 de marzo de 2021 en su sentencia número 234/2021 (aunque debe tenerse en cuenta que se trata de un prestador de servicios de *hosting* clásico –servidor–). En este caso, una academia de preparación de profesionales médicos, denominada AMIR, demandó a dicho proveedor de servicios de *hosting* por la pérdida de la información almacenada en su servidor tras una interrupción en su servicio, reclamando la recuperación y reintroducción de dichos datos y una indemnización por daños y perjuicios. La audiencia provincial, confirmando la sentencia de primera instancia en la que se desestimaba tal pretensión, señaló, en primer lugar, que no pudo probarse negligencia del prestador en tal interrupción del servicio y, en segundo lugar, que la academia no había contratado el servicio de copia de seguridad de la información «a pesar del ofrecimiento de contratación [...]». Según se desprende de la lectura del contrato concertado entre las partes [...]». En este sentido, al no haber contratado específicamente tal servicio, indicó que «AMIR, contractualmente, se ha de encargar de la gestión completa y contenido del Servidor, incluyendo la responsabilidad de hacer las copias de seguridad».

Adicionalmente, es conveniente verificar que tales condiciones generales no son abusivas, pues, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) en su sentencia número 406/2019, de 13 de septiembre de 2019, denegó la pretensión de Dña. Pilar por la que solicitaba la devolución del importe del arrendamiento de un alojamiento vacacional en Italia, gestionado a través de la plataforma Homeaway (ahora Vrbo), tras percatarse de que era un anuncio falso. Aunque este asunto es bastante interesante, ya que se denegó la petición de Dña. Pilar (dado que pudo acreditarse la diligencia de la gestora de la plataforma en cuanto tuvo conocimiento de la posible falsedad del anuncio, tras ser víctima de un ataque de *phishing*), ahora nos detendremos en que la audiencia provincial sí estimó la pretensión relativa a declarar algunas cláusulas abusivas, por restringir «el régimen legal de responsabilidad establecido para esos prestadores de servicios frente a los usuarios» y suponer «de forma inmediata y automática una limitación de los derechos de reclamación que pudiera corresponderles como consumidores, de esa responsabilidad del proveedor»¹².

Finalmente, también debe recordarse, a efectos contractuales, que los contratos obligan «no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

¹² En concreto, fueron declaradas dos cláusulas como abusivas: cláusulas 6.2 y 14. La cláusula 6.2 de las condiciones generales de Homeaway establecía que no se podría exigir responsabilidad a la plataforma por «cualquier información o datos fraudulentos que puedan aparecer en el portal», y la cláusula 14 disponía que no podría ser declarada responsable «incluso si el Proveedor fue avisado por la eventualidad de tal perjuicio». Al ser contrarias ambas cláusulas a la normativa (LSSICE), fueron declaradas nulas por abusivas.

Esta última referencia normativa (art. 1.258 CC) cobra especial relevancia en esta materia, pues es bien sabido que, en muchas ocasiones, los derechos y obligaciones del contrato de mediación electrónica no están bien delimitados (especialmente en las condiciones generales o términos de uso), motivo por el que no debe olvidarse que, en efecto, podrán desprenderse otros efectos contractuales que, aunque no estén expresamente previstos o pactados, han de formar parte de la relación contractual entre la gestora de la plataforma y sus usuarios¹³.

3. La responsabilidad civil extracontractual de las plataformas y su rol en la transacción

3.1. Marco general de la responsabilidad

Debe partirse de que, como indica la doctrina, son de aplicación las normas generales de responsabilidad civil a los prestadores de servicios intermediarios (Orozco Pardo, 1998, pp. 143 y ss.; Vattier Fuenzalida, 2001, pp. 65-90). Además, como es sabido, en esta materia debe acudirse a la normativa de comercio electrónico, que regula esta materia a través de las disposiciones de exoneración de responsabilidad, conocidas como puertos seguros o *safe harbors*¹⁴.

¹³ Una cuestión que, a mi juicio, quizá merezca un estudio separado es la relativa a si la ciberseguridad (en el sentido de ofrecer un entorno seguro) debe considerarse una obligación contractual de la gestora o titular de la plataforma. Pues bien, tal ciberseguridad sí puede considerarse una obligación contractual (SAP de Málaga 234/2021, de 31 de marzo, citada anteriormente, que afirmó –respecto de un prestador de servicio de *hosting*, de servidor– que debía «contar con herramientas y métodos que evitaran los virus o los posibles ataques informáticos»). No obstante, como se decía, es una cuestión que merece un análisis más extenso, pues también podría considerarse responsabilidad extracontractual, teniendo en cuenta que el incumplimiento de una obligación legal puede acarrear, además de una sanción, la apreciación de responsabilidad civil extracontractual (en materia de ciberseguridad se han publicado recientemente dos normas europeas importantes, cuya referencia dejamos enunciada: Reglamento 2022/2554, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022, sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero, conocido como DORA, y la Directiva 2022/2555, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión; conocida como NIS2). Finalmente, no debe olvidarse que, en ocasiones como la resuelta en el caso *lunion* (ámbito laboral) por la SAN 37/2022, de 14 de marzo de 2022 (NormaCEF [NSJ063747]), un ciberataque puede considerarse fuerza mayor (son muy importantes las periciales forenses, denominadas *forensic* en el ámbito de ciberseguridad, a los efectos de probar cómo se ha afrontado el ciberataque por el perjudicado y su diligencia al respecto).

En todo caso, no debe olvidarse que las plataformas de este tipo son las principales interesadas en ofrecer un espacio seguro, pues, de otro modo, no se utilizarán por los usuarios y su valor descendería (lo que se conoce en esta materia como «efectos de red», que es la utilidad derivada de que otros usuarios hagan uso de la misma tecnología o servicio (Montero Pascual, 2017, p. 26).

¹⁴ Para prestadores de servicios de *hosting* (como las plataformas de mediación electrónica), se regula en la DCE en el artículo 14, en la LSSICE en el artículo 16, y en el RSD (que deroga las disposiciones anteriores de la DCE sobre responsabilidad de intermediarios) en el artículo 6.

En concreto, para las plataformas que prestan servicios de *hosting*, el artículo 6 del RSD establece, con carácter general, que las gestoras de dichas plataformas no responderán, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la información que almacenan es ilícita o, cuando tengan tal conocimiento, actúen *con prontitud* para retirar dicha información o hacerla inaccesible.
- b) Que el usuario que ha proporcionado no actúe bajo su autoridad o control y,
- c) En el caso de mediaciones B2C o *business to consumer*, que no induzca al consumidor medio a pensar que es ella la prestadora del servicio o que el usuario que presta el servicio (usuario prestador) actúa bajo su autoridad o control.

En primer lugar, sobre la necesidad (para exonerarse de responsabilidad) de no tener conocimiento efectivo de la información ilícita que almacena en su web o aplicación, debe decirse que en el pasado hubo una cierta confusión, ya que la LSSICE dispone en el artículo 16.1, último párrafo, que tal conocimiento efectivo tiene lugar

cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

Por este motivo, hubo algunas resoluciones que, aplicando estrictamente la norma, consideraron que no había conocimiento efectivo si, efectivamente, no había sido declarada por un órgano competente la ilicitud de tal información (SAP de Madrid, Sección 14.^a, 835/2005, de 20 de diciembre). No obstante, con el tiempo, y de una forma más lógica, se ha admitido que el conocimiento (efectivo) de la ilicitud de la información almacenada puede darse por cualquier medio; interpretación amplia que es «más conforme a la Directiva de que procede la LSSICE» (Cavanillas Múgica, 2007, p. 28). Es más, el RSD elimina cualquier resquicio de duda en dicha interpretación, señalando en su artículo 16.3 que tal conocimiento tendrá lugar siempre que el prestador (la plataforma) pueda determinar «sin un examen jurídico detallado que la información o la actividad pertinentes son ilícitas».

Consecuentemente, y en sentido inverso, se entiende que la plataforma responde siempre que tenga conocimiento por cualquier medio de que está almacenando una información que es ilícita.

Sobre esta cuestión, es relevante el caso resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia 235/2020, de 2 de junio. En este asunto, la web www.meneame.net publicó una noticia sobre un concejal de Marbella y, posteriormente, varios usuarios colgaron diversos comentarios,

bastante desafortunados, que quedaron colgados en el muro de dicha publicación. El afectado envió distintas peticiones a la plataforma, solicitando que eliminase dichos comentarios y la plataforma no hizo nada al respecto. Por ello, finalmente fue demandada y condenada a indemnizarle en la cantidad de 30.000 euros, pues, tal y como señaló el Tribunal Supremo,

tuvo conocimiento efectivo de los comentarios y de su ilicitud, no desde la notificación de la demanda –tesis de Meneame desde un principio–, sino al menos desde la primera comunicación dirigida por medio de correo electrónico, sin que la demandada obrara con la diligencia que le era exigible a la hora de retirar esos contenidos ilícitos o de impedir que se pudiera seguir accediendo a ellos.

En este sentido, es muy importante (y se valora judicialmente) la diligencia de las plataformas en su actuación respecto de las informaciones ilícitas que almacenan. Anteriormente hicimos referencia al caso resuelto por la SAP de Madrid 406/2019, de 13 de septiembre, sobre Dña. Pilar, que había reservado un alojamiento vacacional a través de la plataforma Homeaway, que resultó ser un anuncio falso. En este caso, la plataforma había sido víctima de un ataque de *phishing* y, de hecho, en cuanto lo detectó, informó a la usuaria del anuncio fraudulento (aunque ya había abonado el importe del arrendamiento). En este sentido, la audiencia provincial puso especial atención en la diligencia de Homeaway, señalando que

el comportamiento observado por Homeaway Spain SL rebasa la exigencia de diligencia del art. 16.1.b) LSSI, donde solo se le impone la retirada de la información del acceso de los usuarios, ya que procede ella misma a determinar la posible falsedad del anuncio, y procede a comunicar personal e individualmente a los usuarios que constan como interesados en dicho anuncio la posibilidad de que se esté ante una estafa,

desestimando finalmente la pretensión indemnizatoria de la usuaria de la plataforma¹⁵.

Por todo lo anterior, se pone de manifiesto en casos como este que la diligencia de las gestoras de las plataformas es analizada en este tipo de procedimientos, pues, como es sabido, su posible responsabilidad civil extracontractual es de carácter subjetivo (Busto Lago, 2014, pp. 701 y ss.; Garrote Fernández-Díez, 2000, p. 54, entre otros), en el que se valora la diligencia (o negligencia), a diferencia de los casos en los que aplica el sistema de responsabilidad objetiva, en la que se atiende al riesgo que genera una determinada actividad.

En segundo lugar, al exigirse que el usuario que suministra la información ilícita no actúe bajo su autoridad o control, se trata de que la plataforma no sea considerada la proveedo-

¹⁵ Es relevante tener en cuenta que la audiencia provincial consideró que al tratarse de un ataque de *phishing*, los tratos entre «Pilar y el defraudador se hicieron de modo del todo ajeno a la plataforma gestionada por Homeaway Spain SL, así como el pago del precio».

ra de los contenidos (Miguel Asensio, 2022, p. 331). No parece esta cuestión plantear más problemas, pues, en tal caso, la gestora de la plataforma debe responder por hecho ajeno (Busto Lago, 2014, p. 700; Garrote Fernández-Díez, 2000, pp. 58 y ss.).

En tercer lugar, para las mediaciones electrónicas entre empresario y consumidor, el RSD (art. 6.3) dispone que la plataforma sí responderá cuando «presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio¹⁶ a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control».

En este caso, claramente la norma trata de evitar las situaciones en las que no está claro quién es el prestador, si un tercer vendedor o la gestora de la plataforma¹⁷. En relación con esta cuestión, es interesante la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 22 de diciembre de 2022¹⁸, dictada en el caso *Louboutin vs. Amazon*. En esta ocasión, Louboutin, conocida marca de zapatos de lujo, ejerció una acción por vulneración de sus derechos de marca frente a Amazon en Luxemburgo por alojar, en resumidas cuentas, la oferta de otros terceros vendedores, consistente en ofrecer zapatos de imitación de dicha marca. En esta resolución, y en lo que aquí interesa, el TJUE apunta a una posible vulneración de los derechos de marca por Amazon (aunque al resolver una cuestión prejudicial, deja su resolución final a los tribunales de Luxemburgo), debido a que puede dar la impresión «de que es ese operador quien comercializa, él mismo, en su propio nombre y por cuenta propia, los productos provistos de ese signo».

3.2. El rol de la plataforma en la transacción

Una vez expuesto el marco general que regula la responsabilidad civil de las plataformas de mediación electrónica, como prestadoras de servicios de la sociedad de la información de *hosting* (como se regulan por la normativa), puede llegarse a la conclusión de que llevan a cabo un papel más activo y complejo que el simple almacenamiento de información (Rodríguez de las Heras Ballell, 2019, p. 96) y que, quizá, tal régimen general no dé respuesta a muchos de los conflictos que surgen con ocasión de su posible responsabilidad. Como dijimos anteriormente,

¹⁶ Se entiende por consumidor medio, según el TJUE, aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (STJUE de 16 de julio de 1998, dictada en el asunto C-210/96).

¹⁷ Es interesante, además, recordar que la Propuesta de directiva de sobre responsabilidad por productos defectuosos, publicada el 28 de septiembre de 2022 indica (respecto a este supuesto de inducción), que «cuando las plataformas en línea presenten o permitan de otro modo la transacción específica de esta manera, debería ser posible considerarlas responsables, al igual que a los distribuidores en virtud de la presente Directiva» (Cdo. 28).

¹⁸ Asuntos acumulados C-148/21 y C-184/21.

son verdaderas *mediadoras*, más allá de la mera intermediación digital o intermediación de la información que proporcionan sus usuarios y, además, en multitud de ocasiones prestan tantos servicios que resulta difícil, incluso, saber cuál es la prestación principal y cuál es accesoria.

Pues bien, efectivamente, la normativa no responde estrictamente a las necesidades de los mercados en línea generados por estas plataformas y, en consecuencia, ha sido necesaria la interpretación judicial en diversas ocasiones. En concreto, el TJUE, a través de distintas resoluciones, ha establecido una serie de criterios interpretativos que, básicamente, consisten en determinar el rol que juega la plataforma respecto de la transacción final en la que media –dicho de otro modo, su papel respecto de la prestación del servicio subyacente–.

De esta forma, es clásica la referencia a los casos *Vuitton vs. Google* y *L’Oreal vs. Ebay*, ambos relativos a supuestos en los que se reclama la posible vulneración de sus derechos de marca por redireccionar (en el caso de Google) y ofrecer (en el caso de Ebay) productos de imitación. En estos supuestos, el TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por diversos tribunales¹⁹ y señala que las exoneraciones de responsabilidad de la normativa estudiadas anteriormente (los denominados puertos seguros o *safe harbors*) no aplican

cuando el prestador del servicio, en lugar de limitarse a una prestación neutra de dicho servicio mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes, desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos,

dejando para los tribunales que plantearon dichas cuestiones prejudiciales su resolución final, conforme a tal criterio.

En este sentido, es fundamental determinar si la plataforma desempeña un papel activo respecto de la transacción en la que media, pues, como es lógico, en tal caso ya no se puede considerar una mera intermediaria de almacenamiento de información (o *hosting*).

Posteriormente, el TJUE resolvió otra cuestión prejudicial, planteada en esta ocasión por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona²⁰ en el caso *Asociación Profesional Élite Taxi vs Uber*. En esta ocasión, se plantea si Uber debe considerarse prestador de servicios de la sociedad de la información (como plataforma intermediaria) o prestador de un servicio de transportes. Esta cuestión es relevante porque, dependiendo de su calificación como uno u otro tipo de prestador, aplica una norma (la LSSICE en el primer caso) u otra (la LOTT en el segundo).

¹⁹ Caso *Vuitton vs. Google* resuelto en sentencia de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 (NormaCEF NCJ051463) a C-238/08 (NormaCEF NCJ051463) y caso *L’Oreal vs. Ebay*, resuelto en sentencia de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09 (NormaCEF NCJ055263).

²⁰ En su sentencia de 20 diciembre 2017, asunto C-434/15 (NormaCEF NCJ062856).

En el caso Uber, el TJUE señaló la importancia de determinar si la gestora de la plataforma ejerce una influencia decisiva sobre la prestación del servicio subyacente y, además, cuál es la actividad o prestación principal. Respecto a lo primero, indicó que

Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de estos.

Respecto a lo segundo, afirmó que el

servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de servicio de la sociedad de la información, sino a la de servicio en el ámbito de los transportes.

Consecuentemente, la respuesta del TJUE es de gran importancia, pues al considerar: a) que Uber ejerce una influencia decisiva sobre el servicio de transportes, y b) que dicha actividad es su actividad principal, es de aplicación la normativa sectorial (LOTT) y no la de comercio electrónico (y, con ello, no puede acogerse a las exoneraciones de responsabilidad que prevé la normativa de comercio electrónico para prestadores intermediarios).

En la misma línea de argumentación, el TJUE resolvió un caso muy conocido relativo a la plataforma Airbnb²¹, que reproduciremos únicamente para exponer, en relación con lo aquí estudiado, que dicho tribunal estableció: a) que la intermediación es su actividad principal. Es sabido que esta plataforma ofrece multitud de servicios a sus usuarios, considerándose por el TJUE en este caso como «prestaciones accesorias de ese servicio de intermediación» y, b) que, al no poderse acreditar que «Airbnb Ireland ejerza tal influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento a los que está vinculado su servicio de intermediación», procede su calificación como servicio de la sociedad de la información al que resulta de aplicación la normativa de comercio electrónico (no la propia de intermediación en transacciones inmobiliarias).

Por todo lo anterior, cuando se trata de analizar la posible responsabilidad de las gestoras o titulares de plataformas de mediación electrónica, deberán tenerse en cuenta estos criterios (papel activo, influencia decisiva, actividad principal) para determinar cuál es su

²¹ Sentencia de 19 de diciembre de 2019, asunto C-390/18 (NormaCEF NCJ064919).

verdadero rol o papel respecto de la transacción final. Estas valoraciones tienen un carácter trascendental pues, como se ha expuesto más arriba, determinan la aplicación de una normativa (comercio electrónico) u otra (sectorial), y con ello su posible responsabilidad civil.

4. El funcionamiento interno de las plataformas

4.1. Consideraciones generales

En el abordaje del estudio de las plataformas de mediación electrónica no debe obviarse su naturaleza informática; son, en sí mismas, un *software* o programa informático que a su vez necesitan de un dispositivo (*hardware*) para funcionar (ordenador, móvil). Esta afirmación tan evidente no se hace con un motivo baladí, pues, como veremos más adelante, la configuración interna de las plataformas es determinante en el desarrollo de su actividad y, con ello, en consonancia con lo expuesto hasta el momento, en la determinación de su régimen jurídico y de su posible responsabilidad.

La configuración de un programa informático se ha comparado por los expertos, de una manera muy gráfica, con el programa de una lavadora o con una receta de cocina (Lizcano y Alonso, 2018, pp. 44 y ss.; Charte Ojeda, 2021, p. 17), pues, al fin y al cabo, el *software* funciona identificando un problema (o una tarea) y sigue una serie de pasos para resolverlo (o realizar dicha tarea).

Es aquí donde debe hablarse de los algoritmos como elemento jurídicamente relevante, pues son los «pasos» u operaciones desarrollados para dar respuesta a la tarea o problema planteado (Lizcano y Alonso, 2018, p. 44). En el caso de las plataformas de mediación electrónica, se trata de que la plataforma en cuestión, mediante el manejo de unos datos de entrada (orden del prestador consistente en el almacenamiento o alojamiento de su oferta y búsqueda de clientes y orden del destinatario de encontrar prestadores) y su tratamiento (a través de los algoritmos) encuentre una solución (casar dicha oferta y demanda).

Partiendo de estas consideraciones, sin profundizar en cuestiones técnico-informáticas, debemos concentrar el esfuerzo de este análisis en comprender que la manera en que la plataforma esté programada determina cómo toma sus decisiones, es decir, cómo desarrolla y ejecuta su actividad.

Recordemos que el TJUE, en casos como Uber y Airbnb, precisó que para la aplicación de las exoneraciones de responsabilidad o *safe harbors* previstos en la normativa, es necesario que la plataforma no desempeñe un papel activo respecto de la información que almacena (ya que esto determinaría que sí la conoce y, por tanto, conoce su ilicitud, en su caso), que su actividad principal sea la intermediación y, por supuesto, que no se revele verdadera prestadora del servicio subyacente (en el caso Uber se determinó que, en efecto, la plataforma ejercía

una *influencia decisiva* sobre la prestación del servicio de transportes y, con ello, que la normativa a aplicar no era la de comercio electrónico, sino la propia del sector de transportes)²².

Estos criterios interpretativos, clave en nuestra materia, nos llevan a plantearnos una cuestión importante: ¿sería posible demostrar hasta qué punto la plataforma es una mera intermediaria? ¿No es cierto que si se analiza su configuración interna será más sencillo determinar su verdadero rol? Parece que si conocemos cómo funciona internamente, podremos realmente determinar si la plataforma desempeña un papel activo (o no), si ejerce una influencia decisiva (o no) y, en definitiva, hasta qué punto es una verdadera intermediaria.

No obstante, en caso de conflicto, no podemos olvidar que los jueces o magistrados que enjuician el asunto en cuestión, los abogados que defienden a sus clientes y los investigadores que posteriormente estudian y analizan los casos finalmente resueltos no son especialistas informáticos y no cabe razonablemente exigirles tales habilidades, motivo por el que será conveniente, en tales casos, aportar (o solicitar) dictámenes periciales que, como en otros muchos asuntos que requieren de los conocimientos de especialistas en la materia, permitan determinar y explicar cómo funciona la plataforma en cuestión.

A pesar de que la elaboración de periciales informáticas es, cuando menos, deseable, para tratar de evitar realizar esfuerzos interpretativos (por todos los juristas implicados, especialmente los juzgadores), debe tenerse en cuenta que en la determinación del funcionamiento interno de un *software* existen algunos obstáculos, que veremos a continuación.

4.2. Obstáculos en la determinación del funcionamiento interno de la plataforma

El análisis de la configuración interna de una plataforma interesa, jurídicamente, en el sentido de poder trazar el programa informático de manera que sea posible determinar los pasos que ha seguido para llegar a un resultado. Recordemos que tales *software* se componen de algoritmos, que son, precisamente, ese conjunto de pasos que permiten al programa ofrecer una solución al problema planteado, como decíamos anteriormente. Pero, ¿es posible conocer la composición algorítmica de una plataforma?

²² Debe recordarse que la Comisión Europea, en su comunicación sobre «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», publicada el 2 de junio de 2016 (COM 2016) 356 final, señaló que para determinar si la plataforma debe considerarse o no prestadora del servicio subyacente, debe valorarse (a) si la plataforma establece el precio final a pagar por el usuario, (b) si fija el contenido de la relación contractual entre usuarios (prestador y destinatario), y (c) si tiene la propiedad de activos clave para prestar el servicio subyacente. En este sentido, si se cumplen los tres criterios indicados, la plataforma «ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente» y, por tanto, se entiende que es la verdadera prestadora del servicio de que se trate, aplicándose la normativa que corresponda según el sector de actividad.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que los especialistas en programación informática indican que lo que es posible conocer (o más bien, entender) es su código fuente, pues, en realidad, los algoritmos se escriben en distintos lenguajes de programación (Julia, Python, etc.), siendo el código fuente el que verdaderamente es legible por las personas (Charte Ojeda, 2021, p. 23).

En segundo lugar, no parece irracional pensar que sea posible, en el desarrollo de un programa informático, invertir el proceso y valorar cómo ha llegado a esa solución o resultado, o, dicho de otra forma, cómo ha tomado una determinada decisión. En efecto, los expertos informáticos indican que la trazabilidad del programa es importante, no solo para su mantenimiento (Tian *et al.*, 2021, p. 13), sino para la detección de errores, existiendo «procesos de depuración» que permiten «ir viendo el funcionamiento del programa paso a paso» (Charte Ojeda, 2021, pp. 29 y ss.).

No obstante, tales expertos señalan que cuando el programa incorpora o se compone de algoritmos de aprendizaje automático, es más complejo determinar por qué el programa tomó tal decisión o solución²³, debido a una conocida característica de estos algoritmos: la opacidad. Dicha característica no significa que no pueda conocerse el funcionamiento del *software* en cuestión, sino que no es posible explicar «el porqué de la respuesta dada ante una situación concreta» (Magdalena Layos, 2021, p. 634). Debido a esta opacidad, es decir, a la imposibilidad de determinar por qué la fórmula algorítmica del *software* ha producido un determinado resultado, este tipo de algoritmos se denominan «caja negra» o *black box*. Los programas que utilizan estos algoritmos, que se entrenan y aprenden por sí mismos (*machine learning*) plantean, en opinión de los expertos, una situación curiosa y es que «permiten una decisión con una combinación inédita: una predicción precisa y una ausencia de explicación» (Roig, 2020, p. 209). Por el momento, aunque hay algunos estudios en marcha para evaluar la forma de convertir esos algoritmos *black box* en *white box*, como la denominada XAI o inteligencia artificial explicable (Hussain *et al.*, 2021, p. 2), no parece posible evitar su uso en el desarrollo de nuevos programas informáticos.

Por este motivo, y para paliar los efectos de la opacidad algorítmica, cada vez está más presente la exigencia de «explicabilidad» de los sistemas informáticos, consistente en que el usuario comprenda cómo funcionan, los datos que han manejado en su entrenamiento y el modelo de aprendizaje seguido (Pérez Bernabeu, 2021, p. 146) para hacer un mejor uso de ellos²⁴.

²³ En este caso, además del código fuente, el programa dispone de un modelo de entrenamiento.

²⁴ No obstante, el concepto de explicabilidad a veces se confunde con el de transparencia (que el usuario pueda comprender los contenidos) pues, por ejemplo en las enmiendas a la Propuesta de reglamento de 21 de abril de 2022 (Ley de inteligencia artificial) o PRIA, se define la *transparencia* cuando se introduce esta previsión: «El usuario estará capacitado para comprender y utilizar adecuadamente el sistema de IA sabiendo, en general, cómo funciona el sistema de IA y qué datos trata, lo que le permitirá explicar las decisiones adoptadas por el sistema de IA a la persona afectada».

Asimismo, también se impulsa la trazabilidad informática, que es la capacidad «del propio sistema para llevar a cabo un seguimiento de los datos, el desarrollo y el proceso de despliegue del sistema, generalmente a través de un proceso de identificación y registro documentados»²⁵, en atención a tratar de determinar cómo ha funcionado un determinado sistema (para esclarecer, en su caso, la posible responsabilidad por los daños que haya podido ocasionar), en la misma línea de lo que aquí se propone. Estas características cobran un especial protagonismo en materia de inteligencia artificial, conforme expondremos en el siguiente apartado.

Adicionalmente a esa opacidad algorítmica, encontramos otro obstáculo, aunque en esta ocasión es de carácter jurídico. No debe olvidarse que, en los modelos de negocio informáticos o electrónicos, la forma en que están desarrollados sus programas informáticos es vital y de ello puede depender su éxito. En este sentido, debe recordarse que los algoritmos de un *software* están protegidos, jurídicamente, como secreto empresarial (Huergo Lora, 2020, p. 43)²⁶, lo que, sin duda, puede plantear numerosos problemas prácticos, pues no parece posible acceder a la configuración de una plataforma sin vulnerar tal normativa.

No obstante, como decíamos anteriormente, el legislador ha tenido en cuenta estos obstáculos (opacidad algorítmica y protección como secreto empresarial) y ha ido incluyendo algunas previsiones normativas que son de interés para este estudio. A modo de ejemplo, el legislador europeo incluyó en el Reglamento 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, conocido como P2B o *platform to business* (art. 5) una obligación de las gestoras de las plataformas respecto a los usuarios profesionales que en ellas se anuncian, consistente en informar a dichos usuarios sobre los criterios que rigen el funcionamiento algorítmico de su *software*, de manera que puedan comprender cómo organiza la plataforma las ofertas de cara a su visualización por los usuarios destinatarios (consumidores)²⁷. Es relevante tener en cuenta que el propio reglamento señala que no deben revelar el «funcionamiento detallado» de estos mecanismos de clasificación (Cdo. 27), por lo que entendemos que debe revelar los criterios de clasificación, pero no su concreta fórmula algorítmica (precisamente en atención a su protección jurídica).

²⁵ Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable, publicadas por el grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, Comisión Europea, 8 de abril de 2019 (p. 50).

²⁶ En concreto, el artículo 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales señala que «se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico» siempre que sea 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», tenga «un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto» y haya «sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto».

²⁷ Lo que repercute claramente «en el éxito comercial de los usuarios profesionales que les ofrecen sus bienes y servicios» (Cdo. 24 del citado reglamento).

El ejemplo del reglamento P2B que acabamos de exponer es una muestra de la manera en que el legislador puede exigir explicabilidad en los sistemas, sin vulnerar la protección jurídica de los *software*, aunque, desde luego, como adelantábamos anteriormente, es en materia de inteligencia artificial donde el legislador europeo concreta las previsiones que permiten contrarrestar los efectos de la opacidad algorítmica (y su posible repercusión en materia de propiedad intelectual o secreto empresarial), como se verá a continuación.

4.3. Breve exposición de su posible relación con la inteligencia artificial

Es un hecho que muchas plataformas incorporan ya en sus *software* algoritmos de aprendizaje automático. Y, en este sentido, la Propuesta de reglamento del pasado 21 de abril de 2021, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial conocida, como Ley de inteligencia artificial (PRIA), incluyó en su definición de sistema de inteligencia artificial (artículo 3 en relación con el Anexo I)²⁸ el *software* que se desarrolla empleando mecanismos de aprendizaje automático. Esto significa que los componentes informáticos de las plataformas de mediación electrónica (si no todas, muchas de ellas) pueden considerarse inteligencia artificial.

En lo que interesa a este estudio, es interesante repasar algunas de las previsiones que el legislador europeo pretende incorporar en las nuevas propuestas legislativas en materia de inteligencia artificial, con el objetivo de poner de manifiesto que, en la misma línea de lo que venimos exponiendo, el conocimiento del funcionamiento interno de los sistemas informáticos (en este caso de IA) es fundamental en la determinación de la responsabilidad civil por los daños que hayan podido ocasionarse.

En primer lugar, destaca, en el artículo 11 de la propuesta de reglamento anteriormente mencionada (en relación con su Anexo IV), la obligación de que los sistemas de IA dispongan (desde antes de su introducción al mercado) de lo que la norma denomina «documentación técnica». Esto implica que cada sistema debe disponer de la documentación que especifique, entre otras cuestiones, cómo funciona a nivel interno (incluidos sus algoritmos y, en general, la lógica del sistema)²⁹.

²⁸ Nótese que las enmiendas a dicha Propuesta de reglamento, aprobadas el pasado 14 de junio de 2023 por el Parlamento Europeo, eliminan el anexo I mencionado (que hacía referencia al aprendizaje automático de manera expresa) y proponen definir un sistema de IA como «un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida –como predicciones, recomendaciones o decisiones– que influya en entornos reales o virtuales». En cualquier caso, es evidente que dicha capacidad de aprendizaje automático sigue considerándose IA.

²⁹ Véase el anexo IV de la PRIA y las enmiendas del Parlamento Europeo anteriormente referidas, que proponen modificaciones a dicho anexo (enmiendas 741 y ss.).

En segundo lugar, destacamos otra propuesta normativa, publicada el pasado 28 de septiembre de 2022, denominada Propuesta de directiva sobre responsabilidad en materia de IA, que viene a establecer, en su artículo 3, que, en atención a la dificultad de prueba en un litigio sobre responsabilidad en el que esté involucrado un sistema de IA, los órganos jurisdiccionales que conozcan del asunto podrán requerir a la parte demandada la exhibición de las pruebas sobre el sistema que ha causado un determinado daño. Esto significa que el legislador, consciente de que no suele ser posible acceder a la configuración interna de los sistemas informáticos (por la parte perjudicada), ofrece esta posibilidad para aquellos casos en que sea compleja la demostración de que el funcionamiento interno del sistema ha sido el causante de los daños (o ha influido en su producción).

Ambas previsiones legales son perfectamente compatibles, pues, de un lado, todo sistema de IA de alto riesgo debe tener asociada una documentación que explique cómo funciona y, de otro, en caso de litigio de responsabilidad por daños, es posible que el agente causante del daño deba exhibir tal documentación técnica, a los efectos de determinar si, en efecto, ese funcionamiento o diseño del sistema causó o influyó en la producción del daño.

Hasta este punto, todo parece indicar que la teoría que venimos defendiendo, sobre la necesidad de conocer cómo funciona una plataforma para determinar verdaderamente su papel (activo o pasivo) respecto de la información que almacenan (recordemos que a efectos normativos se consideran prestadoras de servicios de *hosting*) y, en el concreto caso de las de mediación electrónica, respecto de la transacción final (de forma que se pueda valorar si son meras intermediarias o verdaderas prestadoras del servicio subyacente), se cumple o se podría ver cumplida con la normativa de inteligencia artificial.

Sin embargo, las propuestas normativas en materia de IA establecen obligaciones únicamente para sistemas considerados de «alto riesgo» (se encuentran enumerados en el anexo III de la PRIA), entre los que no encajan las plataformas objeto de este estudio³⁰.

Consecuentemente, no parece que las obligaciones expuestas en materia de documentación técnica y su exhibición en caso de litigio de responsabilidad civil extracontractual vayan a aplicarse a nuestras plataformas, al menos, por el momento. Quizá, con el paso del tiempo, cuando avancen a modelos más complejos sí resulten de aplicación³¹, aunque, desde luego, la complejidad normativa es evidente y los marcos

³⁰ Aunque quizá podrían encajar aquellas que asignan tareas a distintos trabajadores, pues el anexo III de la Propuesta de reglamento hace referencia en su párrafo 1, punto 4, letra b) a aquellos sistemas que se utilizan para tomar decisiones («o influir sustancialmente en ellas», añade la enmienda n.º 720) sobre la asignación de tareas, seguimiento y evaluación del rendimiento de personas en el marco de relaciones de índole laboral (como podría ocurrir con las plataformas con *riders*).

³¹ Ello a pesar de que en el artículo 2 de la citada Propuesta de reglamento que «no afectará a la aplicación de las disposiciones relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios».

español y europeo no están enfocados a tecnologías complejas (o conjunto de las mismas), emergentes, dinámicas y evolutivas, en despliegue constante en todo tipo de ámbitos y sectores, como lo es la IA, que evolucionan, se interrelacionan con otras, interactúan con el contexto y se retroalimentan, y que pueden crear nuevos riesgos en momentos posteriores al de su producción y durante todo su ciclo de vida (Muñoz Vela, 2022, p. 224).

En cualquier caso, no debe perderse de vista que el objetivo de este trabajo es poner la atención en que no debe obviarse la naturaleza informática de las plataformas de mediación electrónica y, con ello, la importancia (y utilidad jurídica) de valorar su funcionamiento interno, pues la manera en que están programadas afecta, indudablemente, a su actividad y, con ello, al rol que adoptan en las transacciones en las que median, con las consecuencias jurídicas que se han estudiado.

5. Conclusiones

Las plataformas de mediación electrónica, que surgieron tras el fenómeno denominado economía colaborativa o *sharing economy*, son aquellas que median entre el usuario prestador (ofrece sus productos o servicios) y el usuario destinatario (interesado en adquirir tales productos o servicios).

Es importante en esta materia, especialmente a la luz de la actividad legislativa de los últimos años, delimitar un concepto jurídico de estas plataformas que responda, adecuadamente, a su actividad, lo que no es nada sencillo desde que la Directiva de comercio electrónico (DCE) del año 2000 incluyese en el término «intermediario» a todo prestador de servicios de la sociedad de la información que ofrece un servicio de mera transmisión, memoria caché (*caching*) o almacenamiento de información (*hosting*).

Tanto la DCE como el nuevo Reglamento de servicios digitales (RSD) establecen para esos prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios un régimen de responsabilidad a través de la regulación de aquellos supuestos en los que tales prestadores (en nuestro caso, plataformas) pueden exonerarse, conocido como «puertos seguros» o *safe harbors*.

Pues bien, considerando que las plataformas de mediación electrónica no encajan ni en el concepto de intermediario de mera transmisión de información, ni en el de intermediario prestador de un servicio de memoria caché, son las previsiones para prestadores de *hosting* (almacenamiento –duradero– de la información) las que deben observarse.

En este sentido, para una plataforma de mediación electrónica, considerada jurídicamente como prestadora de servicios de la sociedad de la información, de *hosting* y mediadora (electrónica), debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 6 del RSD, que dispone que

no responderá (respecto de la información que almacena a petición de sus usuarios, prestador y destinatario) siempre que: a) no tenga conocimiento de la ilicitud de dicha información, b) actúe a la mayor brevedad para retirar el contenido ilícito o bloquearlo, desde que lo conozca, y c) no induzca a un consumidor medio a pensar que es ella la verdadera prestadora del servicio o que el usuario que lo presta actúa bajo su autoridad o control (esta previsión solamente aplica a plataformas que median entre consumidor y empresario o relación B2C).

Este régimen de responsabilidad del RSD, que, en esencia, mantiene el anterior de la DCE, debe complementarse con los matices ofrecidos por el TJUE en sus distintas resoluciones, pues, claramente, una plataforma de mediación electrónica presta un servicio mucho más complejo que el mero almacenamiento de información.

De esta forma, el TJUE ha indicado que las plataformas podrán beneficiarse de tales exoneraciones de responsabilidad siempre que no tengan un papel activo que les permita adquirir conocimiento de la información almacenada, que la intermediación sea su actividad principal, y que no ejerza una influencia decisiva en la prestación del servicio subyacente, pues, en tales casos, deja de considerarse intermediaria y, con ello, no resulta de aplicación la referida normativa de comercio electrónico, sino la propia de la actividad de que se trate. Estos criterios, aplicados a las plataformas objeto de este estudio, vienen a significar que el rol que adopta la plataforma respecto de la transacción en la que media determina el régimen jurídico que le es de aplicación y, con ello, qué responsabilidad puede tener respecto de un ilícito cometido en su mercado en línea.

Teniendo en cuenta tales criterios, siendo la plataforma una aplicación informática y su rol o papel fundamental en la determinación de su responsabilidad, en este trabajo hemos expuesto la importancia de conocer cómo funciona internamente; cómo está programada, precisamente para poder valorar, adecuadamente, qué rol juega respecto de la transacción de la que es mediadora.

Sin embargo, en la consecución de este objetivo encontramos importantes obstáculos, como la opacidad algorítmica (en aquellos casos en que un *software* incorpora algoritmos de aprendizaje automático) y la protección jurídica de tales algoritmos como secreto empresarial. Estos obstáculos han sido advertidos por el legislador europeo en materia de inteligencia artificial, aunque no parece que tal normativa vaya a aplicar a las plataformas de mediación electrónica, al menos por el momento.

Finalmente, aunque no sea de aplicación la normativa que exige la «explicabilidad» del *software* de las plataformas con carácter general, ni tampoco la revelación de su funcionamiento interno en caso de litigio (como parece que ocurrirá en materia de IA), estas consideraciones pueden ser de gran utilidad en aquellos conflictos en los que se pretenda demostrar (por la gestora de la plataforma o por sus usuarios) cuál es su verdadero rol en aquellas transacciones en las que han intervenido como intermediarias (en el sentido de la norma, de *hosting*) y como mediadoras.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Moreno, T. (2021). *La contratación electrónica mediante plataformas en línea*. Reus.
- Botsman, R. y Rogers, R. (2010). *What's mine is yours*. HarperBusiness.
- Busto Lago, J. M. (2014). Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPS). En J. M. Busto Lago y L. F. Reglero Campos (Coords.), *Tratado de responsabilidad civil* (pp. 597-747, t. II, 5.ª ed.). Thomson Reuters Aranzadi.
- Cámara Lapuente, S. (2022). Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea. ¿Navegar es contratar (servicios digitales gratuitos). En F. Gómez Pomar e I. Fernández Chacón (Dir.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (pp. 331-405). Thomson Reuters Aranzadi.
- Cavanillas Múgica, S. (2007). La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. En S. Cavanillas Múgica (Dir.), *Responsabilidades de los proveedores de información en internet* (pp. 1-39). Editorial Comares.
- Charte Ojeda, F. (2021). *Introducción a la programación*. Anaya Multimedia.
- Cuadrado Pérez, C. (2003). *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia 2003. Cometa.
- Cuadrado Pérez, C. (2007). Consideraciones sobre el contrato de corretaje. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 704, 2.481-2.558.
- Cuena Casas, M. (2020). La contratación a través de plataformas intermediarias en línea. *Cuadernos de Derecho Transaccional*, 12(2), 283-348.
- Garrote Fernández-Díez, I. (2000). La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos. *P.e.i.: Revista de Propiedad Intelectual*, 6, 9-64.
- Goñi Rodríguez de Almeida, M. (2020). La contratación a través de plataformas intermediarias en línea. En M. Cuena Casas (Dir.), *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding* (pp. 59-97). Tirant lo Blanch.
- Huergo Lora, A. (2020). Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo. En A. Huergo Lora (Dir.) y G. Manuel Díaz González (Coord.), *La regulación de los algoritmos* (pp. 23-87). Thomson Reuters Aranzadi.
- Hussain, F., Hussain, R. y Hossain, E. (2021). Explainable artificial intelligence (XAI): an engineering perspective. Cornell University. <https://arxiv.org/abs/2101.03613>
- Illescas Ortiz, R. (2019). *Derecho de la contratación electrónica*. (3.ª ed.). Thomson Reuters Civitas.
- Jarne Muñoz, P. (2019). *Economía colaborativa y plataformas digitales*. Reus.
- Lizcano, D. y Alonso, F. (2018). Algoritmos y sistemas de representación de un programa. En D. Lizcano Casas (Coord.), *Fundamentos de la programación* (pp. 41-82). Ediciones CEF.
- López-Tarruella Martínez, A. (2021). *Propiedad intelectual e innovación basada en los datos*. Dykinson.
- Magdalena Layos, L. (2021). ¿Por qué debería confiar en ti (máquina)? En F. Lledó Yagüe, I. F. Benítez Ortúzar y O. Monje Balsameda

- (Dir.) y M. J. Cruz Blanca y I. Lledó Benito (Coords.), *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0. Los desafíos jurídicos, éticos, y tecnológicos de los robots inteligentes* (pp. 617-641). Dykinson.
- Miguel Asensio, P. A. de (2022). *Derecho privado de internet*. (6.ª ed.). Thomson Reuters Civitas.
- Montero Pascual, J. J. (2017). La regulación de la economía colaborativa. En J. J. Montero Pascual (Dir.), *La regulación de la economía colaborativa. Aribnb, Blablacar, Uber y otras plataformas* (pp. 23-65). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Vela, J. M. (2022). *Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial. Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Orozco Pardo, G. (1998). Responsabilidad civil en materia de informática. En *Informática y Derecho* (vol. I, núms. 19-22, pp. 143-220).
- Pérez Bernabeu, B. (2021). El principio de explicabilidad algorítmica en la normativa tributaria española: hacia un derecho a la explicación individual. *Revista Española de Derecho Financiero*, 192, 143-178.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2006). *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*. Marcial Pons.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2019). La contratación en plataformas electrónicas en el marco de la estrategia para un mercado único digital en la Unión Europea. En P. Castaños Castro y J. A. Castillo Parrilla (Dir.) y A. M. Pastor García y I. L. Martens Jiménez (Coords.), *El mercado digital en la Unión Europea* (pp. 93-127). Reus.
- Rodríguez Martínez, I. (2017). El servicio de mediación electrónica y las plataformas de economía colaborativa. *Revista de Derecho Mercantil*, 305, 181-216.
- Tian, F. et al. (2021). The impact of traceability on software maintenance and evolution: A mapping study. *Journal of Software: Evolution and Process*.
- Vattier Fuenzalida, C. (2001). Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico. *Revista de Contratación Electrónica*, 18, 65-90.

Pastora de Artíñano Marra. Licenciada en Derecho por la UCM y doctora en Derecho por la URJC. Cuenta con diversos estudios y publicaciones en materia de derecho civil y derecho digital. Asimismo, ha asistido como ponente a diversos congresos, jornadas y seminarios, de carácter nacional e internacional. Cuenta con diversas publicaciones en su área, pertenece a distintos grupos de investigación y ha realizado una estancia de investigación internacional en la Escuela Libre de Derecho de México. Anteriormente, ha ejercido la abogacía en distintos despachos de abogados de Madrid, fundamentalmente en el Departamento de Derecho Civil y Procesal, y ha participado como profesora y colaboradora en tareas docentes en distintas instituciones académicas. <https://orcid.org/0000-0001-6190-4570>



Una reflexión sobre los principios de efectividad y equivalencia en la jurisprudencia del TJUE a propósito del asunto C-278/20, *Comisión c. España*

Beatriz Vázquez Rodríguez

*Profesora contratada doctora de Derecho Internacional Público.
Universidad de Oviedo (España)*

vazquezbeatriz@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0003-3692-9287>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Raúl Leopoldo Canosa Usera, doña Ana Cremades Leguina, doña Silvia Díaz Sastre, don Rafael Fernández Valverde y don Luis Pérez de Ayala Becerril.

Extracto

En el asunto C-278/20, *Comisión c. España*, el TJUE ha declarado que España incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad al adoptar los artículos 32, aps. 3 a 6, y 34, ap. 1, de la Ley 40/2015, y el artículo 67, ap. 1, de la Ley 39/2015. En cambio, el TJ ha constatado que el sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en caso de infracción de derecho de la Unión no vulnera el principio de equivalencia. Esta sentencia ha venido a unirse a la jurisprudencia previa del TJ sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del derecho de la Unión. En esta contribución se analiza la posición del tribunal, valorando si ha seguido una línea coherente con sus pronunciamientos anteriores sobre la cuestión.

Palabras clave: principio de efectividad; principio de equivalencia; responsabilidad patrimonial por actos legislativos contrarios al derecho de la UE.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado: 05-01-2024

Cómo citar: Vázquez Rodríguez, B. (2024). Una reflexión sobre los principios de efectividad y equivalencia en la jurisprudencia del TJUE a propósito del asunto C-278/20, *Comisión c. España*. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 276, 57-86. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19127>



A reflection on the principles of effectiveness and equivalence throughout the judgements of the CJEU concerning case C-278/20, *Commission v. Spain*

Beatriz Vázquez Rodríguez

This work has been selected for publication by: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Raúl Leopoldo Canosa Usera, Mrs. Ana Cremades Leguina, Mrs. Silvia Díaz Sastre, Mr. Rafael Fernández Valverde and Mr. Luis Pérez de Ayala Becerril.

Abstract

In Case C-278/20, *Commission v. Spain*, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has declared that Spain has failed to fulfil its obligations under the principle of effectiveness by adopting article 32(3) to (6) and article 34(1) of Law 40/2015 and article 67(1) of Law 39/2015. However, the ECJ found that the Spanish rules of liability of the State as legislature for a breach of EU law does not infringe the principle of equivalence. This judgment has joined the earlier case-law of the ECJ concerning State liability for failing to comply with EU law. This study examines the Court's position and assesses whether it is consistent with its previous decisions on the matter.

Keywords: principle of effectiveness; principle of equivalence; tort liability of member states for legislative acts in breach of EU law.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 05-01-2024

Citation: Vázquez Rodríguez, B. (2024). Una reflexión sobre los principios de efectividad y equivalencia en la jurisprudencia del TJUE a propósito del asunto C-278/20, *Comisión c. España*. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 276, 57-86. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19127>



Sumario

Introducción

1. La responsabilidad de los Estados miembros por los daños causados a los particulares por violación del derecho de la Unión en la jurisprudencia del TJUE
 - 1.1. Los requisitos sustantivos para que se genere la responsabilidad del Estado
 - 1.2. Los principios de efectividad y de equivalencia como límites de la autonomía procesal de los Estados
2. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por violación del derecho de la UE en las Leyes 39/2015 y 40/2015 y en la doctrina del Tribunal Supremo español
3. El asunto C-278/20, *Comisión c. España*
 - 3.1. La argumentación del TJ sobre el principio de efectividad
 - 3.2. La posición del TJ sobre el principio de equivalencia
4. Alcance de la sentencia y repercusión sobre el derecho español

Referencias bibliográficas

Introducción

La Gran Sala del TJUE, por sentencia dictada el 28 de junio de 2022 en el asunto C-278/20, *Comisión c. España*, estimó parcialmente el recurso planteado por la Comisión y declaró que España incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad, al adoptar y mantener en vigor el artículo 32, apartados 3 a 6 y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, puesto que dichas disposiciones someten la indemnización de los daños ocasionados a los particulares por el legislador español como consecuencia de la infracción del derecho de la Unión a determinados requisitos contrarios al citado principio. El TJUE, en cambio, ha constatado que el sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en caso de infracción de Derecho de la Unión, no vulnera el principio de equivalencia.

En una primera aproximación, el amplio sector doctrinal que ha estudiado con detenimiento la jurisprudencia del TJUE sobre los principios de efectividad y equivalencia y que a su vez ha seguido muy de cerca el proceso de adopción de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, probablemente esté de acuerdo en que este pronunciamiento del TJUE supone la crónica de una muerte anunciada, puesto que ya llevaba algunos años advirtiendo de que las citadas disposiciones eran contrarias al derecho de la Unión, por no respetar el principio de efectividad. Así, en relación con esta cuestión, podemos anticipar que la posición del TJUE en el asunto C-278/20 ha venido a confirmar los análisis previos sobre este principio. No ha ocurrido lo mismo con respecto al principio de equivalencia, al confirmar el TJ que no existe violación de este principio, en contra de lo alegado por la Comisión, que entendió que la acción de responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión del artículo 32.5 de la Ley 40/2015 estaba sujeta a requisitos menos favorables que la acción de responsabilidad del Estado legislador por infracción de la Constitución española, prevista en el artículo 32.4, de la Ley 40/2015, pese a que ambas acciones

eran equivalentes. El TJUE sin embargo afirma que, con respecto a los casos de infracción de una norma de Derecho de la UE, el principio de equivalencia solo es pertinente una vez que haya nacido el derecho de indemnización conforme a los requisitos que se establecen en la jurisprudencia del TJUE y que se reproducen de forma idéntica en el artículo 35.2 a), b) y c) de la Ley 40/2015. Habida cuenta de que la responsabilidad patrimonial de Estados por incumplimiento de derecho de la Unión es una construcción del Tribunal de Luxemburgo, es conveniente abordar un análisis de su jurisprudencia para valorar si el TJUE sigue una línea coherente con sus pronunciamientos previos sobre la cuestión.

1. La responsabilidad de los Estados miembros por los daños causados a los particulares por violación del derecho de la Unión en la jurisprudencia del TJUE

El principio de responsabilidad de los Estados miembros por los daños causados a los particulares como resultado de una violación del derecho de la Unión es fruto de un amplio desarrollo jurisprudencial por parte del TJUE, puesto que, igual que ocurre con otros principios que regulan las relaciones interordinamentales entre ambos sistemas, no existe en el derecho originario ni en el derecho derivado ninguna disposición que contemple la obligación de sus Estados miembros de indemnizar los daños provocados por una vulneración de derechos reconocidos por el derecho de la UE, por lo que la inserción de este principio ha sido calificado como un «cláusula de cierre del sistema para la protección jurídica del Derecho de la Unión» (Alonso García y Martín González, 2020, p. 27), que «constituye, en parte, la vara de medir la efectividad de la protección jurisdiccional que el Derecho de la Unión está preparado para ofrecer y salvaguardar» (Iglesias Sánchez, 2022, p. 16).

Así, el punto de partida del reconocimiento de este principio vino de la mano de la hipótesis planteada en los conocidos asuntos *Francovich* y *Bonifaci*, donde los órganos jurisdiccionales italianos preguntaron al TJCE si existía un derecho a favor de los particulares para reclamar una indemnización por responsabilidad de los Estados miembros por la no adaptación del derecho interno a una directiva. El entonces TJCE consideró que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del derecho de la UE que le son imputables es inherente al sistema del tratado¹, puesto que

la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la po-

¹ Véanse, entre otras, *Francovich* y *Bonifaci*, C-6/90 y 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, 1991, ap. 35; *Bras-serie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1995:407, 1996, ap. 31; *British Telecommunications*, C-392/93, ECLI:EU:C:1996:131, 1996, ap. 38; *Hedley Lomas*, C-5/94, ECLI:EU:C:1996:205, 1996, ap. 24 y *Dillenkofer* y otros, C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, ECLI:EU:C:1996:375, 1996, ap. 20.

sibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro².

Quedaba claro que en los casos en los que, además, el incumplimiento venía determinado por la ausencia de transposición del contenido de una directiva por parte de un Estado,

la posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando [...] la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario³.

La jurisprudencia del TJUE también ha dilucidado el contenido del concepto de órgano del Estado en virtud de este principio, señalando que entraña cualquier acción u omisión derivada de aquel y extensible a cualquier poder del Estado, incluyendo al poder legislativo. La extensión de este reconocimiento se ha ido haciendo progresivo al compás de las situaciones particulares que se han ido planteando ante este tribunal. De este modo, en la sentencia *Waterkeyn*, el Tribunal de Justicia –si bien se refería específicamente a las sentencias dictadas en el marco de un recurso por incumplimiento– no dejó de precisar que

todos los órganos del Estado miembro interesado tienen la obligación de garantizar, en los ámbitos de sus competencias respectivas, la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. En el caso de que la sentencia declare la incompatibilidad con el Tratado de determinadas disposiciones legislativas de un Estado miembro, ello supone, para las autoridades que participan en el ejercicio del poder legislativo, la obligación de modificar las disposiciones de que se trate, de manera que estas últimas sean conformes a las exigencias del Derecho comunitario⁴.

Además, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del derecho de la UE⁵.

Así, en los citados asuntos *Francovich* y *Bonifaci*, confirmó que el derecho de la UE impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del derecho de la UE que les sean imputables;

² *Francovich* y *Bonifaci*, C-6/90 y 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, 1991, ap. 33.

³ Doc. cit., ap. 34.

⁴ *Waterkeyn*, C-314/81, C-315/81, C-316/81 y C-83/82, ECLI:EU:C:1982:430, 1982, ap. 14.

⁵ Véanse, *Comisión c. España*, C-274/98, ECLI:EU:C:2000:206, 2000, ap. 19; *Comisión c. España*, C-31/04, ECLI:EU:C:2005:260, 2005, ap. 12.

sin embargo, no precisó todos los interrogantes relativos a la existencia de la responsabilidad del Estado a supuestos distintos de la no adaptación del derecho interno a directivas y, por ende, era necesario saber si existía una obligación de indemnización por los daños causados a los particulares por las violaciones del derecho de la Unión cuando el incumplimiento reprochado pudiera ser atribuido concretamente a una acción u omisión por parte del legislador nacional. El Abogado General Tesauro, en el asunto *Brasserie du Pêcheur*, ya apuntaba en sus conclusiones que si bien es cierto que

el legislador esté obligado, en el cumplimiento de sus misiones institucionales, a observar determinados límites impuestos por normas superiores, no existe razón alguna de teoría jurídica general para negar que el Estado pueda estar obligado a indemnizar los daños provocados por leyes que hayan violado aquellos límites [puesto que] la responsabilidad por actos del legislador no está, conceptualmente, muy lejos y no es muy distinta de la responsabilidad de la administración por la actividad normativa, actualmente admitida sin dificultad más o menos en todas partes⁶.

Así, el TJCE siguió el criterio planteado por aquel y confirmó que

el principio es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento⁷.

Quedaba aclarado por el Tribunal que los Estados miembros no pueden ampararse en el principio de la irresponsabilidad del legislador para sustraerse de la obligación de adoptar todas las disposiciones necesarias conducentes a facilitar la realización del pleno efecto del derecho de la Unión y, en consecuencia, que los Estados miembros también están obligados a indemnizar los daños causados a los particulares por violación del derecho de la Unión en los supuestos en los que el legislador adopta una ley nacional incompatible con el Derecho de la Unión o cuando aquel ha omitido modificar una ley nacional para hacerla conforme al derecho de la Unión.

1.1. Los requisitos sustantivos para que se genere la responsabilidad del Estado

La existencia del principio de responsabilidad de los Estados miembros por violación del derecho de la UE supone la existencia de una obligación de indemnizar a los particula-

⁶ AG. *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1995:407, 1995, ap. 37.

⁷ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 1996, ap. 32.

res afectados. Sin embargo, no cualquier ilícito dará lugar a responsabilidad patrimonial por parte de aquellos, sino que existe una serie de requisitos de carácter sustantivo que han sido consolidados también por la jurisprudencia del TJUE para constatar esa responsabilidad. En los inicios de esta construcción jurisprudencial el TJ ya sostuvo que era necesario la articulación de unos requisitos mínimos para la existencia de un derecho de indemnización. Desde ese prisma, el TJUE, en los citados asuntos *Francovich* y *Bonifaci*, enunció los tres requisitos necesarios para generar un derecho de indemnización en favor de los particulares:

Que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas⁸.

No obstante, no precisó ni el contenido ni el alcance de estos requisitos, a la vez que se refería específicamente a la situación concreta de las directivas. Además, el TJ pareció decantarse por un sistema de responsabilidad objetiva al entender que aquellos requisitos necesarios para que dicha responsabilidad generase un derecho de indemnización «depende de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado»⁹. En el posterior asunto sobre la cuestión, el ya mencionado *Brasserie du Pêcheur*, da un evidente giro interpretativo y se decide por el carácter subjetivo de esa responsabilidad, puesto que el TJ consideró que no había ninguna razón para aplicar criterios distintos dependiendo de si la infracción de la norma de derecho de la UE sea imputable a los Estados o a una institución, y remitiéndose a su propia jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual de la UE afirmó taxativamente que «la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño»¹⁰. Así, la consolidación de esos tres requisitos sustantivos supone que la norma del derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; que la violación de dicha norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el daño sufrido por estos particulares. De esta forma, y como ha puesto de relieve algún autor, «la homogeneización del régimen general de responsabilidad extracontractual por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea [...] acarrea la incorporación al régimen de la responsabilidad estatal del requisito de la violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea» (Cobrerros Mendazona, 2018, pp. 430-431). Si bien estos requisitos son necesarios y suficientes para generar a favor de los particulares un derecho a obtener reparación, no excluye sin embargo que «con arreglo al derecho na-

⁸ *Francovich* y *Bonifaci*, C-6/90 y 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, 1991, aps. 40 y 41.

⁹ *Francovich* y *Bonifaci*, C-6/90 y 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, 1991, ap. 38.

¹⁰ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 1996, ap. 42.

cional, un Estado miembro pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos»¹¹. Además, el TJ aseveró que la apreciación de esos requisitos que permiten determinar la responsabilidad de los Estados miembros por daños causados a los particulares por violaciones del derecho de la Unión «corresponde, en principio, a los órganos jurisdiccionales nacionales conforme a las orientaciones suministradas por el Tribunal de Justicia para dicha apreciación»¹².

Con posterioridad, el TJUE ha seguido consolidando su jurisprudencia sobre estos requisitos. Así, con respecto del primero de ellos, señaló que el concepto de norma debe ser entendido como un concepto amplio, esto es, referido a cualquiera de las fuentes del derecho de la Unión, y es preciso que su contenido pueda ser determinado con suficiente precisión¹³. Con respecto del segundo, el TJ se ha detenido especialmente en ofrecer orientaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre el contenido de lo que es una «violación suficientemente caracterizada». Así el TJ ha puntualizado que no todos los actos ilícitos son susceptibles de generar la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, siendo solo aquellos que puedan catalogarse como los más graves los que pueden determinar el nacimiento de una obligación de indemnizar al particular. De la jurisprudencia se desprende que el criterio decisivo para considerar que concurre dicho requisito es la inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a la facultad de apreciación de los Estados miembros, y entre los elementos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben considerar para realizar esa apreciación, a modo orientativo, la jurisprudencia determina que

debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario¹⁴.

En síntesis, parece que el TJ determina que el análisis debe realizarse caso por caso y teniendo en cuenta la facultad de apreciación y el margen de maniobra del que goza el Es-

¹¹ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 1996, ap. 66; *Kobler*, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, 2010, ap. 57.

¹² *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 1996, ap. 55 a 57; *British Telecommunications*, C-392/93, ECLI:EU:C:1996:131, 1996, ap. 411; *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C446/04, ECLI:EU:C:2006:774, 2006, ap. 210; *Kantarev*, C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, 2018, ap. 95.

¹³ *Rechberger*, C-140/97, ECLI:EU:C:1999:306, 1999, ap. 22.

¹⁴ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 1996, ap. 56.

tado en el ámbito concreto. No obstante, la concreción de estos elementos en la práctica no resulta fácil, puesto que se trata de conceptos jurídicos indeterminados. Ahora bien, el TJ también se ha ocupado de puntualizar, en supuestos específicos, determinadas situaciones que suponen una violación manifiestamente caracterizada, como es el caso de una violación que «ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del TJ en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido»¹⁵.

O por ejemplo, en el caso en el que emane del Poder Judicial existe la particularidad de que «solo puede exigirse en el caso excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable»¹⁶ y en los casos en que «la resolución de que se trate se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia»¹⁷. Sin perjuicio de esas valoraciones realizadas para situaciones particulares, el TJ también ha aclarado que no es posible supeditar la «obligación de reparar los daños causados a los particulares a cualquier otro elemento como, por ejemplo, el de culpa, puesto que va más allá de la consideración de lo que es una violación suficientemente caracterizada en el Derecho de la UE»¹⁸.

Finalmente, en lo relativo a la relación de causalidad directa entre la violación y el daño sufrido por estos particulares, el TJUE se ha limitado a señalar que corresponde a los Estados miembros fijar los criterios que permiten determinar y cuantificar los daños derivados del incumplimiento, aunque con respecto de la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la UE ha sostenido que debe probarse que el «daño sufrido se derive de forma suficientemente directa del comportamiento irregular»¹⁹ y que el daño debe ser real y cierto así como evaluable. En cambio, un daño puramente hipotético e indeterminado no origina derecho a reparación²⁰. Así, algún autor ha estimado que se cumple con este requisito «en los casos en los que exista una relación de causalidad directa, inmediata y cierta, de forma que cualquier elemento volitivo que se interponga entre la actuación vulneradora de DUE y el perjuicio generado será suficiente para excluir responsabilidad» (Janer Torrens, 2002, p. 256). No obstante, con carácter reciente en el asunto *AW y otros (Llamadas al 112)*, ha afirmado que

¹⁵ Doc. cit., ap. 57.

¹⁶ *Kobler*, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513, 2010, ap. 53.

¹⁷ Doc. cit., ap. 56. En el mismo sentido: *STJUE. Tomášová*, C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602, 2016, ap. 26; *Hochtief Solutions*, C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630, 2019, ap. 43.

¹⁸ *Kantarev*, C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, 2018, ap. 127.

¹⁹ *Dumortier Frères y otros c. Consejo*, 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 y 45/79, ECLI:EU:C:1982:184, 1997, ap. 21.

²⁰ *Pitsiorlas*, T-3/00 y T-337/04, ECLI:EU:T:2007:357, 2007, ap. 293 y 294.

cuando de conformidad con el Derecho nacional de un Estado miembro, una relación de causalidad indirecta entre la infracción cometida por las autoridades nacionales y el daño sufrido por un particular se considera suficiente a efectos de generar la responsabilidad del Estado, tal relación de causalidad indirecta entre una vulneración del Derecho de la Unión, imputable a dicho Estado miembro, y el daño sufrido por un particular también debe considerarse suficiente para generar la responsabilidad de dicho Estado miembro por tal vulneración del Derecho de la Unión²¹.

1.2. Los principios de efectividad y de equivalencia como límites de la autonomía procesal de los Estados

Si bien los requisitos materiales o sustantivos para que se genere una responsabilidad de los Estados miembros por violación del derecho de la UE vienen establecidos por el derecho de la UE, en cambio la acción indemnizatoria contra el Estado en cuestión viene determinada por el derecho de los Estados en materia de responsabilidad; esto significa que son estos los que deben regular las modalidades de la ejecución del derecho a indemnización del particular, especialmente lo relativo a los requisitos de naturaleza procedimental. Así, en el asunto *Franovich y Bonifaci*, el TJ determinó que

corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar a los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario²².

Sin embargo, esta premisa está sujeta a dos límites impuestos por los principios de equivalencia y de efectividad, concretamente:

que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad)²³.

²¹ *AW y otros (Llamadas al 112)*, C-417/18, ECLI:EU:C:2019:671, 2019, ap. 41.

²² *Franovich y Bonifaci*, C-6/90 y 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, 1991, ap. 42.

²³ *Franovich y Bonifaci*, C-6/90 y 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, 1991, ap. 43. *Kantarev*, C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, 2018, ap. 140.

En lo que atañe al principio de efectividad, una de las primeras consecuencias de la aplicación de este principio fue que el TJ tuvo que aclarar si la responsabilidad por infracción del derecho de la Unión dependía de la existencia previa de una declaración de ilegalidad por parte del TJUE, a lo que este confirmó que no era posible supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el TJ haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del derecho comunitario imputable al Estado²⁴ o a que a través de una sentencia dictada por el TJ con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción²⁵. Como se ha dicho, «lo contrario hubiera escapado a la lógica del sistema jurisdiccional comunitario» (Guichot Reina, 2016, p. 67).

En el *asunto Târşia*, el TJ además tuvo la oportunidad de puntualizar que para saber si una disposición nacional, de carácter procesal, hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los particulares el derecho de la Unión «debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupan las normas de que se trata dentro del conjunto del procedimiento, del desarrollo de este y de las peculiaridades de dichas normas, ante las diversas instancias nacionales»²⁶. Ahora bien, el TJ también ha afirmado que en lo que se refiere a los recursos judiciales disponibles en los Estados miembros dirigidos a exigir la responsabilidad de un Estado por violación del derecho de la UE, el tribunal nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su magnitud y, en particular, si ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en derecho le correspondían²⁷. Sin embargo, en su desarrollo jurisprudencial el TJ también ha precisado un límite, puesto que sería contrario al principio de efectividad «obligar a los perjudicados a ejercitar sistemáticamente todas las acciones de que dispongan, aunque ello les ocasione dificultades excesivas o no pueda exigírseles razonablemente que las ejerciten»²⁸. En un análisis de la práctica en los diferentes Estados miembros, como se ha dicho,

el principio de efectividad se ha aplicado para verificar la adecuación de múltiples aspectos organizativos y procedimentales de los Derechos nacionales, que abarcan desde los plazos para ejercer acciones o interponer recursos a las potestades de Jueces y Tribunales pasando por los vicios que se pueden invocar para interponer recursos o la revisión de actos administrativos firmes o que se benefician del principio de cosa juzgada (Fuentetaja Pastor, 2018, p. 99).

²⁴ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 1996, ap. 94 a 96; *Dillenkofer y otros*, C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, ECLI:EU:C:1996:375, 1996, ap. 28.

²⁵ *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, ECLI:EU:C:2010:39, 2010, ap. 20.

²⁶ *Târşia*, C69/14, EU:C:2015:662, 2015, ap. 36; *Kantarev*, C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, 2018, ap. 133.

²⁷ *Fuß*, C429/09, EU:C:2010:717, 2010, ap. 75; *Kantarev*, C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, 2018, ap. 140.

²⁸ *Danske Slagterier*, C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178, 2009, ap. 62; *Fuß*, C429/09, EU:C:2010:717, 2010, ap. 75 a 77; *Kantarev*, C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, 2018, ap. 142.

Respecto al principio de equivalencia, ya hemos dicho que según ha constatado el TJUE las condiciones de fondo y de forma en materia de indemnización de daños establecidas en los Estados miembros con respecto a las indemnizaciones por violación del derecho de la UE no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna²⁹; sin embargo, esta cuestión plantea problemas en la práctica. De la jurisprudencia emanada por el TJ en los asuntos *Francovich y Bonifaci y Transportes Urbanos*, se ha interpretado que al referirse a que son tanto los requisitos de forma como los de fondo establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños causados por los Estados miembros como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión los que no pueden ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de carácter interno, significa que el principio de equivalencia opera tanto en lo que se refiere a condiciones sustantivas como a las de carácter procesal (Guichot Reina, 2016, pp. 84 y 85)³⁰. Para otros, sin embargo, el principio de equivalencia solo opera con respecto de los requisitos de fondo e insisten en que «conviene insistir en que el campo de juego de la equivalencia no es el de los requisitos materiales o sustanciales, sino el de los procedimentales» (Cobrerros Mendazona, 2018, p. 441), esto es, «en los cauces procesales diseñados al efecto por el legislador interno, pero no en lo que se refiere a las condiciones materiales o de fondo para su reconocimiento» (Huelin Martínez de Velasco, 2019, p. 128). Esta cuestión no es baladí, y en el caso de España veremos que nuestro Alto Tribunal también ha tenido incertidumbres sobre la aplicación del principio de equivalencia al régimen sustantivo de la responsabilidad patrimonial por infracción del derecho de la UE. Además, el propio TJUE, en el asunto *AW y otros (Llamadas al 112)*, parece considerar que el principio de equivalencia se proyecta también sobre los requisitos sustantivos, al pronunciarse sobre el requisito relativo a la relación de causalidad –en este caso indirecta– entre la violación y el daño sufrido por estos particulares; en cambio, en el asunto C-178/20, tal como veremos más adelante, parece contradecir la posición en este caso.

Por otra parte, la jurisprudencia del TJUE ha consolidado unos parámetros para permitir a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar el cumplimiento de las exigencias con respecto a este principio; así, es el juez nacional el que debe valorar que los requisitos impuestos por el derecho nacional en materia de reparación de daños no sean menos favorables cuando la acción de responsabilidad se basa en el derecho de la Unión que cuando se basa en el derecho interno³¹; ahora bien, un Estado miembro no está obligado a extender al conjunto de las acciones de indemnización basadas en infracción del dere-

²⁹ *Francovich y Bonifaci*, C-6/90 y 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, 1991, ap. 43; *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, ECLI:EU:C:2010:39, 2010, ap. 33.

³⁰ En sentido parecido, González Alonso (2016, pp. 404-406).

³¹ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, 1996, ap. 27; *Danske Slagterier*, C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178, 2009, ap. 31.

cho comunitario su régimen de responsabilidad interno más favorable³². Considera el TJ que para poder comparar si ambos recursos son similares, el órgano jurisdiccional nacional debe verificar la similitud de estos recursos desde el punto de vista de su objeto, de su causa y de sus elementos esenciales³³. No obstante, para que el principio de equivalencia sea de aplicación, es también necesario que ambas acciones sean similares, de otra forma no se verá afectado este principio. En lo que se refiere a equivalencia sobre las normas de carácter procesal, el órgano jurisdiccional nacional debe, por tanto, comprobar de manera objetiva y abstracta la similitud de estas normas desde el punto de vista del lugar que ocupan en el conjunto del procedimiento, del desarrollo de dicho procedimiento y de las particularidades de las normas³⁴.

2. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por violación del derecho de la UE en las Leyes 39/2015 y 40/2015 y en la doctrina del Tribunal Supremo español

Si bien la configuración del principio general de responsabilidad de los poderes públicos se establece en el artículo 9.3 de la CE, la plasmación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se concreta en el artículo 106.2, ya que en virtud de este,

los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

A su vez, el artículo 139.1 de la derogada Ley 30/1992³⁵ configuraba la responsabilidad patrimonial de la Administración pública; sin embargo, habrá que esperar a la adopción de la Ley 40/2015 para que su artículo 32.5 recoja, explícitamente, la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del derecho de la UE. Así, antes de la adopción de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, este principio gozaba de un reconocimiento muy general y ha sido desarrollado progresivamente por vía judicial, fundamentalmente a través de la jurisprudencia del TS, primero en relación con la aplicación de leyes inconstitucionales y después con respecto de la aplicación de normas

³² *Levez*, C326/96, ECLI:EU:C:1998:577, 1998, ap. 37 y 41.

³³ *Preston y otros*, C78/98, ECLI:EU:C:2000:247, 2000, ap. 57; *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, ECLI:EU:C:2010:39, 2010, ap. 35.

³⁴ *Preston y otros*, asunto C78/98, ECLI:EU:C:2000:247, 2000, ap. 63.

³⁵ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común [disposición derogada], BOE, núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

contrarias al derecho de la UE. La pregunta que pasaremos a contestar a continuación es si precisamente el legislador nacional, con la adopción de la Ley 40/2015, ha tenido en cuenta tanto la jurisprudencia del TJUE como la doctrina del TS a la hora de acometer esta reforma y de configurar el sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del derecho de la UE.

La principal novedad que recoge el citado artículo 32 de la Ley 40/2015 es que inserta de manera explícita la responsabilidad del Estado legislador. Ya el propio preámbulo de la ley confirma que la inclusión de la denominada responsabilidad patrimonial del Estado legislador por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al derecho de la UE es una de las novedades más destacables del texto normativo. En ese sentido, el artículo 32.3 segundo párrafo de la Ley 40/2015 reconoce que

la responsabilidad del Estado legislador podrá surgir: a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4; y b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5³⁶.

En sus apartados 4 y 5 recoge por primera vez referencia expresa a la responsabilidad del Estado legislador como consecuencia de la aplicación de la Constitución o de las normas de derecho europeo respectivamente. Aquellos apartados son idénticos para ambos supuestos, procediendo a su indemnización. Concretamente en lo que nos interesa, cuando son consecuencia de la aplicación de las normas de derecho europeo, el artículo 32.5 de la Ley 40/2015 determina que

si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión, procederá a su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea, posteriormente declarada³⁷.

En lo que respecta al requisito relativo a la existencia previa de una sentencia del TJ que declare el acto legislativo incompatible al derecho de la UE, al recoger específicamente que la lesión sea «consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión» parece que esta exigencia es contraria a la jurisprudencia. Primero porque lo

³⁶ Artículo 32.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, BOE, núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

³⁷ Artículo 32.5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, BOE, núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

supedita a una sentencia del TJUE en virtud del recurso de incumplimiento, puesto que el citado artículo 32.5 de la Ley 40/2015, leído conjuntamente con el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, que dice que «la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea», parece olvidarse de las potestades del juez nacional en virtud de la primacía del Derecho de la UE. Como se ha apuntado,

los Jueces nacionales pueden apreciar esta clase de responsabilidad sin una previa sentencia del Tribunal de Justicia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, incluso sin el planteamiento de una previa cuestión prejudicial, cuando la incompatibilidad entre el Derecho de la Unión y la norma española se hubiera manifestado de forma clara y evidente (Lesmes Serrano, 2017, p. 72).

Así lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo, en el asunto 2 de febrero de 2015, STS 240/2015³⁸, como del Tribunal Constitucional, en una sentencia de 2010³⁹, al afirmar que cualquier juez español puede inaplicar una ley incompatible con el derecho de la UE sin necesidad de pronunciamiento previo del TJUE. Pero es que, además, el Alto Tribunal ha puesto de relieve en su jurisprudencia que al aceptar que la responsabilidad patrimonial del Estado legislador también puede derivar de la inactividad normativa del poder legislativo, parece obvio que en aquellos casos en los que exista una conducta omisiva,

al no haber norma, difícilmente puede exigirse la expresa declaración de la misma como contraria al Derecho de la Unión Europea. Así, además, lo expresa el dictamen del Consejo de Estado al señalar que, de conformidad con la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no resulta posible exigirse que en el presente caso que se obtenga una declaración de que esa situación de anomia es contraria al Derecho de la Unión Europea⁴⁰.

Por otra parte, y no menos relevante, este requisito supone un manifiesto desconocimiento de la jurisprudencia del TJUE, pues esta disposición es contraria a las sentencias de aquel tribunal en los asuntos *Brasserie du Pêcheur*, *Dillenkofer* y *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, en tanto en cuanto el TJ había confirmado que no era posible supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el TJ haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del derecho de la UE imputable al Estado.

³⁸ STS 240/2015 (2 feb.), ECLI:ES:TS:2015:240 (FJ 4.º).

³⁹ STC 78/2010 (20 de octubre), ECLI:ES:TC:2010:78 (FJ 6.º y 7.º).

⁴⁰ STS 1536/2021 (16 de abril), ECLI:ES:TS:2021:1536 (FJ 5.º); STS 2143/2021 (26 de mayo), ECLI:ES:TS:2021:2143 (FJ 6.º).

De otro lado, el requisito exigido en la Ley 40/2015, relativo a la existencia de una sentencia firme desestimatoria de un recurso del particular perjudicado contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, tampoco está en consonancia con la jurisprudencia previa del TJUE. Precisamente, el asunto *Transportes Urbanos* supone la rectificación de la doctrina del TS en las sentencias de 29 de enero de 2004⁴¹ y 24 de mayo del 2005⁴², en las que se interpretaba que la no impugnación, administrativa o judicial, del acto aplicativo de la norma contraria a derecho de la UE, rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia del TJUE para la declaración de la responsabilidad patrimonial. A partir de entonces, el TS dejó de exigir la previa impugnación de todos los actos administrativos de aplicación de la ley contraria al derecho de la Unión Europea para que pueda proceder una indemnización⁴³. Siendo así, parece que la Ley 40/2015, si se impone como requisito la obtención de una sentencia firme desestimatoria del recurso interpuesto contra la actuación administrativa, supone exigir el agotamiento de todas las vías de impugnación existentes. Baste recordar que el TJUE ha reconocido que se puede pedir diligencia al particular, pero no el agotamiento de todos los recursos, puesto que sería contrario al principio de efectividad «obligar a los perjudicados a ejercitar sistemáticamente todas las acciones de que dispongan, aunque ello les ocasione dificultades excesivas o no pueda exigírseles razonablemente que las ejerciten»⁴⁴.

Finalmente, la última exigencia es que la incompatibilidad de la norma con el derecho europeo haya sido alegada precisamente por quien solicita la indemnización. Resulta coherente lo que plantea algún autor cuando dice que con la exigencia del cumplimiento de este requisito

se hace depender el éxito de la pretensión indemnizatoria de un hecho ajeno a los elementos que han configurado tradicionalmente la responsabilidad patrimonial de la Administración, como es la circunstancia, en cierto modo aleatoria, de que se haya alegado la infracción, máxime cuando la apreciación de esa infracción puede no depender del Juez ante el que interpone la pretensión (Lesmes Serrano, 2018, pp. 73 y 74)⁴⁵.

En este punto también procede recordar que esta exigencia va en contra de lo planteado por el TJUE en el asunto *Kempter*, cuando sostuvo que para el caso concreto «este Derecho

⁴¹ STS 442/2004 (29 de enero), ECLI:ES:TS:2004:442.

⁴² STS 3321/2005 (24 de mayo), ECLI:ES:TS:2005:3321.

⁴³ STS 4328/2010 (14 de julio), ECLI:ES:TS:2010:4328.

⁴⁴ *Metallgesellschaft y otros*, C397/98 y C410/98, ECLI:EU:C:2001:134, 2001, ap. 106; *Danske Slagterier*, C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178, 2009, ap. 62; *Fuß*, C429/09, EU:C:2010:717, 2010, ap. 75 a 77; *Kantarev*, C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, 2019, ap. 142.

⁴⁵ En sentido parecido Moreno Quirós (2018) afirma que «el particular haya realizado una alegación certera, esto es, a que haya sido capaz de atisbarla, aunque su reclamación sea infructuosa, los motivos por los que la sentencia posteriormente declara la infracción de Derecho de la UE» (p. 127).

no exige que el demandante en el litigio principal haya invocado el Derecho comunitario en el marco del recurso jurisdiccional de Derecho interno interpuesto contra dicha resolución»⁴⁶.

No obstante la reforma diseñada por la Ley 40/2015, para el caso de vulneración de derecho de la UE, deberán cumplirse, además, los tres requisitos de naturaleza sustantiva exigidos en la jurisprudencia del TJUE, antes comentados, a saber, que:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares; b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado; y c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares⁴⁷.

Sobre la inclusión de estos requisitos se plantean dudas, puesto que al establecer una serie de requisitos adicionales cuando se trata de una infracción del derecho de la UE podría no ajustarse al principio de efectividad.

Los pronunciamientos de nuestros tribunales sobre el principio de equivalencia suponen el inicio de la configuración jurisprudencial relativa a las reclamaciones de responsabilidad por el Estado legislador por infracción del derecho de la UE; en particular en la ya citada sentencia de 29 de enero, STS 442/2004⁴⁸, donde se establecían unos requisitos procedimentales distintos a los exigidos en los casos de responsabilidad por vulneración de la Constitución, puesto que en este último caso no era necesario agotar la vía de los recursos para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador. A partir de ese momento, el TS se había negado a trasladar su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial derivada de una ley inconstitucional a los supuestos de responsabilidad patrimonial por ley incompatible con el derecho de la UE. Sin embargo, la doctrina del Alto Tribunal no resultaba acorde con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre el principio de equivalencia hasta el asunto *Transportes Urbanos*, asunto C-118/08⁴⁹. Desde ese fallo, el TS adopta varias sentencias que recogen ese cambio de posición del TS con respecto del principio de equivalencia. Concretamente, se trata de las sentencias del TS de 17 de septiembre de

⁴⁶ *Kempter*, C-2/06, ECLI:EU:C:2008:78, 2008, ap. 46.

⁴⁷ Artículo 32.5 de la Ley 40/2015.

⁴⁸ STS 442/2004 (29 de enero), ECLI:ES:TS:2004:442. En sentido parecido, STS 3321/2005 (24 de mayo), ECLI:ES:TS:2005:3321.

⁴⁹ Sobre el contenido del auto del TS en el asunto *Transportes Urbanos* de 1 de febrero de 2008, véase, sin autor citado (2008). Los principios de equivalencia y efectividad en relación con la responsabilidad del Estado legislador como consecuencia de la aprobación de normas contrarias al Derecho Comunitario Europeo. Auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008. *Noticias de la Unión Europea*, 287, 141-148; Alonso García (2009, pp. 175-187).

2010 4974/2010⁵⁰, 4975/2010⁵¹ y 4976/2010⁵², donde se ve obligado a modificar su postura e incorporar la jurisprudencia del TJUE a su propia doctrina. En virtud de la primera de las sentencias citadas, la Sala Tercera del TS estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Transportes Urbanos y declaró la responsabilidad patrimonial del Estado, reconociendo el derecho de la mencionada compañía a ser indemnizada. De este modo, pronunciándose sobre el principio de equivalencia, el TS afirmó que

la doctrina de este Tribunal Supremo [...] sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. Ello obliga [...] a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005⁵³.

En síntesis, el TS consideró que tal y como había dictaminado el TJUE en virtud del principio de equivalencia, la jurisprudencia española debía dar un tratamiento igualitario a las acciones de responsabilidad fundadas en la inconstitucionalidad de una ley y las que tienen sustento en su oposición al ordenamiento jurídico de la UE. Sin embargo, lo que no dijo el TS es si tenía que hacer la equiparación por arriba o por abajo⁵⁴. Aún más, expresamente dijo que el principio de equivalencia no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todos los recursos interpuestos en un ámbito determinado del derecho, y finalmente se decantó por dar «el tratamiento más favorable: el que antes dispensaba a las cimentadas en la inconstitucionalidad de la Ley» (Huelin Martínez de Velasco, 2019, pp. 122-123).

Así, en virtud de este principio de equivalencia, el TS ha establecido que la reclamación de indemnización de los perjuicios derivados por violación del derecho de la UE se somete a la existencia de los tres requisitos: que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas⁵⁵. Ahora bien, se han planteado dudas de si el principio de equivalencia puede exigir que se prescinda del requisito de la violación sufi-

⁵⁰ STS 4974/2010 (17 de septiembre), ECLI:ES:TS:2010:4974. Sobre el citado asunto, véase Tornos Mas (2012, pp. 2.365-2.378).

⁵¹ STS 4975/2010 (17 de septiembre), ECLI:ES:TS:2010:4975

⁵² STS 4976/2010 (17 de septiembre), ECLI:ES:TS:2010:4976

⁵³ STS 4974/2010 (17 de septiembre), ECLI:ES:TS:2010:4974 (FJ 8.º).

⁵⁴ Sobre la citada equiparación, véase Rodríguez de Santiago (2011, pp. 141-171).

⁵⁵ Véanse, entre otras, STS 238/2015 (2 de febrero), ECLI:ES:TS:2015:238; STS 239/2015, ECLI:ES:TS:2015:239 y STS 240/2015, ECLI:ES:TS:2015:240; STS 4652/2015 (22 de octubre), ECLI:ES:TS:2015:4652; STS 5122/2016 (17 de noviembre), ECLI:ES:TS:2016:5122.

cientemente caracterizada en los casos en que se infringe la Constitución, lo que supondría preguntarse si el principio de equivalencia se aplica solo a los requisitos procesales o también se proyecta sobre los requisitos de naturaleza sustantiva. Precisamente, estos mismos interrogantes parecen plantearse a raíz del asunto *Comisión c. España* (C-487/08) de 3 de junio de 2010, donde se estimó el recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión contra el Reino de España y en consecuencia se plantean varios recursos de responsabilidad patrimonial en el Estado español. Concretamente en el que dio lugar a la STS 3717/2014, de 22 de septiembre, el TS consideró la posibilidad de elevar una cuestión prejudicial preguntando al TJUE si el citado principio de equivalencia rige no solo con respecto a los requisitos procedimentales de la responsabilidad patrimonial sino también con respecto a los requisitos sustantivos. Finalmente, el TS consideró innecesario el planteamiento porque por sí mismo llegó a la conclusión de que

no existe auténtica similitud entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Tribunal Constitucional y la estimación de un recurso por incumplimiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, por tanto, que el principio de equivalencia y efectividad no resulta de aplicación al presente caso. Ello significa que este habrá de dilucidarse de conformidad con los requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial que contempla la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁶.

Confirma así que para el caso de las normas declaradas inconstitucionales no es necesario valorar la gravedad de la infracción, mientras que para las de Derecho de la UE sí, puesto que ambas reclamaciones no son similares y, por ende, no opera el principio de equivalencia. Esta afirmación, no obstante, parece ir manifiestamente en contra de lo que dijo el TJUE en el asunto *Transportes Urbanos*, cuando afirmó que

a falta de cualquier mención en el auto de remisión de otros elementos que permitan declarar la existencia de otras diferencias entre la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado efectivamente presentada por Transportes Urbanos y aquella que habría podido interponer sobre la base de una infracción de la Constitución declarada por el Tribunal Constitucional, no basta para establecer una distinción entre ambas reclamaciones a la luz del principio de equivalencia [y por lo tanto] pueden considerarse similares⁵⁷.

En esta línea, la interpretación por parte de la doctrina tampoco ha sido pacífica, puesto que mientras unos han dicho que

⁵⁶ STS 3717/2014 (22 de septiembre), ECLI:ES:TS:2014:3717 (FJ 4.º).

⁵⁷ *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, ECLI:EU:C:2010:39, ap. 44 y 45.

afirmar que no existe similitud entre ambos tipos de acciones por los efectos desconoce el verdadero fundamento de la acción de responsabilidad en uno y otro [...] y echa por tierra los fundamentos en la sentencia Transportes Urbanos. [...] La semejanza de las acciones se exige, a fin de que opere el principio de equivalencia, tanto para los requisitos de fondo como de forma⁵⁸,

para otros, sin embargo,

el principio de equivalencia no parece resultar un argumento incontestable para justificar una eventual exclusión del requisito de la violación suficientemente caracterizada, porque este es indudablemente un requisito de fondo o sustancial (Cobrerros Mendazona, 2022, p. 442), [entendiendo que] los requisitos procedimentales se han parificado (con lo que no hay ningún problema desde el punto de vista del principio de equivalencia), pero la diferencia es destacada en cuanto a los requisitos materiales, siempre en detrimento de las leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea (Cobrerros Mendazona, 2020, p. 65)⁵⁹.

Lo cierto es que el no planteamiento de la cuestión ante el TJUE ha sido una oportunidad perdida para que aquel clarificara si efectivamente el principio de equivalencia se aplica solo a los requisitos procesales o también a los de naturaleza sustantiva, disipando así las dudas sobre la interpretación de este principio en el asunto que pasaremos a comentar a continuación.

3. El asunto C-278/20, *Comisión c. España*

Como se ha apuntado, el 28 de junio de 2022 la Gran Sala del TJUE, en el asunto C-278/20, *Comisión c. España*, estimó parcialmente el recurso de planteado por la Comisión y dictaminó que España incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad, al adoptar y mantener en vigor el artículo 32, apartados 3 a 6 y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, puesto que dichas

⁵⁸ En el mismo sentido, al exigir condiciones que no se exigen para las reclamaciones semejantes de responsabilidad por leyes constitucionales, estos autores también dicen que está en contra del principio de equivalencia. (Galán Vioque, 2015, pp. 7 y 8; Leiva López, 2021, p. 190).

⁵⁹ En la línea con este autor, se ha dicho que «este régimen no presenta inconveniente alguno desde la perspectiva del principio de equivalencia, pues las acciones de responsabilidad por la declaración de inconstitucionalidad son sometidas al mismo régimen» (Huelin Martínez de Velasco, 2019, p. 129).

disposiciones someten la indemnización de los daños ocasionados a los particulares por el legislador español –como consecuencia de la infracción del derecho de la Unión– a determinados requisitos contrarios al citado principio. El TJUE, en cambio, ha constatado que el sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en caso de infracción de Derecho de la Unión no vulnera el principio de equivalencia.

3.1. La argumentación del TJ sobre el principio de efectividad

Según la Comisión, el régimen español de responsabilidad del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión no respeta el principio de efectividad por cuanto supedita la indemnización de los daños causados a tres requisitos. Así, en primer lugar, el artículo 32.5 de la Ley 40/2015 establece que el perjuicio debe ser «consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión», y el artículo 67, apartado 1, de la Ley 39/2015 precisa que la resolución por la que se declare que la norma es contraria al derecho de la Unión debe publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea. Lo que supone que es necesario que el TJ haya dictado una resolución de incompatibilidad con el derecho de la Unión para que exista responsabilidad del Estado legislador. Pues bien, para el TJ esta cuestión va en contra de la jurisprudencia del TJUE en la medida, que ha reiterado en numerosas ocasiones, que no se puede supeditar la reparación de un daño causado por una infracción del derecho de la Unión por parte de un Estado miembro a la exigencia de que se haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del derecho de la Unión imputable a ese Estado (*Brasserie du Pêcheur y Factortame*), ni subordinarla al requisito de que una sentencia dictada por el TJ con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción, tal como se reconoció en el asunto *Transportes Urbanos y Servicios Generales*. Según las alegaciones planteadas por España, ese requisito no puede considerarse contrario al principio de efectividad, puesto que existen otras vías de recurso en España que permitirían exigir la responsabilidad de los poderes públicos en caso de infracción del derecho de la UE. Sin embargo, tanto el AG como el TJ, después de analizar todos y cada uno de los recursos que España alega para justificar su posición, responden taxativamente que

ninguno de los procedimientos o cauces jurídicos invocados por el Reino de España [...] garantiza que un particular pueda, en todas las situaciones en las que una infracción del Derecho de la Unión debe ser objeto de reparación [...] obtener una indemnización adecuada por los daños que le haya causado una infracción del Derecho de la Unión imputable al legislador nacional⁶⁰.

En lo relativo al requisito de la existencia de una sentencia firme desestimatoria de un recurso del particular perjudicado contra la actuación administrativa que ocasionó el

⁶⁰ *Comisión c. España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503, 2022, ap. 108.

daño en virtud del artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015, la Comisión en su demanda entendió que este requisito también vulneraba el principio de efectividad, puesto que no prevé ningún tipo de excepción para los casos en los que el daño es ocasionado directamente por la ley, pudiendo plantear dificultades excesivas para que los afectados tengan derecho a obtener una indemnización. En sentido contrario, el Reino de España defendió la postura de que esta disposición no vulneraba el principio de efectividad, puesto que el citado artículo se refiere a la existencia de una «sentencia firme», por tanto, se refiere a cualquier instancia que desestime el recurso y no exigiría, por tanto, que el perjudicado deba ejercitar sistemáticamente todas las vías de recurso disponibles. En su análisis, el TJ comienza señalando su jurisprudencia sobre el particular, concretamente se remite a los asuntos *Danske y Kantarev*, para advertir que «el tribunal nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su magnitud y, en particular, si ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían», puesto que la persona afectada, «debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola»⁶¹. Ahora bien, como también se apuntó, la jurisprudencia del TJUE también avala que el principio de efectividad no pueda obligar a las personas perjudicadas «a ejercitar sistemáticamente todas las acciones de que dispongan aunque ello les ocasione dificultades excesivas o no pueda exigírseles razonablemente que las ejerciten»⁶².

A este respecto nos parece relevante la postura del AG, puesto que va a diferenciar entre dos situaciones distintas para determinar por qué en una de ellas la disposición española no se ajusta al principio de efectividad; por un lado, cuando el daño ha sido formalmente causado por un acto administrativo adoptado en aplicación de una ley incompatible con el derecho de la Unión, y por otro, cuando el daño ha sido directamente causado por la ley, sin que se haya adoptado ningún acto administrativo⁶³. Sobre los casos en los que el daño ha sido formalmente causado por un acto administrativo adoptado en aplicación de una ley incompatible con el derecho de la Unión, según el AG podría ajustarse al principio de efectividad, en el sentido de que se solicita que el particular afectado haya debido interponer con carácter previo un recurso contra el acto administrativo adoptado en aplicación de una ley incompatible con el derecho de la Unión y el artículo 32.5 de la Ley 40/2015, y en consonancia con las alegaciones de España, no exige que el particular haya agotado todos los recursos disponibles, sino únicamente que se haya obtenido una sentencia firme en un recurso contra esta actuación administrativa, en cualquier instancia, lo que puede facilitar el cumplimiento de este requisito. Sin embargo, los problemas se plantean en las situaciones en las que el daño ha sido directamente causado por la ley, sin que se haya

⁶¹ Doc. cit., ap. 123.

⁶² Doc. cit., ap. 126.

⁶³ AG. *Comisión c. España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2021:996, 2022, ap. 84 a 91.

adoptado ningún acto administrativo. Del tenor del artículo 32.5 de la Ley 40/2015, este requisito, al referirse explícitamente a «la actuación administrativa», no permite a los particulares afectados la obtención de una indemnización en los casos en los que no exista una acción administrativa que aquellos puedan impugnar. Desde luego, no parece una exigencia razonable pedir a un particular la interposición de un recurso contra un acto inexistente para poder reclamar la responsabilidad del Estado legislador sobre la base de esa disposición, por lo que el AG entiende que «cuando es la ley la que causa directamente el daño, ese requisito tiene por efecto en realidad impedir el ejercicio de cualquier acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador»⁶⁴. Siguiendo este último planteamiento, el TJ determina que aquella disposición –al no prever ninguna excepción para los supuestos en los que el daño derive directamente de una acción u omisión del legislador, contrarios al derecho de la Unión, cuando no exista una actuación administrativa impugnables– es contraria al principio de efectividad.

Finalmente, sobre la discusión del tercer requisito del artículo 32.5 de la Ley 40/2015, que entraña que para que se genere la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado legislador queda supeditada a que en el recurso interpuesto contra el acto administrativo lesivo se haya alegado la infracción del derecho de la Unión posteriormente declarada, la Comisión también entiende que aquel no está en consonancia con el principio de efectividad, puesto que supone que solo se podrá obtener una indemnización en los casos en que la disposición del derecho de la Unión infringida tenga efecto directo, puesto que según apunta esta institución, únicamente aquellas obligan a los órganos jurisdiccionales nacionales a abstenerse de aplicar una disposición de su derecho interno contraria a dichas disposiciones del derecho de la Unión. Por su parte, el Reino de España entiende que esa limitación planteada por la Comisión a las disposiciones con efecto directo no tiene fundamento alguno en ninguna disposición del ordenamiento jurídico español. El TJ invoca jurisprudencia reiterada sobre el particular y recuerda que el hecho de que las disposiciones con efecto directo sean las únicas que pueden obligar a un órgano jurisdiccional nacional a desplazar la aplicación de una norma interna contraria no limita la posibilidad de la invocación de disposiciones nacional que carezcan de ese efecto en el marco del recurso contra el acto administrativo lesivo. Singularmente, refiriéndose a los asuntos *Popławski* y *Thelen Technopark Berlin*, recuerda que

un órgano jurisdiccional nacional no está obligado, sobre la base exclusivamente del Derecho de la Unión, a abstenerse de aplicar una disposición de su Derecho nacional contraria a una disposición del Derecho de la Unión si esta última disposición carece de efecto directo; esta consideración se entiende sin perjuicio de la posibilidad de que dicho órgano jurisdiccional excluya, sobre la base del Derecho

⁶⁴ AG. *Comisión c. España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2021:996, 2022, ap. 89; *Comisión c. España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503, 2022, ap. 127.

interno, cualquier disposición del Derecho nacional contraria a una disposición del Derecho de la Unión que no tenga tal efecto⁶⁵.

Además, las potestades del juez nacional no se reducen al desplazamiento de la norma interna, sino que es de sobra conocido que las disposiciones de derecho de la UE sin efecto directo pueden invocarse ante el juez nacional a efectos de la obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con dichas disposiciones. Aclarada esa cuestión, y siguiendo con lo apuntado por el AG, la exigencia de haber invocado la infracción del derecho de la Unión en el marco del recurso contra el acto administrativo lesivo no es conforme con el principio de efectividad, por suponer una complicación procesal excesiva por dos cuestiones: primero porque exige al particular haber identificado correctamente la disposición de derecho de la UE y, además, haber previsto, conforme a la lógica del mencionado artículo 32.5, que el TJ adoptaría una resolución al respecto⁶⁶; esa exigencia supone imponer una carga a los particulares que va más allá de la diligencia que razonablemente cabe esperar de ellos para limitar la importancia del perjuicio, por lo que es contraria al principio de efectividad.

En cuanto al aspecto formal relativo al plazo de prescripción, el artículo 67, ap. 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015, establece que en los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015, el derecho a reclamar prescribe al año de la publicación en el diario oficial de la sentencia que declare el carácter contrario al derecho de la Unión de la norma con rango de ley. Para el TJ esta cuestión resulta obvia, teniendo en cuenta su argumentación previa, puesto que si la indemnización no puede estar subordinada a la existencia de una sentencia del TJ que haya declarado un incumplimiento del derecho de la Unión por parte del Estado miembro, la publicación de aquella en el DOUE y el *dies a quo* del plazo de prescripción desde ese momento tampoco pueden resultar compatibles con el principio de efectividad. En lo que se refiere a la limitación en el tiempo de los daños indemnizables, el artículo 34, ap. 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015 establece que, en los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere el ap. 5 del artículo 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare el carácter contrario al derecho de la Unión de la norma con rango de ley, salvo que la sentencia disponga otra cosa. De nuevo, el TJ dice que no puede estar subordinada a la existencia de una sentencia de esa naturaleza puesto que

la mención, en el artículo 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015 del hecho de que pueda disponerse «otra cosa» en «la sentencia» no respalda la tesis de dicho Estado miembro, dado que de esta disposición se desprende de mane-

⁶⁵ *Comisión c. España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503, 2022, ap. 141.

⁶⁶ *Comisión c. España*, asunto C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503, 2022, ap. 101.

ra inequívoca que el término «sentencia» remite, a la «sentencia que declare [...] el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión», es decir, a una sentencia del Tribunal de Justicia⁶⁷.

3.2. La posición del TJ sobre el principio de equivalencia

Sobre el incumplimiento del principio de equivalencia, en el recurso la Comisión entiende que la acción de responsabilidad del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión está sujeta a requisitos menos favorables que la acción de responsabilidad del Estado legislador del artículo 32.4 de la Ley 40/2015, pese a que ambas acciones son equivalentes. Aquella institución entiende que el principio de equivalencia exige apreciar tanto los requisitos procesales que regulan las acciones de responsabilidad del Estado como también los requisitos sustantivos aplicables al ejercicio de las tales acciones. Contrariamente, para el Reino de España no puede acogerse esa interpretación hecha por la Comisión, puesto que el principio de equivalencia, si bien exige que las normas aplicables a ambos recursos se apliquen indistintamente a los recursos basados en la violación del derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del derecho interno, no obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todas las acciones entabladas en un determinado ámbito del derecho.

Con arreglo a la apreciación del TJUE, cuando concurren los tres requisitos consolidados por la jurisprudencia del TJUE, se impone que los Estados deben indemnizar según lo que establezca su derecho interno, siempre que se respeten los principios de efectividad y de equivalencia. El AG había señalado una cuestión de relevancia y es que «esos tres requisitos, necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación, entran en juego, por tanto, en mi opinión, en una fase anterior a la de la problemática de la efectividad y equivalencia de los requisitos establecidos en el Derecho nacional, que únicamente pretenden regular el ejercicio de ese derecho»⁶⁸. Para aquel, queda claro que el derecho interno de los Estados es el que determina las modalidades procesales y sustantivas del ejercicio del derecho de indemnización, pero la existencia de este derecho se rige en exclusiva por el derecho de la Unión. De ahí que llegue a afirmar que «el principio de equivalencia solo es pertinente una vez que ha nacido el derecho a indemnización conforme a los requisitos establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y reproducidos en el artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015»⁶⁹. El TJ sigue el razonamiento del AG para reconocer que el principio de equivalencia es aplicable a los requisitos, tanto de forma como de fondo, como afirma su jurisprudencia más clásica en los asuntos *Francovich*

⁶⁷ Doc. cit., ap. 168.

⁶⁸ AG. *Comisión c. España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2021:996, 2022, ap. 121.

⁶⁹ Doc. cit., ap. 122.

y *Brasserie du Pêcheur*, pero puntualiza que «no es menos cierto, como se deduce del propio tenor de esta jurisprudencia, que esta precisión se refiere siempre a requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños una vez que el derecho a ser resarcido haya nacido sobre la base del Derecho de la Unión»⁷⁰. Al contrario, el principio de equivalencia no puede fundamentar la obligación de los Estados miembros de permitir que nazca un derecho de indemnización conforme a requisitos más favorables que los previstos en la jurisprudencia del TJ. Según el TJ, esto explica por qué la acción de responsabilidad del Estado legislador por infringir la Constitución española, al no estar sujeta a la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares, no constituye una vulneración de este principio, puesto que «el principio de equivalencia no está destinado a aplicarse en ese supuesto»⁷¹, solo está destinado a aplicarse cuando dicha responsabilidad se contrae sobre la base del derecho de la Unión y, por tanto, cuando se cumplen los requisitos sustantivos. Lo que ha llevado a algunos a considerar que «en esta sentencia se ha optado por una garantía de mínimos frente a regulaciones estatales similares, pero de mejor condición, que –se insiste– no deben ser tenidas en cuenta»⁷², y para alguna autora esta interpretación no es acorde con la jurisprudencia previa del TJUE y plantea problemas de cierto calado, particularmente con respecto de la verdadera naturaleza jurídica de los principios de eficacia y de equivalencia y su relación con los principios de igualdad y tutela judicial efectiva (Iglesias Sánchez, 2022).

4. Alcance de la sentencia y repercusión sobre el derecho español

La posición del TJ en el asunto C-278/20 en relación con el principio de efectividad es coherente con sus pronunciamientos previos sobre este principio. En cambio, no parece tan clara la posición de este tribunal con respecto al principio de equivalencia cuando afirma que, con respecto de los casos de infracción de una norma de derecho de la UE, este principio solo es pertinente una vez que haya nacido el derecho de indemnización, conforme a los requisitos que se establecen en la jurisprudencia del tribunal y que se reproducen de forma idéntica en el artículo 35.2 a), b) y c) de la Ley 40/2015. Así, confirma que los requisitos, tanto de forma como de fondo, no pueden ser menos favorables que los referentes a reclamaciones de carácter interno, pero en esta ocasión puntualiza que ello se refiere a los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales, una vez que el derecho a ser resarcido haya surgido sobre la base del derecho de la Unión. Estamos de acuerdo en que –como se ha dicho– en cuanto al principio de equivalencia «resulta forza-

⁷⁰ *Comisión c. España*, C-278/20, ECLI:EU:C:2022:503, 2022, ap. 184.

⁷¹ Doc. cit., ap. 181.

⁷² Cobreros Mendazona, 2022, pp. 46-47.

da la interpretación que reduce el ámbito de aplicación de la equivalencia y la efectividad únicamente a un momento posterior, una vez que se han cumplido las condiciones materiales de Brasserie» (Iglesias Sánchez, 2022, pp. 123-124), aunque quizás esto se debe a que «parece como si el Tribunal el Luxemburgo hubiera preferido garantizar la primacía, la efectividad y, sobre todo, la unidad del Derecho de la Unión en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial del Estado, por encima de cualquier otra consideración» (Cobres Mendazona, 2022, pp. 46-47).

Una vez declarada la incompatibilidad de la normativa española con respecto al principio de efectividad, procede ahora que el legislador español modifique adecuadamente las disposiciones afectadas, lo que en ningún caso implicará una reforma drástica del actual régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por disposiciones legislativas contrarias al derecho de la UE, ni parece que implique grandes dificultades. No obstante, algunas de las propuestas *de lege ferenda* que se han planteado por la doctrina hasta la fecha son de muy diverso calado. Mientras algunos entienden que ni siquiera es necesario reformular el artículo 32. 5 de la Ley 40/2015, puesto que bastaría con añadir un párrafo que matizase el contenido anterior para ajustarse a la jurisprudencia del TJUE y la supresión del artículo 34.1 párrafo 2 de la LRJSP, que establece el plazo de prescripción (Fernández Farreres, 2022, p. 48), otros sugieren que es necesario aprovechar esta coyuntura para plantear una reforma más ambiciosa que se ocupe con carácter general de la responsabilidad patrimonial del Estado por cualesquiera normas contrarias a derecho, fijando así los mismos requisitos sustantivos cuando los daños producidos han sido ocasionados por normas inconstitucionales y cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al derecho de la UE (Doménech Pascual, 2022, pp. 219-221).

Mientras tanto, hay que tener en cuenta que desde el pronunciamiento del tribunal de Luxemburgo, aquellas disposiciones declaradas contrarias al derecho de la Unión deberán ser inaplicadas por todos los poderes públicos, lo que significa que los particulares que se han visto afectados por la denegación del reconocimiento de responsabilidad patrimonial por el incumplimiento de alguno de los requisitos declarados contrarios al derecho de la UE por el TJUE en su sentencia podrían instar su revisión y los tribunales españoles deberán dar una solución temporal hasta que el legislativo haga efectiva la reforma. Es probable que no haya que esperar mucho tiempo, ya que en el plan anual normativo para 2023 se incluye la reforma del régimen responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en los términos y condiciones resultantes de la sentencia a la que nos venimos refiriendo⁷³. Habrá que ver si en esta ocasión la reforma atiende y se ajusta a los desarrollos jurisprudenciales que ha ofrecido el TJ desde hace varias décadas.

⁷³ Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado para 2023, p. 47, disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodem ministros/resumenes/Documents/2023/310123-PAN2023.pdf>

Referencias bibliográficas

- Alonso García, R. (2009). La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada la TJCE (C-118/08). *Cuadernos de Derecho Local*, 19.
- Alonso García, M. C. y Martín González, I. (2020). *La Responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones normativas derivadas del Derecho de la Unión Europea. El caso de España*. Iustel.
- Cobrerros Mendazona, E. (2018). El diálogo judicial para la construcción de la responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22.
- Cobrerros Mendazona, E. (2020). *La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. BOE.
- Cobrerros Mendazona, E. (2022). La responsabilidad patrimonial del estado legislador por su incumplimiento del derecho de la Unión Europea tras la intervención del Tribunal de Justicia. *Revista de Administración Pública*, 219.
- Doménech Pascual, G. (2022). Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4.
- Fernández Farreres, E. (2022). Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del estado legislador: La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (AS. C-278/20). *Revista Española de Derecho Administrativo*, 221.
- Fuentetaja Pastor, J. (2018). Equivalencia y Efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al derecho europeo. *Documentación Administrativa: Nueva Época*, 5.
- Galán Vioque, R. (2015). A vueltas con la regulación de la responsabilidad del estado legislador. (Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, esta vez en su vertiente de ilícito legislativo). *Documentación Administrativa: Nueva Época*, 2.
- González Alonso, A. (2016). La responsabilidad del Estado legislador por vulnerar el Derecho Europeo o la Constitución: un análisis comparativo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106.
- Guichot Reina, E. (2016). La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad. *REDE*, 60.
- Huelin Martínez de Velasco, J. (2019). El juez nacional en su condición de juez europeo. La aplicación judicial de los principios de equivalencia y efectividad (su manifestación procesal). En R. Alonso García (Dir.), *El juez nacional en su condición de juez europeo*, *European Inklings (EU)*, 17.
- Iglesias Sánchez, S. (2022). *El principio de responsabilidad del Estado en la Unión Europea: ¿clave de bóveda de un sistema completo de vías de recurso?* Thomson Reuters - Aranzadi.
- Iglesias Sánchez, S. (2022). The narrow(er) scope of equivalence (and effectiveness) in State liability actions: what if I told you that they are not real principles? –*Commission v Spain (C-278/20)*. *Op-Ed, EU Law Live*.

- Janer Torrens, J. D. (2002). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitario*. Tirant lo Blanch.
- Leiva López, A. D. (2021). La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al derecho de la Unión Europea. *Revista Catalana de Dret Públic*, 63.
- Lesmes Serrano, C. (2017). Reflexiones sobre el nuevo régimen de responsabilidad del Estado legislador por daños derivados de leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea. En M. J. Dolz Lago y J. L. Gómez (Coords.), *La lucha por la Justicia y el Derecho en el siglo XXI. In memoriam del Magistrado Rafael Salvador Manzana Laguarda*. Sepin.
- Moreno Quirós, J. A. (2018). *La responsabilidad patrimonial del estado legislador: análisis desde la perspectiva tributaria*. Aranzadi.
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2011). «Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional. *REDE*, 38.
- Tornos Mas, J. (2012). La responsabilidad del Estado legislador por vulneración de Derecho Comunitario. El cambio jurisprudencial establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2010. En E. García de Enterría Martínez-Carande y R. Alonso García (Coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández* (vol. 1).

Beatriz Vázquez Rodríguez. Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Oviedo. Doctora mención internacional por la Universidad de Oviedo y Máster en Derecho de la Unión Europea por la Universidad Carlos III de Madrid. Premio Extraordinario de Doctorado en 2017 y acreditada por la ANECA como profesora titular. Orienta su actividad investigadora a los campos del derecho internacional humanitario, la protección internacional de los derechos humanos y el derecho de la Unión Europea. <https://orcid.org/0000-0003-3692-9287>

El derecho al honor y su extensión al prestigio profesional

Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2023

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

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

1. El derecho al honor como manifestación de los derechos de la personalidad puede ser vulnerado por diferentes situaciones y motivos que pueden producirse en los diferentes ámbitos de la vida de una persona; entre ellos, el relacionado con la actividad laboral y profesional de cualquier persona, en la medida en que puede afectar de manera relevante al prestigio de esa persona.

El prestigio profesional es un aspecto de la persona y que forma parte del derecho al honor, si bien exige que el ataque al derecho fundamental revista un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse su vulneración.

La sentencia seleccionada para comentar tiene relación con ese aspecto esencial de la vida de las personas y que en resumen tiene el siguiente desarrollo procesal. El demandante profesor ayudante doctor en la universidad solicita la conversión de su plaza en contratado doctor interino. Dicha solicitud dio lugar a una reunión para tratar la solicitud con las personas encargadas de valorarla y decidir lo procedente, donde se leyó un escrito de la demandada en donde ponía en conocimiento datos que, según el demandante, eran falsos y afectaban a su derecho al honor, referidos a incumplimientos y a ausencias de clases y exámenes, pérdidas de pruebas de evaluación y falta de respeto denunciados por los alumnos, y de los que fue testigo y declaró como tal en el expediente que se le abrió con el apoyo de los alumnos.

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

En la propuesta de resolución consta que la denuncia fue presentada por la decana de la facultad en la que impartía docencia el actor. En dicha denuncia se hace constar que el profesor se había ausentado de los últimos exámenes oficiales de su materia entre otros incumplimientos y denuncias concretas. El hecho de que en el expediente no se consideraran probados algunos de los incumplimientos incluidos en el pliego de cargos y solo se hubiera sancionado al profesor por la inasistencia a un examen, no significa que los hechos denunciados sean falsos.

La sentencia dictada por el juzgado de primera instancia desestimó la demanda presentada, y se interpuso el recurso de apelación contra la misma por el actor, que fue también desestimado por la audiencia provincial.

El demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia de la audiencia, que desestimó el recurso de apelación indicando que debía prevalecer el honor frente al escrito de la demandada, al contener información falsa, siendo solo rumores que carecían de objetividad y no estaban contrastados, cuya única finalidad era desprestigiarle profesionalmente.

2. El honor es un derecho fundamental, íntimamente enraizado con la dignidad de las personas, que constituye un atributo que corresponde a todos los seres humanos. Se encuentra reconocido en los tratados internacionales suscritos por España, integrados por tanto en nuestro ordenamiento jurídico interno. En este sentido, es proclamado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, cuando norma que «nadie será objeto de ataques a su honra o a su reputación», y nuestra Constitución lo consagra, expresamente, en el artículo 18.1, con el rango de derecho fundamental.

Por su parte, el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que constituye intromisión ilegítima en tal derecho fundamental «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

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

La libertad de expresión ampara la manifestación de valoraciones, opiniones o juicios subjetivos que, como tales, quedan al margen de la demostración fáctica. Se impone, entonces, como consecuencia jurídica, que a la persona que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que sí condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información.

El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información y, en caso de conflicto, la prevalencia en abstracto de la libertad de expresión solo puede revertirse en el caso concreto, en función de las circunstancias concurrentes, tomando en consideración si las expresiones, opiniones o juicios de valor emitidos tenían interés general y si en su difusión se utilizaron términos o expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias, innecesarias para lograr transmitir la finalidad crítica perseguida.

Por ello, el derecho al honor protege de atentados en la reputación personal, entendida esta como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, e impide la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente su descrédito, y, en ese ámbito, se incluyen igualmente aquellas expresiones que afectan al prestigio profesional.

Como declaró la sentencia 135/2014, de 21 de marzo,

la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el artículo 2.1 LPDH se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor).

La jurisprudencia, en efecto, admite que se refuerza la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho de honor en contextos de contienda política, y así lo viene reconociendo esta Sala, entre otras, en las SSTS de 26 de enero de 2010 (en la que se relaciona a un partido político con un grupo terrorista [NormaCEF NCJ051978]); 13 de mayo de 2010 (se repulsa al partido de la oposición [NormaCEF NCJ052446]); 5 de noviembre de 2010 (referida a imputaciones hechas al alcalde por el partido de la oposición en un boletín popular); 1 de diciembre de 2010 (discusión política [NormaCEF NCJ054585]). Sin embargo, estas consideraciones no deben limitarse al ámbito estricto del ágora política, sino que la jurisprudencia viene aplicando idénticos principios a supuestos de tensión o conflicto laboral, sindical, deportivo, procesal, y otros. Así, las SSTS de 22 de diciembre de 2010 (en el contexto de la dialéctica sindical); 22 de noviembre de 2010 (sobre imputación a un concejal de delito de estafa y falsificación documental que luego es absuelto [NormaCEF NCJ054628]); 9 de febrero y 21 de abril de 2010 (el conflicto laboral [NormaCEF NCJ052269]); 18 de marzo de 2009 (confrontación en ámbito de periodismo futbolístico).

También ha recordado que ha de prevalecer la libertad de expresión en cuanto nos encontramos ante una actuación que se desarrolla en el exclusivo ámbito académico entre dos profesores con facultades de gestión, con una «recíproca y enconada rivalidad profesional», siendo catedrático el demandado. El desencuentro personal llega a su máxima manifestación a raíz de la impugnación que efectuó el demandado del proceso de selección

de una plaza de profesor a la que aspiraba el actor, y en cuyo tribunal (por error) también participaba el propio actor. Por otro lado, el demandante se opuso a la designación del demandado como portavoz del departamento y se implicó activamente en la formulación de una moción de censura contra el demandado cuando este era decano (fundamento de derecho cuatro de la sentencia recurrida). De lo expuesto cabe concluir que no se entienden infringidos el artículo 18 de la Constitución ni los artículos 1 y 7 de la Ley Orgánica 1/1982, en cuanto que la nota que leyó el demandado en la reunión de departamento era una radical manifestación de disconformidad con la gestión del actor, con expresiones de calado, pero tolerables dentro de un enconado ámbito académico, al constituir una exageración lingüística entre dos profesores que discutían sobre el gobierno, futuro profesional y liderazgo de su departamento. Por tanto, no quedaba afectado el prestigio profesional del demandante, pues la crítica, aunque acerba, encontraba acomodo dentro del contexto de mutuo enfrentamiento y de máxima rivalidad.

3. El honor y el prestigio profesional están protegidos constitucionalmente y los ataques al prestigio profesional, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, pueden ser considerados, por su alcance y circunstancias, lesiones al derecho al honor.

El derecho al honor, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, también protege la probidad en la actuación profesional o laboral, que «suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad» (STC 216/2013 [NormaCEF NCJ058186]). De forma que puede afirmarse que la descalificación profesional o laboral, como lo es, sin duda, la atribución de conductas ilícitas en el ámbito en el que uno desarrolla su actividad profesional, «tiene un especial e intenso efecto sobre [...] aquella relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga».

En este sentido, la sentencia 556/2014, de 10 de octubre (NormaCEF [NCJ058878]), que menciona la STC 9/2007 (NormaCEF [NCJ040975]), FJ 3.º: el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona pueden constituir un auténtico ataque a su honor personal, incluso de especial gravedad, ya que la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad.

El derecho al honor garantiza la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas, como ha señalado el Tribunal Constitucional en SSTC 180/1999, de 11 de octubre; 9/2007 (NormaCEF [NCJ040975]), de 15 de enero, y 216/2013, de 19 de diciembre (NormaCEF [NCJ058186]).

Tanto el Tribunal Supremo (SSTS de 26 de junio de 2000; 13 de junio de 2003; 8 de julio de 2004; 19 de julio de 2004; 19 de mayo de 2005; 18 de julio de 2007) como el Tribunal Constitucional consideran que el prestigio profesional se incluye en la protección del derecho al honor.

La jurisprudencia constitucional y la ordinaria consideran incluido en la protección del honor el prestigio profesional. Es doctrina reiterada por la Sala Civil del Tribunal Supremo (SSTS 26 de junio de 2000; 13 de junio de 2003; 8 de julio de 2004, 19 de julio de 2004; 19 de mayo de 2005; 18 de julio de 2007, rec. núm. 5623/2000; 11 de febrero de 2009; 3 de marzo de 2010; 29 de noviembre de 2010, y 556/2014, de 10 de octubre) que el prestigio profesional forma parte del marco externo de trascendencia del contratado como profesor de la universidad. Y así ha mantenido, siguiendo al Tribunal Constitucional, que el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona pueden constituir un auténtico ataque a su honor personal, incluso de especial gravedad, ya que la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga.

La STS de 17 de octubre de 2022 indica que

la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, entre otras, en las sentencias 551/2021, de 20 de julio; 397/2021, de 15 de junio; 158/2020, de 10 de marzo; 540/2018, de 28 de septiembre; 35/2017, de 19 de enero; y todas las demás que estas citan, algunas de ellas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

(i) que en la ponderación del derecho al honor y la libertad de expresión (que son los derechos entre los que se produce el conflicto que nos trasladan los recursos de casación) debe tenerse en cuenta la situación o contexto donde se producen las expresiones tenidas por afrentosas;

(ii) que las expresiones deben valorarse dejando al margen una concepción abstracta del lenguaje (estrictamente sintáctica o semántica) en beneficio de una concepción pragmática, según la cual el lenguaje, como actividad humana de orden práctico, debe considerarse en relación con su contexto, por lo que, expresiones ofensivas por su significado, si son aisladamente consideradas, no pueden considerarse como una intromisión ilícita si se consideran proporcionadas con la finalidad informativa o valorativa que se pretende en contextos de crítica; siendo numerosos los casos en los que hemos reconocido, atendidas las circunstancias, la utilización de un lenguaje hiperbólico, efectista, sarcástico, jocoso o mordaz, y declarado, también, que la libertad periodística incluye el recurso a la exageración e incluso a la provocación;

(iii) que la libertad de expresión, por su dimensión institucional, como garantía para la formación y existencia de una opinión pública libre, justifica que los límites a la misma se interpreten de forma restrictiva y goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura, esto es, sin timidez y sin temor, de tal manera que tenga cabida la crítica más desabrida y no solo las ideas inofensivas o indiferentes sino también las que hieren, ofenden o importunan, dado que así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática;

(iv) y que la protección constitucional del derecho a la libertad de expresión alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información, a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa entendida en su más amplia acepción.

Asimismo, la STS 747/2022, de 3 de noviembre (NormaCEF NCJ066332) ha dicho que las expresiones deben valorarse dejando al margen una concepción abstracta del lenguaje (estrictamente sintáctica o semántica) en beneficio de una concepción pragmática, según la cual el lenguaje, como actividad humana de orden práctico, debe considerarse en relación con su contexto, por lo que expresiones ofensivas por su significado, si son aisladamente consideradas, no pueden considerarse como una intromisión ilícita si se consideran proporcionadas con la finalidad informativa o valorativa que se pretende en contextos de crítica; siendo numerosos los casos en los que hemos reconocido, atendidas las circunstancias, la utilización de un lenguaje hiperbólico, efectista, sarcástico, jocoso o mordaz (por todas, sentencias 158/2020, de 10 de marzo [NormaCEF NCJ064791], y 540/2018, de 28 de septiembre [Normacef NCJ063659]).

Desde la vertiente del prestigio profesional, la STS 232/2013, de 25 de marzo razona que

el prestigio profesional, que es el que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica o similar y que tiene repercusión en el ámbito social forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor, pero se exige, para que el ataque al mismo integre además una trasgresión del derecho fundamental, que revista un cierto grado de intensidad. No basta la mera crítica de la actividad profesional, sino que es menester la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, especialmente mediante infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; cosa que dependerá de las circunstancias del caso (STC, ya citada, 9/2007 [NormaCEF NCJ040975]).

Por otro lado, es relevante mencionar que la información remitida en el escrito que da lugar al procedimiento es veraz. Para la jurisprudencia el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido, ya que cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está privando de protección a las informaciones que

puedan resultar erróneas o inexactas, sino estableciendo un deber de diligencia sobre el informador, a quien se debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste. En este caso el escrito traslada la situación del demandante sin introducir expresiones insultantes, ofensivas o difamatorias

4. En el supuesto de la sentencia deben destacarse algunos aspectos relevantes. En primer lugar, la situación profesional del demandado que trabaja en la universidad mediante un contrato y que solicita su conversión en una plaza diferente, lo que determinada la puesta en marcha de los procedimientos administrativos correspondientes para decidir sobre la solicitud y dictar la resolución correspondiente.

En ese contexto se emite un informe por una de las personas que integran las personas que han de decidir. Dicho escrito contiene aspectos referidos a la vida profesional del demandante, que entiende que son falsos y que le afectan a su prestigio profesional.

La divulgación de los datos que se contienen en el escrito que se aporta al expediente cumple con el requisito de veracidad, tal y como la jurisprudencia lo configura, ya que la finalidad del escrito es informar sobre la existencia de incumplimientos y quejas del alumnado sobre la labor docente del actor. La existencia de incumplimientos y quejas se infiere de la propia documentación aportada por el actor (propuesta de resolución y resolución sancionadora).

Es relevante que el escrito y la información correspondiente tiene una divulgación más allá de las personas que componen la comisión encargada de decidir, y el hecho de que en el expediente no se consideraran probados algunos de los incumplimientos no significa que los hechos denunciados sean falsos. Tampoco puede darse a la resolución del expediente administrativo una suerte de vinculación con el procedimiento judicial semejante a la vinculación o carácter prejudicial de la cosa juzgada material que regula el artículo 222 de la LEC, y que tiene dos funciones: la negativa o excluyente, que impide la reiteración de enjuiciamientos idénticos; y la positiva o prejudicial, que impone el respeto a las decisiones judiciales firmes en los enjuiciamientos conexos que se producen con posterioridad, que no puede predicarse de una mera resolución administrativa.

Además, en el escrito que determinó la interposición de la demanda no se contienen expresiones insultantes ultrajantes u ofensivas, simplemente se recogen diversas cuestiones relacionadas con el actor y recurrente que cumplen el requisito de la veracidad.

Por tanto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, el prestigio profesional del recurrente no resultó afectado por la carta incorporada al expediente administrativo sancionador.

Los criterios de valoración de la prueba

Comentario a la STS de 14 de junio de 2023

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

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

Es bien conocido que el 19 de julio de 2016, la Comisión Europea dictó una decisión que reconocía prácticas de abuso colusorias de 15 sociedades integrantes de 5 empresas fabricantes de camiones (MAN, DAF, Iveco, Daimler Mercedes y Volvo/Renault). La decisión reconocía este abuso en las referidas prácticas desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011. Consistían en la fijación en común de precios dentro del Espacio Económico Europeo, con un calendario de repercusión de los costes de introducción de tecnologías de control de emisiones para camiones medios y pesados. Se vulneraba así el artículo 101 del Tratado de la Unión Europea y el 53 del Espacio Económico Europeo.

Mucho se ha escrito y muchas son las sentencias que sancionan a las empresas por estas prácticas. En esta sentencia del Tribunal Supremo se incide una vez más en el problema de la indemnización, en el cálculo estimativo del importe por daños al comprador. Cuando la pericia no sirve como prueba, se recurre al sistema estimativo derivado del artículo 1902 del CC. Importa mucho esta sentencia porque ilustra sobre la carga de la prueba y sobre la interpretación de la incongruencia interna de las sentencias. La doctrina general que se invoca resulta esclarecedora y nos sirve de guía para la interpretación de cualquier recurso por infracción procesal (en el futuro de casación por vulneración de normas procesales) sobre esta materia. También es trascendente el estudio que se hace de las presunciones como valor de prueba, que, en este caso, nos recuerda que se realiza atendiendo al análisis de la lógica empleada en la deducción del daño, aunque sea alternativa a otra, pero siempre que no sea irracional o ilógica. De ahí que no sirva el sistema de presunciones del artículo 17.2 de la directiva comunitaria y sí sea válido el del artículo 386 de la LEC, que dice así:

1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

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

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.

En esta línea de resaltar las ventajas de contar con una sentencia de esta naturaleza, por su rigor y por su doctrina sobre la prueba, destacamos las referencias a la valoración de la pericia, la documental, la incongruencia de las sentencias y la arbitrariedad (después aludidas todas ellas en el comentario). En definitiva, la sentencia del Tribunal Supremo representa un compendio de doctrina al uso para cualquier práctico del derecho que desee estar bien informado sobre cuestiones de esta naturaleza procesal.

Entrando ya en el análisis, y en lo que aquí interesa, el artículo 101 del TFUE prohíbe expresamente

todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

Y, en particular, al referirse a estas prácticas abusivas de la competencia lícita, expresamente se sanciona:

Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Por tanto, como se puede deducir, la decisión de la Unión Europea era contundente y condenaba a las sociedades a indemnizar a los compradores de ese tipo de camiones para compensar el sobreprecio que se había producido en la compra por la práctica colusoria de fijación de precios en la Unión Europea. Los precios originarios deberían haber sido más reducidos. El precio final de compra comprende una fijación directa o indirecta de Volvo (en nuestro caso), que abarca el desarrollo tecnológico, es decir, el «de introducción de tecnologías de control de emisiones para camiones medios y pesados conforme a las normas EURO 3 a 6», según indica la decisión de la Unión Europea.

Hecha la aclaración anterior, se comprende mejor que la STS analice la demanda interpuesta por Grúas Jordán contra Volvo por responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC), con fundamento en la decisión de la Comisión Europea de 19 de junio de 2016. Una demanda que fue estimada parcialmente en el juzgado de primera instancia, al fijar la indemnización de los daños en el 5 % de la compraventa, no incluyendo en ese porcentaje los accesorios ni los sobrecostos de implantación de las nuevas tecnologías. Ante la falta de satisfacción, ambas partes recurren en apelación ante la audiencia, la cual desestima el recurso de Volvo y estima el de Grúas Jordán.

Volvo estructura su recurso extraordinario contra la sentencia de la audiencia provincial en cinco motivos. Uno de ellos, el que se fundamenta en la incongruencia interna de la sentencia, al amparo de artículo 469.1.2.º del LEC en relación con el artículo 218.2 de la LEC, se analiza por separado. Los otros, conjuntamente.

El primero de ellos, que invoca el artículo 218 de la LEC, en su párrafo segundo, se ampara en la incongruencia de la resolución entre lo razonado en la sentencia y lo resuelto. Afirma la inaplicabilidad de la resolución de la Directiva 2014/104/UE, por ser anteriores los hechos a su vigencia, lo que permite acreditar la incongruencia de la sentencia.

Aclara la sentencia que la incongruencia que pide el recurso se refiere entre los argumentos de las dos sentencias, la de primera instancia y la de la audiencia. Considera que debe haber homogeneidad argumentativa en ambas. No se puede llegar a la misma conclusión con distintos argumentos en las dos instancias. Cree que la incongruencia interna está en ello y, por eso, pide la estimación de la infracción procesal detectada, porque contraviene los artículos 456.1 y 465.5 de la LEC.

El artículo 456.1 viene referido al ámbito y los efectos del recurso de apelación, y su párrafo primero, al indicar su contenido, parece dar a entender que la resolución que se dicte en apelación permite el examen de las actuaciones llevadas a cabo en el tribunal de primera instancia. El 465.5 concreta el contenido de la sentencia en la alzada a los puntos y cuestiones que se plantean en el recurso.

Visto así en recurso de apelación, pareciera que la infracción procesal alegada de falta de homogeneidad en las sentencias de las dos instancias tiene sentido, si razonar o argumentar de manera distinta puede ser considerada una incongruencia interna.

Pero sucede que esto es lo que no detecta el Tribunal Supremo, pues la base de la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y del razonamiento, sin confundir lo propio de la motivación de la sentencia con la interpretación jurídica. Que la prueba se analice de manera diferente en cada instancia no provoca incongruencia, sino la consecuencia del razonamiento. Si la sentencia de la audiencia llega a la misma conclusión que la de la primera instancia, pero con un análisis diferente de la prueba, no hay incongruencia del artículo 218.2 de la LEC, porque la apelación permite al tribunal revisar las

conclusiones fácticas y jurídicas con plena libertad. La incongruencia se predica entre lo razonado y lo resuelto para que no haya una contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo, no entre dos formas diferentes de analizar la prueba (en primera instancia y en apelación) cuando se llega a la misma conclusión y cuando esta es coherente con lo motivado. Por ello, la sentencia nos dice literalmente:

Y eso es lo que ha sucedido en este caso. La Audiencia Provincial llega a la misma conclusión sobre la responsabilidad de Volvo que el Juzgado de instancia, pero por otros razonamientos jurídicos, y por eso desestima el recurso de dicha parte demandada. Con lo que ni incurre en incongruencia interna ni vulnera ninguna norma procesal.

Otras sentencias del Tribunal Supremo diferentes a las citadas nos pueden ilustrar sobre el sentido de la incongruencia:

STS de 28 de septiembre de 2018, rec. núm. 1082/2016 (NormaCEF NCJ063805):

Según múltiples resoluciones de esta sala (por todas, sentencia 580/2016, de 30 de julio), la congruencia exige una correlación entre los pedimentos deducidos por las partes y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Adquiere relevancia constitucional, con infracción no solo de los preceptos procesales (art. 218.1 LEC), sino también del artículo 24 de la CE, cuando afecta al principio de contradicción, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes que, al no tener conciencia del alcance de la controversia, no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses.

Decíamos más arriba que los siguientes motivos del recurso de casación por infracción procesal (2.º, 3.º, 4.º y 5.º) se analizan conjuntamente. Pronto se adivina la causa: «se refieren a un problema común –el tratamiento procesal de la prueba del daño reclamado en la demanda– y sus argumentos son similares o complementarios.

Vaya por adelantado que el reproche que se hace en el recurso sobre la inaplicación de la directiva comunitaria (art. 17.2 y la trasposición por el art. 76.3 LDC), y, por consiguiente, de la indebida aceptación de la presunción que se establece en el precepto comunitario, no impide que se utilice la vía general de presunciones del artículo 386 de la LEC. Por consiguiente, la conclusión del daño por la práctica colusoria sí se deduce presuntivamente por este precepto y no por aquel sigue siendo correcta.

Nos recuerda esta sentencia algo elemental y reiterado: «La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los

hechos relevantes». El artículo 217 se refiere a esta falta de prueba y sus consecuencias solo son susceptibles de infracción procesal por error cuando, aplicadas esas reglas propias de la sentencia y la valoración, el tribunal imputa la falta de prueba de hechos relevantes a quien no le corresponde probarlos, o por insuficiencia de prueba para decidir la existencia del daño.

Aplicados estos elementales criterios –más extensamente tratados en la sentencia–, como motivo sexto se impugna la valoración pericial de la sentencia de la audiencia. Se rechaza porque se invoca el artículo 469.4.º por vulneración de los derechos fundamentales del artículo 24 de la CE dentro del proceso y porque se pretende una tercera instancia. Se nos recuerda, una vez más, que el control de la valoración de la prueba por medio de infracción procesal por vulneración derechos fundamentales es excepcional y requiere de un grave error fáctico, patente, manifiesto y notorio, fácilmente constatable; y esto es perfectamente aplicable a un informe pericial, pues, respecto de ellos, la jurisprudencia ha dicho, partiendo de lo anterior, que

excepcionalmente, cabrá la revisión cuando en los informes de los peritos o en la valoración judicial se aprecie un error patente, ostensible o notorio, cuando se extraigan conclusiones contrarias a datos fácticos evidentes, se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia, se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falseen arbitrariamente sus dictados o se aparten del propio contexto del dictamen pericial.

Al no apreciarse ese error con arreglo a la lógica y a la sana crítica, el recurso se desestima. Se hace también una observación importante: no se da mayor valor a un informe de parte que a otro, simplemente se recurre al sistema de cuantificación del daño por estimación judicial porque ambos se consideran insuficientes.

Nuevamente fracasa –en el motivo sétimo– el cuestionamiento de la infracción del artículo 326 de la LEC sobre la fuerza probatoria de los documentos privados, pues cuando se refiere a la «prueba plena» no se está impidiendo la valoración del contenido del documento con las máximas de la experiencia o de la sana crítica.

Y así, sucesivamente, el resto (arbitrariedad alegada y *extra petita*), como motivos sexto y séptimo.

Es importante resaltar el valor de esta sentencia, porque permite conocer de manera muy detallada la casuística de la valoración de la prueba y la doctrina que fija el Tribunal Supremo y el Constitucional sobre ella. La sentencia, en previsión de lo que se le viene encima, comienza su estructura con una exposición razonada sobre la carga de la prueba y los motivos de infracción procesal relacionados con los artículos 469.2 y 4, en relación con los artículos 217, 218, 326 y 328, todos de la LEC.

Al entrar en el comentario de los motivos de casación, de los siete, vamos a detallar y explicar lo siguiente:

Se agrupan los motivos segundos al quinto porque tratan una materia o petición común, la de la prueba del daño por el sobreprecio en la compra de los camiones; se invocan los siguientes preceptos: 1902, 1106 del CC.

Partiendo del carácter vinculante de las decisiones y acuerdos de la comisión del artículo 101 del TFUE para los órganos judiciales españoles, si la indemnización pedida deriva de la práctica colusoria declarada y forma parte del contenido de la acción procesal, los tribunales españoles no podrán apartarse de esa decisión, pues está relacionado con la obligación de cooperación entre los órganos nacionales y la Comisión. La consecuencia primera del recurso de casación es que, al estar relacionada la indemnización con la decisión, procede analizar el alcance y significado de esta, porque el artículo 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del tratado, dispone que «cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 y 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión». En esta línea de interpretación del artículo 16.1 llega la siguiente conclusión: el daño que se niega haber producido por la compra del camión que pudiera venir del intercambio de información entre las empresas cartelistas no es tal, porque ese intercambio no supuso la subida de precios. Sin embargo, al interpretarse la decisión de la comisión en relación con este artículo, se llega a la conclusión contraria, pues la comisión sanciona precisamente ese intercambio de información como elemento que distorsiona el mercado y hace subir el precio, o lo hizo subir durante años.

Pues bien, reconocida la subida de precios por el pacto colusorio, porque los fabricantes de algunas marcas de camiones (entre las que se encontraban Volvo) los fijaron e incrementaron, por la nueva subida de precios por aplicación de las nuevas tecnologías sobre emisiones, se produce la vulneración del artículo 101 de la TUE. Pero la sentencia del Tribunal Supremo aclara que la presunción del daño deriva, no del hecho de que sea un cartel, sino de la concurrencia de determinadas características: la duración del cartel (14 años) o la cuota de mercado del 90 %. Características que nos llevan a la presunción del daño por sobreprecio aplicando las máximas de la experiencia. Otra característica que resalta la sentencia está en que los descuentos que se aplican al cliente, si bien dependen de la negociación entre las partes y minoran el precio final del camión, no excluyen la práctica colusoria sancionada, porque no nacen, o no se ha probado que nazcan, de una política de descuentos aplicada por el cartel. Además, el descuento se habría aplicado sobre un precio superior a normal del mercado si no hubiera habido un pacto.

En la valoración del daño hay un razonamiento singular: para valorarlo, la sentencia alude a considerar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva: es decir, hay que recrear un escenario hipotético. El recurso cuestiona la valoración del daño, pero sucede que la estimación de este se puede hacer con base en el artículo 1902 del CC. Y la decisión de la comisión así parece darlo a entender en el artículo 17.1, interpretado de la siguiente manera:

flexibilizar el nivel de prueba exigido para determinar el importe del perjuicio sufrido y subsanar la asimetría de información existente en detrimento de la parte demandante afectada, así como las dificultades derivadas del hecho de que la cuantificación del perjuicio sufrido requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado de referencia si no se hubiera producido la infracción.

Si el informe pericial aportado por el perjudicado no aclara o no se estima idóneo por la audiencia, ¿cómo, pues, proceder a la valoración? Invocando la STJUE de 16 de febrero de 2023, si la imposibilidad de la prueba es causa del perjudicado, habrá que atender al caso en concreto. Sucede también que no se detecta inactividad probatoria en el demandante que le perjudique para la determinación del cálculo de la cuantía, porque una cosa es que su pericia no sea admitida, que sus conclusiones no se acepten, y otra la alternativa del sistema estimativo, que se emplea porque la gran cantidad de asuntos, el espacio europeo donde se produjo la práctica y la larga duración de la misma (14 años) hacen difícil determinar las cantidades o el examen diacrónico. En cualquier caso, la estimación debe respetar el espíritu y la finalidad del artículo 104 del TFUE y la presunción del daño es correcta. Interesa destacar que la sentencia, al tiempo que no advierte falta de prueba en el demandante, también permite al demandado que pueda demostrar un límite menor, o que el daño causado sea inferior al porcentaje, pero advirtiéndose que el demandado es quien tiene un mejor conocimiento del mismo porque posee las pruebas para acreditarlo, a diferencia del actor perjudicado (considerando 14 de la Directiva 2014/104/UE).

Otra cuestión importante que se narra es el *dies a quo* para el devengo de los intereses y que debe entenderse por reparación íntegra. Ya fijada la indemnización conforme a lo dicho, ahora procede calcular los intereses conforme a lo estipulado en el artículo 3 de la directiva. Aunque, por razón del tiempo, no pueda ser aplicado, la jurisprudencia que se ha ido desarrollando en torno a este precepto nos proporciona los criterios de aplicación al caso para valorar el daño emergente y el lucro cesante, que son esenciales para entenderlo correctamente. Hemos anticipado así la reparación íntegra, pues comprende el daño emergente, el lucro cesante y, nos faltaba por decir, los intereses. Esta reparación íntegra se contempla en el artículo 1902 del CC. Y se calcula partiendo del 5 %, que como porcentaje de sobreprecio se ha determinado en la sentencia.

En definitiva, tal y como hemos ido desgranando sucintamente, los fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo desestiman todos y cada uno de los motivos de infracción y casación, con un recorrido egregio a través de la prueba, del daño y del cálculo de intereses por el sobreprecio; con aplicación de la jurisprudencia comunitaria y española. La resolución interpreta el artículo 101 del TFUE, protegiendo al comprador de las prácticas colusorias abusivas de las empresas que tienen una posición dominante en el mercado y condicionan el precio al alza de manera ilegal y concertada, con un calendario de repercusión de los costes de introducción de tecnologías de control de emisiones para camiones medios y pesados.

Procedimiento de municipalización de un servicio público y subrogación de la Administración. Contrato de obras y gastos plurianuales

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa. Profesor del CEF.- (España)
juliogalancaeres@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

Funcionario que acaba de tomar posesión en el puesto de secretario de clase segunda del ayuntamiento de un municipio de 16.000 habitantes.

1. El ayuntamiento ha decidido asumir de manera directa la prestación del servicio de asistencia domiciliaria, perteneciente a la concejalía de servicios sociales, que, anteriormente, estaba siendo realizado por una empresa privada en la que prestaban servicios trabajadores contratados bajo distintas modalidades. Los trabajadores procedentes de la empresa, tanto los que cuentan con contratos de trabajos concertado por tiempo indefinido, como los que cuentan con contrato de trabajo de duración determinada, ¿se integran en el ayuntamiento?

Con independencia de ello señale, en su caso, si el ayuntamiento tenía competencia para esa materia y si fuera posible lo que pretende, respecto al servicio público, qué requisitos serían necesarios.

En su caso, los trabajadores que cuentan con trabajo concertado por tiempo indefinido o fijo, ¿se integrarían en el ayuntamiento con la misma condición? Razone jurídicamente sus respuestas.

2. El mismo día de su toma de posesión, el concejal de Recursos Humanos y Régimen Interior ha dictado providencia mediante la que solicita informe de la secretaria sobre el siguiente asunto:

Nota: Este supuesto práctico ha sido el planteado en el tercer ejercicio de las oposiciones de funcionarios de habilitación nacional de la subescala, celebrado en el mes de julio de 2022.

«Redacción de la modificación del reglamento orgánico municipal que posibilita la implantación del sistema de vídeo-actas en esta administración, en aras de un mejor funcionamiento y modernización de la misma». Se solicita informe sobre la admisibilidad de la implantación de un sistema de vídeo-actas que sustituya la redacción en papel del acta de las sesiones del pleno municipal.

3. Conforme la normativa aplicable, y respecto de cada uno de los asuntos planteados por el concejal, ¿está obligado el secretario municipal a emitir informe? En caso de resultar preceptivo el informe, considérense las consecuencias de la omisión del informe preceptivo de la secretaría en el procedimiento en cuestión.

4. Por último, la corporación firma un convenio que financia la ejecución de una actuación con la siguiente distribución: 2022, 0,00 euros y 2023, 90.000 euros. Además, desea empezar el proceso de licitación de la obra en el ejercicio 2022. A la luz de lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) y en el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, ¿se puede iniciar la licitación en 2022 con esta distribución?

Por otra parte, la LCSP, ¿habilita para contratar sin la previa disponibilidad de crédito presupuestario al efecto? Razone jurídicamente la respuesta.

Finalmente, siendo el órgano de contratación la Junta de Gobierno Local, por delegación del alcalde, ¿puede ser designado el alcalde como órgano presidente de la mesa de contratación? Razone jurídicamente la respuesta.

Se solicita informe jurídico sobre todos los aspectos jurídicos que se puedan producir y derivar de los supuestos planteados y, en especial, la contestación de las cuestiones realizadas.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Se integran en el ayuntamiento los trabajadores, tanto contratados por tiempo indefinido como los temporales, procedentes de la empresa que prestaba el servicio domiciliario?

En su caso, los trabajadores que cuentan con trabajo concertado por tiempo indefinido o fijo, ¿se integrarían en el ayuntamiento con la misma condición? Razone jurídicamente sus respuestas.

2. El mismo día de su toma de posesión, el concejal de Recursos Humanos y Régimen Interior ha dictado providencia mediante la que solicita informe de la secretaría sobre el siguiente asunto:

«Redacción de la modificación del reglamento orgánico municipal que posibilita la implantación del sistema de vídeo-actas en esta administración, en aras

de un mejor funcionamiento y modernización de la misma». Se solicita informe sobre la admisibilidad de la implantación de un sistema de vídeo-actas que sustituya la redacción en papel del acta de las sesiones del pleno municipal.

3. Conforme la normativa aplicable, y respecto de cada uno de los asuntos planteados por el concejal, ¿está obligado el secretario municipal a emitir informe? En caso de resultar preceptivo el informe, considérense las consecuencias de la omisión del informe preceptivo de la secretaría en el procedimiento en cuestión.
4. Por último, la corporación firma un convenio que financia la ejecución de una actuación con la siguiente distribución: 2022, 0,00 euros y 2023, 90.000 euros. Además, desea empezar el proceso de licitación de la obra en el ejercicio 2022. A la luz de lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) y en el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, ¿se puede iniciar la licitación en 2022 con esta distribución?

Por otra parte, la LCSP, ¿habilita para contratar sin la previa disponibilidad de crédito presupuestario al efecto? Razone jurídicamente la respuesta.

5. ¿Puede ser designado el alcalde como órgano presidente de la mesa de contratación?

Solución

1. ¿Se integran en el ayuntamiento los trabajadores, tanto contratados por tiempo indefinido como los temporales, procedentes de la empresa que prestaba el servicio domiciliario?

En su caso, los trabajadores que cuentan con trabajo concertado por tiempo indefinido o fijo, ¿se integrarían en el ayuntamiento con la misma condición. Razone jurídicamente sus respuestas.

Analizaremos las siguientes cuestiones:

1. Tema competencial

El relato de hechos señala que la competencia que prestaba ese ayuntamiento, a través de gestión indirecta por una empresa, era la de «asistencia domiciliaria».

El artículo 25.2 e) de la Ley 7/1985 considera como competencia propia de los municipios la «evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social».

Por tanto, como no se especifica más en dicho relato de hechos, la competencia podría quedar encuadrada en este supuesto.

Si no fuera así, el artículo 27.2 c) de la Ley 7/1985 considera como materia delegable, tanto por el Estado como por las comunidades autónomas, la «prestación de los servicios sociales».

Finalmente, no hay olvidar que la legislación sectorial, normalmente normas autonómicas, en materia de asistencia domiciliaria dentro de los servicios sociales o similar, puede conceder como competencia propia de los ayuntamientos esta materia.

2. Municipalización o remunicipalización del servicio

Con este nombre se conoce el fenómeno cuando un ayuntamiento decide gestionar directamente un servicio público que con anterioridad venía gestionado de forma indirecta.

Es el artículo 85.2 a) el que se refiere a las modalidades de gestión directa y el 85.2 b) el referido a las formas de gestión indirecta. Por tanto, corresponde a la entidad local decidir la forma de gestión del servicio y el cambio, en su caso, como se ha decidido en el presente caso.

En el artículo 86.1 de la Ley 7/1985 se señala que:

1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

En el apartado segundo se hace referencia a los servicios que quedan reservados en favor de las entidades locales, entre los que no se encuentra el de la asistencia domiciliaria a que se refiere el caso.

Por tanto, para la prestación directa de este servicio por parte del ayuntamiento, sobre el que no existe reserva a su favor, deberá seguirse el procedimiento previsto en el artículo 97 del Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el texto refundido del régimen local.

Sus fases más importantes son:

- a) Acuerdo inicial de la corporación, previa designación de una comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico.
- b) Redacción por dicha comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo, deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la entidad local como ingreso de su presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones.
- c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la corporación, y por plazo no inferior a 30 días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y entidades.
- d) Aprobación del proyecto por el pleno de la entidad local.

3. Necesidad de una regulación más detallada en la normativa de empleo público

Apuntamos que esta cuestión planteada en el supuesto práctico no ha tenido una respuesta indubitada, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, hasta 2022 (con una sentencia del pleno de la Sala de lo Social dictada en un recurso de casación para la unificación de la doctrina a la que, más adelante, se hará referencia). Por ello, enfocamos la respuesta con aportaciones doctrinales y con la transcripción de los aspectos más destacados de la sentencia en cuestión.

Siguiendo a Federico A. Castillo Blanco, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada, las inercias mantenidas a lo largo de los últimos 30 años han provocado un sentimiento generalizado, y no sin cierta razón, de que nuestro sistema de organización pública es manifiestamente mejorable y que, en numerosos sectores de actuación administrativa, se produce una sobreactuación innecesaria de distintos niveles de gobierno, bajo múltiples personificaciones. Ello ha sido determinante para que se haya planteado, desde distintas posiciones, la aconsejable reducción de niveles de gobierno y de una muy extendida administración instrumental y empresarial no siempre justificada. La doctrina más solvente y conocedora del empleo público español ha apuntado algunos excesos: de personal, de politización, de protagonismo sindical, de seguridad, de rigidez; y también algunos defectos: de planificación, de carrera profesional y de productividad.

Sin duda parece que el objetivo, a corto plazo, se ha alcanzado al menos parcialmente. Pero no es menos cierto que, aunque en la situación fiscal de los pasados años se pudiera encontrar justificación en cierto grado a las medidas adoptadas, no está de más denunciar que no haya habido más pretensiones, ni de más largo alcance, en las medidas adoptadas.

Los argumentos y las medidas habitualmente utilizadas que se están ofreciendo para abordar esos procesos de reestructuración del sector público, englobadas bajo una más genérica de conseguir una Administración más ágil y eficiente que responda más adecuadamente a las necesidades de los ciudadanos, se están apoyando en distintos vértices para reducir los desequilibrios patrimoniales y, al mismo tiempo, mejorar los servicios públicos. Otra cosa es que se consiga y es que, como se ha puesto de relieve por algunos autores, el perfil de las empresas públicas no obedece a un mismo patrón ni realizan las mismas funciones y, en la actualidad, la mayoría de ellas prestan servicios públicos cuya existencia, ya se presten de forma directa o indirecta, se externalicen o no, habrá de mantenerse en la mayoría de los supuestos, con lo que el efecto de su supresión será más relativo de lo que puede suponerse en un primer acercamiento.

Entre estas medidas de reestructuración del sector público, y de signo contrario a la externalización de servicios públicos, se encuentra la (re)municipalización de servicios públicos, pero esta, a diferencia de otros procesos que acontecen de reestructuración de servicios públicos, en lo atinente a su impacto sobre el personal, está carente de la más mínima regulación específica de carácter administrativo o de normas laborales de carácter especial, cuya exigencia se hace evidente a tenor de lo expuesto en este trabajo y la enorme confusión e inseguridad que se genera con este vacío normativo.

Precisamente, por ello, parece que es un buen momento para tener en cuenta nuevos elementos en relación con la prestación de los servicios en el sector público que, a buen seguro, deberían ser puestos en valor en el desarrollo legislativo del EBEP, o en una eventual modificación de este de mayor alcance que la acontecida hasta ahora, limitada a un texto refundido. La opción, simple y desafortunada, como está aconteciendo, de aplicar reiteradamente normas alejadas de las características singulares que el empleo público presenta no es la mejor solución y los supuestos de integración y desvinculación, tanto de personal funcionario como laboral, merecen una más adecuada respuesta.

Y es que la inexistencia de previsiones normativas específicas sobre la singularidad del sector público en estos procesos es determinante para la aplicación sin más de la normativa laboral ordinaria, que ya hemos visto que también es insuficiente, con las consecuencias ya apuntadas. A nuestro juicio, una reforma del EBEP en estos aspectos –dada la naturaleza especial de las relaciones laborales en el sector público– hubiera sido una buena opción para regularizar las distintas situaciones que se producen y no dejar a la labor creativa, aunque meritoria, de la jurisprudencia dicha función.

La reforma estructural del empleo público, y con este de las instituciones claves para mejorar su eficiencia, es algo que no se puede ni se debe demorar más si, junto a atender las aparentes urgencias que se han presentado en estos años, pretendemos abordar la siempre relegada tarea de establecer un marco de relaciones laborales en el sector público acorde con las necesidades del país que no puede basarse simplemente, y hoy lo vemos como una obviedad, en la esperanza del crecimiento indefinido. La sostenibilidad del cre-

cimiento será una clave ineludible para nuestro sector público en los siguientes años, pero también debemos tener presente que esa tarea no puede ni debe afrontarse, en forma exclusiva, con el ajuste lineal, cuantitativo, que no cualitativo, y uniforme de la estructura del sector público y de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

4. Fondo del asunto. Sentencia del pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

El artículo 130.3 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dispone que:

En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

En relación con la integración en la Administración de los trabajadores que cuentan con trabajo concertado por tiempo indefinido o fijo, la situación, al menos así lo ha concluido alguna jurisprudencia, habría de ser la del denominado personal indefinido no fijo, pero no de personal fijo, tal cual se entiende en el derecho laboral ordinario. Y es que, para dicha jurisprudencia, de la que es representativa la STSJ de Castilla y León, de Valladolid, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2011 (rec. núm. 1693/2011), que apela al sentido funcional antes aludido, hay que considerar que:

Sin que a tales efectos tenga ninguna relevancia que dicha empresa sea una Administración pública y ello con independencia de que los trabajadores así integrados en la misma, al no haber pasado por un proceso selectivo destinado a garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, solamente puedan ser considerados en el seno de la misma como «indefinidos no fijos», con las consecuencias previstas en la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, esto es, ello no es obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable, y el trabajador indefinido no fijo continuara desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

La figura del trabajador indefinido no fijo siempre ha resultado un poco confusa. En la actualidad, los empleados públicos se dividen en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, y también eventual,

según el artículo 8 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP). En 1996 se creó la figura del trabajador indefinido no fijo en la Administración, debido a una jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Su objetivo era eliminar los fraudes que tenían lugar en la Administración pública cuando contrataban personal temporal.

La contratación de un trabajador indefinido no fijo nace de la necesidad de adaptar sus condiciones a los principios de mérito, publicidad, capacidad e igualdad. No es un empleado público, pero tampoco un trabajador fijo o temporal. Los trabajadores no fijos cuentan con garantías de conservar su puesto de trabajo y están siempre protegidos jurídicamente.

Un trabajador de la Administración pública puede reclamar su condición de indefinido no fijo siempre que exista fraude de ley en su contratación temporal. Para que el trabajador pueda reclamar la condición de trabajador indefinido no fijo debe darse alguna de estas situaciones:

1. En el caso de que se hayan superado los límites temporales de los contratos por servicio o por obra, ya que estos no pueden tener una duración de más de 3 años. Además, estos contratos solo pueden ser ampliados hasta 12 meses más a través del convenio colectivo.
2. Cuando se hayan encadenado dos o más contratos y se haya estado contratado por más de 24 meses en un lapso de 30 meses.
3. Si se ha tenido un contrato por servicio u obra, pero no se indicaba la causa temporal del contrato o en el caso de que esté mal indicada.
4. También se puede reclamar la condición de indefinido no fijo si se ha seguido prestando servicios después de haber terminado el plazo o la razón del contrato temporal.

Los requisitos para que un trabajador sea considerado indefinido no fijo de la Administración pública son dos:

- El primero, que exista una necesidad estructural que no haya sido reconocida de forma oficial por la misma
- Y segundo, que, además, haya sido cubierta mediante contratos y nombramientos temporales en fraude.

Si se dan estos dos requisitos, el juez obligará al organismo de la Administración pública a crear la plaza que corresponde y a vincular al indefinido no fijo a esa plaza.

Cuando una plaza reconocida a nivel estructural no se haya cubierto en más de 3 años, el juez tendrá que vincular directamente al trabajador indefinido no fijo por sentencia judicial con la plaza existente. Esto garantiza la estabilización de indefinidos no fijos por sentencia y crea un marco de seguridad para estos trabajadores.

A estos se equiparaba a los trabajadores fijos de una empresa cuando se producía una subrogación por parte de la Administración, como consecuencia de una recuperación para la gestión de un servicio público que se venía gestionando, de forma indirecta, por una empresa.

Sin embargo, recientemente, el pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 28 de enero de 2022, rec. núm. 3781/2020 y res. núm. 85/2022 (Norma CEF NSJ063582), resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina, unifica la doctrina y declara que cuando una Administración pública se subroga en un contrato de trabajo de carácter indefinido ha de mantener esa condición, y no aplicar la categoría de personal indefinido no fijo.

El asunto consistió en que 2017, el Ayuntamiento de Pamplona decidió remunicipalizar el servicio de asistencia domiciliaria, que siendo de titularidad municipal, hasta entonces estaba siendo gestionado por una empresa privada. Por este motivo la plantilla fue subrogada e incorporada a la del ayuntamiento «como personal laboral indefinido no fijo hasta que se provea la plaza de forma reglamentaria o se proceda a su amortización», tal como se comunicó a las trabajadoras, y en aplicación de la doctrina que hasta ese momento se venía empleando en estos procesos.

Pero una trabajadora recurrió, reclamando la fijeza en su relación laboral, y un juzgado de lo social le dio la razón, al considerar que «la demandante, en virtud de sucesión empresarial, ostenta la cualidad de trabajadora fija del Ayuntamiento de Pamplona». Recurrida la sentencia por el ayuntamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra le dio la razón y revocó la sentencia citada. Pero un nuevo recurso de la trabajadora, en ese caso de casación ante el Tribunal Supremo (TS), ha desencadenado la convocatoria del pleno de la Sala de lo Social del citado tribunal, que ha dictado sentencia favorable a la trabajadora, y de paso unifica doctrina.

La misma sentencia del Tribunal Supremo afirma que «se discute si la trabajadora de una empresa privada, cuando pasa a tener como empleador al ayuntamiento, como consecuencia de la subrogación por transmisión de una unidad productiva autónoma, mantiene su condición de fija o se integra como personal indefinido no fijo (PINF)».

El origen de este debate está en la posible contradicción entre la legislación laboral (art. 44 del Estatuto de los Trabajadores) y la legislación que regula las condiciones de acceso al empleo público con respeto a los principios de «igualdad, mérito y capacidad», por medio de procesos selectivos u oposiciones. Ante esta posible contradicción y vacío legal, los tribunales habían creado la figura del personal indefinido no fijo (PINF), que hasta ahora había permitido la incorporación de los trabajadores de la empresa privada al sector público, cuando este vuelve a gestionarse directamente por quien ostenta su titularidad, pero con carácter de «no fijo».

La falta de regulación clara de estos procesos en la legislación española ha sido suplida por directivas de la Unión Europea y sentencias de los tribunales europeos, que son las que han llevado al Tribunal Supremo a la sentencia que estamos comentando.

Así, la sentencia afirma que

la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, se ocupa de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad [...] con objeto de proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos.

[...] que el cesionario de la actividad sea una persona jurídica de Derecho Público no excluye la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la norma, con independencia de que dicha persona jurídica sea una entidad pública encargada de un servicio público. Que el nuevo empleador sea (como en el caso de Pamplona) un ayuntamiento no impide que la Directiva se aplique a la transmisión de las actividades que desarrollaba una empresa.

A continuación, nos adentramos en la sentencia citada, y lo hacemos literalmente y en profundidad, porque es la manera más clara de entender la cuestión planteada:

1. Evolución doctrinal.

A) Inicialmente la doctrina de esta Sala ha vinculado el trabajo del PINF (personal indefinido no fijo) a un concreto puesto de trabajo. Fiel exponente de ello es la STS 3 mayo 2006 (rec. 1819/2015) sobre si un trabajador que tiene reconocida la condición de indefinido no fijo y que se encuentra legalmente en situación de incompatibilidad, como consecuencia de su nombramiento como funcionario interino, tiene derecho a obtener la excedencia voluntaria.

B) También hay que recordar las obligaciones que pesan sobre la entidad empleadora cuando surge esta figura que, aunque posea denominación propia o mención legal, no es sino el reflejo de una previa anomalía. Así, por ejemplo, en numerosas ocasiones (por todas SSTS 20 enero 1998, rec. 1112/1997 y 27 marzo 1998, rec. 295/1997) se dice:

El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijo de plantilla incompatible con las normas legales sobre reclutamiento de personal fijo en las Administraciones públicas. En virtud de estas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza con una adscripción definitiva del puesto ocupado; antes, al contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esta en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el vínculo.

C) La construcción en estudio implica que el contrato laboral se considera contrario a Derecho desde la perspectiva de su temporalidad. De ahí surge una importan-

te consecuencia: la entidad empleadora debe proveer la plaza ocupada a través de los cauces pertinentes; en caso contrario, debiera proceder a su amortización. Cuanto más tiempo persista la plaza sin ser convocada, mayor es el incumplimiento del empleador. La STS 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005), resume esa idea:

El organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo –lo que en el caso de discontinuos contratados con la plantilla completa, como ocurre en este caso, se reconducen a la posibilidad de acordar su ampliación– y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.

D) Durante una larga etapa la doctrina vino asimilando su régimen jurídico al de las interinidades por vacante. Sin embargo, lo cierto es que en esta modalidad contractual hay que acotar, desde la propia génesis del contrato, el concreto puesto de trabajo que va a desarrollarse, mientras que cuando se declara como indefinida no fija a una persona no es necesario que ocupe una concreta plaza. De ahí la exigencia de que para su extinción no baste con la convocatoria de una vacante similar, sino que es necesario acreditar la exacta identificación de la plaza ofertada y su concordancia con la ocupada por la persona que presta su actividad como indefinida.

Estas consideraciones han hecho que nuestra doctrina avance en varias direcciones: abandonando la construcción de la condición resolutoria, exigiendo la aplicación de los mecanismos propios del despido objetivo (o colectivo) cuando se amortizan plazas ocupadas por PINF, reconociendo el derecho a indemnización cuando el vínculo termina por acceder a la plaza quien la ha obtenido tras las pertinentes pruebas y admitiendo cierta flexibilidad funcional o movilidad interna.

E) En esta dirección, la STS 24 junio 2014 (rec. 217/2013, Universidad Politécnica) proclama expresamente el cambio de doctrina respecto de lo sostenido hasta el momento y expone lo siguiente:

De lo expuesto se deriva que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4-2 del RD 2720/1998). Obsérvese que ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo y que, cual se dijo antes no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 del EBEP).

F) La STS 21 julio 2016 (rec. 134/2015, ADIF) aborda la validez de una convocatoria de traslados que excluye al personal indefinido no fijo, pese a que en el convenio colectivo nada se dispone al respecto:

La diferencia pues entre «indefinido no fijo» y «fijo» puede estar, en su caso –se insiste– en la causa de extinción del vínculo contractual. Sin embargo, durante la

vigencia del vínculo, el trabajador «indefinido no fijo» no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición. A este respecto conviene recordar que el artículo 15.6 ET [...]. Esta protección –y por ende prohibición en su caso de establecer preceptos convencionales contrarios al sentido de la norma estatutaria– resulta sin duda de aplicación –con mayor razón si cabe– a los denominados trabajadores «indefinidos no fijos».

G) Asimismo, en esa línea crítica hacia algunos contornos originarios de la categoría en estudio, la STS 97/2017 de 2 de febrero (rec. 53/2015, RTV de Andalucía) examina el alcance de una convocatoria de cobertura desplazas y explica lo siguiente:

No podemos obviar el hecho de que estamos ante la situación de quien posee la condición de indefinido no fijo, y no está cubriendo necesariamente una particular vacante, pues la naturaleza de su relación se ha generado por la irregularidad de su contratación, sin vinculación directa y expresa con una plaza pendiente de cobertura. Estamos, por tanto, ante un supuesto en que la falta de identificación de la plaza no solo se da respecto de la convocatoria para su cobertura, sino también respecto de la situación de la trabajadora, de la cual solo se acredita que presta servicios en determinada categoría profesional y centro de trabajo.

Y, ciertamente, llegados a este punto, las circunstancias en que se inserta el litigio permiten sostener que, dada la referencia genérica en la convocatoria, no existen garantías para considerar que el puesto de trabajo de la actora quedaba claramente afectado. No podemos afirmar que la superación del concurso por otro trabajador implicara cubrir una plaza que estuviera ocupada por la actora.

H) La STS (Pleno) 352/2018 de 2 abril (rec. 27/2017; Amaya) reconoce el derecho de este colectivo a la promoción interna, en igualdad de condiciones con el personal fijo.

2. Consideraciones específicas.

A) Siguiendo lo expuesto por la última de las sentencias mencionadas, en el estado actual de nuestra jurisprudencia, aunque subsisten ciertas indefiniciones, ya no puede afirmarse tajantemente que quien posee la condición de indefinido no fijo siempre viene adscrito a una concreta plaza en las mismas condiciones que quien ha sido contratado para una interinidad por vacante.

En particular, la STS 21 julio 2016 (rec. 134/2015, ADIF) contiene un criterio favorable a que el indefinido no fijo participe en concursos de movilidad interna y la STS 97/2017 de 2 de febrero (rec. 53/2015, RTV de Andalucía) advierte que estas personas pueden no estar adscritas a una plaza concreta.

A diferencia de lo que ocurre con el contrato de interinidad por vacante, pensamos que en el indefinido no fijo la vinculación no se establece normal y necesariamente con un puesto de trabajo concreto.

B) Cosa distinta es que pueda pensarse en algún determinado supuesto en el que la adscripción a plaza individualizada sea innegable y necesaria. La desvinculación (o la

vinculación) solo puede apreciarse respecto de los concretos casos suscitados. En tal análisis, por descontado, juega un papel relevante la causa o motivo por la que el contrato laboral deba considerarse como indefinido no fijo; no es lo mismo una contratación temporal más allá de las previsiones normativas que una desnaturalización del contrato como consecuencia de la actividad desarrollada, por ejemplificar.

C) No es necesario adoptar una tesis pura acerca de si el carácter indefinido se debe predicar de la plaza desempeñada (criterio orgánico) o de la propia persona (criterio subjetivo).

Si bien se piensa, la temporalidad que nuestras leyes regulan (y admiten) va referida al negocio jurídico que discurre entre empleador y empleado. Es el contrato de trabajo temporal el que se desnaturaliza y transforma en uno de duración indefinida cuando se incumplen determinadas exigencias normativas, no el puesto de trabajo, ni la persona afectada; por descontado, esa novación posee efectos reflejos en la organización empresarial (la RTP) y en quien presta su actividad (el trabajador, que también puede lucir su condición de «indefinido no fijo»). Lo mismo cabe decir respecto de otras eventuales causas por las que se acceda a la cualidad de referencia, comenzando por la contratación originariamente fraudulenta.

3. Conclusión parcial sobre nuestra doctrina.

De cuanto antecede cabe concluir que la figura del PINF ha tendido a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del personal fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello posea en la RPT) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato). Es necesario examinar tanto el motivo por el que se activaría la condición de PINF cuanto las tareas desempeñadas antes de resolver cada caso.

CUARTO.- Criterio acogido por la Sala.

Sobre la base recién expuesta vamos a responder a la cuestión suscitada y a resolver el debate en los mismos términos que lo hizo la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social. A ello nos conduce un doble razonamiento.

El principal: que tanto el propio concepto de subrogación cuanto su regulación, inclusive al amparo de normas de la Unión Europea, exigen que el nuevo empleador se subrogue en las relaciones laborales de carácter fijo sin alterar esa condición. A ello vamos a dedicar el fundamento quinto de esta sentencia.

El segundo, que la categoría de PINF es inadecuada para resolver los eventuales conflictos entre la anterior conclusión y las exigencias constitucionales sobre acceso al empleo público respetando determinados principios. Lo explicaremos en el fundamento sexto.

A esos dos principales puede añadirse, como complemento, alguna apoyatura adicional, reseñada en el fundamento séptimo.

QUINTO.- Alcance de la «subrogación» respecto de la modalidad contractual previa.

1. Alcance del artículo 44.1 ET.

A) Constituye un presupuesto pacífico del problema el que entre la mercantil empleadora (Servisar SS. Sociales SL) y la Corporación Pública (Ayuntamiento de Pamplona) ha existido una transmisión de unidad productiva autónoma, lo que el artículo 44.2 ET viene definiendo como «un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria».

Como consecuencia de ello, no se extingue la relación laboral «quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales» (art. 44.1 ET).

B) Como hemos recordado en la STS (Pleno) 402/2018 de 17 abril (rcud. 78/2016; Seda Solubles SL), la actual regulación del art. 44 ET fue obra de la Ley 12/2001, de 9 julio, que ha sido la encargada de introducir las modificaciones necesarias para adaptar nuestras disposiciones a la Directiva 98/50/CEE, y en concreto de transponer la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, derogatoria de las directivas anteriores sobre la materia [la 98/50 y su antecedente modificado, la Directiva 77/187/CEE].

C) La STS (Pleno) 873/2018 de 27 septiembre (rcud. 2747/2016; Cleanet Empresarial SL) actualizó la doctrina sobre la subrogación empresarial en casos como el presente para concordarla con la del TJUE. En consecuencia, declara que «el hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación» del régimen jurídico previsto por el artículo 44 ET para la subrogación empresarial.

Viene lo anterior a significar que el régimen subrogatorio debe considerarse como un conjunto de previsiones y que no es admisible su fragmentación, ni siquiera cuando la transmisión de la unidad productiva deriva de la norma que pretende parcelar esa regulación y aplicar solo una parte de la misma.

D) Con cita de abundante doctrina, la STS 78/2021, de 21 enero (rcud. 47/2019) recuerda que para determinar el alcance del artículo 44.1 ET venimos atendiendo a su finalidad: favorecer la estabilidad en el empleo ante un cambio de empleador para que los afectados por dicho mecanismo puedan mantener ante el nuevo empresario los mismos derechos que tenía reconocidos con el anterior. «La empresa entrante pasa a ocupar el lugar de la saliente respecto de los concretos trabajadores afectados por el cambio empresarial sin que ello se altere por el mero hecho de que dicha situación opere sobre una unidad productiva autónoma y sobre la mayoría o la totalidad de los que a ella estén adscritos».

E) Del artículo 44.1 ET no deriva un mandato directo y explícito para que la trabajadora demandante mantenga la condición de fija, pero sí una regulación cuya clara finalidad es que el tipo de vínculo existente conserve sus características, sin alteración, como consecuencia del cambio de empleador.

2. Alcance de la Directiva 2001/23.

A) La ya mencionada Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, se ocupa de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Como manifiesta el texto introductorio, tiene como objeto «proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos» (considerando 3 de la Directiva 2001/23; y STJUE 16/octubre/2008, asunto Kirtruna, SL, ap. 43), de manera que «el cedente continúe siendo, después de la fecha de transmisión, y junto al cesionario, responsable de las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo o de una relación laboral, lo que supone que, en todo caso, dichas obligaciones se transfieren al cesionario en esa misma fecha» (SSTJUE 14/Noviembre/1996, asunto Rotsart de Hertaing, ap. 23; y 26/mayo/2005, asunto C-478/03, ap. 40 [NormaCEF NSJ017117]).

B) Interesa advertir que la norma es aplicable «a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva».

De este modo, que el cesionario de la actividad sea una persona jurídica de Derecho Público no excluye la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la norma, con independencia de que dicha persona jurídica sea una entidad pública encargada de un servicio público. Que el nuevo empleador sea (como en el caso de Pamplona) un ayuntamiento no impide que la Directiva se aplique a la transmisión de las actividades que desarrollaba una empresa (STJUE 20 de julio de 2017, Píscarreta Ricardo, C-416/16 [NormaCEF NSJ056696]).

C) Como es lógico, el mantenimiento de los derechos de las personas afectadas aparece plasmado de manera clara; el artículo 3.1 dispone que «los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso».

Debe recalcar que el objeto de la Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión (STJUE de 6 de abril de 2017, Unión, C-336/15).

3. La doctrina Correia Moreira.

A) Especial significado posee para el tema debatido la STJUE 13 junio 2019 (C-317/18, Correia Moreira [NormaCEF NSJ059936]) que aparece invocada constan-

temente a lo largo de este procedimiento, comenzando por la propia demanda que lo activó.

Para valorar esa decisión interesa recordar que la trabajadora del caso, ocupando un puesto «de confianza» en la empresa cedente (Parque Ferial de Portimao) es asumida por el ayuntamiento. Pero, aplicando al caso la legislación portuguesa: 1.º exige que la trabajadora se someta a un procedimiento público de selección; 2.º contempla el surgimiento de un nuevo vínculo (no se mantiene el anterior); 3.º su eventual integración en la función pública supondría una disminución de su salario durante un periodo de al menos diez años.

B) La STJUE examinada considera que esa situación es incompatible con la Directiva. Subraya que las consecuencias descritas, por un lado, modifican las condiciones de trabajo, acordadas con el cedente, de una persona como la demandante en el litigio principal y, por otro, pueden colocar a la trabajadora en una situación menos favorable que aquella en la que se encontraba antes de dicha transmisión.

C) El respeto a la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros (art. 4.2 TUE) no puede interpretarse en el sentido de que, en un ámbito en el que los Estados han transferido sus competencias a la Unión, como en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, permite privar a un trabajador de la protección que le confiere el Derecho de la Unión vigente en dicho ámbito.

D) En su parte dispositiva concluye que la Directiva 2001/23 (en relación con el artículo 4.2 TUE) «se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario».

4. Conclusión.

De cuanto hemos expuesto resulta que cuando existe, como es el caso, transmisión de una unidad productiva autónoma el ordenamiento jurídico prescribe la subrogación del nuevo empleador en las relaciones laborales preexistentes. No es admisible una parcelación subjetiva o la minoración de los efectos, como sucede cuando la modalidad contractual se altera en tal dirección.

Las posibles dudas existentes han sido despejadas por la STJUE 13 junio 2019, no porque se trate de un supuesto igual al presente, sino porque advierte que va contra el Derecho de la UE la minoración de derechos derivada de la condición pública del empleador cesionario.

La invocación que la STSJ recurrida realiza al respeto a las estructuras constitucionales de cada país aparece expresamente rebatida por el Tribunal de Luxemburgo. Quiere ello decir que de las previsiones del artículo 103.3 CE (acceso a la función pública respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad) no puede derivar un argumento que impida aplicar las consecuencias dimanantes de la Directiva.

SEXTO.- Disfunciones derivadas de la aplicación de la categoría de PINF a estos casos.

A) Hay un par de poderosas razones por las que no consideramos acertada la aplicación de la condición de PINF a quienes venían trabajando al amparo de contratos fijos y, como consecuencia de una transmisión de empresa, resultan subrogados por una Administración pública.

B) En primer término, la categoría de PINF surge para explicitar las consecuencias derivadas de previas conductas infractoras.

Como hemos recordado (fundamento tercero), el origen de esta construcción se halla en la necesidad de conciliar las consecuencias de los incumplimientos en materia de temporalidad (acceso a la fijeza) con las exigencias constitucionales sobre acceso a la función pública. La desnaturalización del tipo de contrato existente (temporal) y su acceso a otra categoría (indefinido) aparece como una consecuencia favorable para la persona afectada. La «no fijeza» matiza esa consecuencia, pero juega en favor de una mejora de la posición jurídica mantenida por quien trabaja.

Sin embargo, en nuestro caso no existe infracción de normas que pudiera remediarse mediante la aplicación de la cualidad de PINF. La Sra. Dulce prestaba sus servicios al amparo de un contrato a tiempo completo y de duración indefinida, por lo que alteración acogida por la sentencia recurrida menoscaba su posición. La «no fijeza» viene a empeorar su posición desde la óptica del tipo de relación laboral que titulariza.

La condición de PINF surge por una irregularidad de cuya responsabilidad no puede eximirse el sujeto empleador, lo que no es el caso de la reversión del servicio.

C) En segundo lugar, la categoría de PINF viene a resolver un conflicto entre dos bloques normativos de carácter interno: el de las reglas sobre acceso al empleo público y el de las consecuencias de los incumplimientos en materia de contratación temporal.

Por el contrario, lo que aquí se plantea es el modo en que debe jugar un conjunto de reglas incorporadas a una Directiva de la Unión Europea y las reseñadas sobre acceso al empleo público.

La «interpretación conforme» de nuestro ordenamiento, para concordarlo con las exigencias derivadas de la primacía del Derecho eurocomunitario (art. 4 bis LOPJ), está ahora en juego.

D) Consecuencia principal de que un contrato pertenezca a la condición de PINF es que la plaza desempeñada por la persona contratada debe ser convocada a concurso público.

Para la persona originariamente vinculada mediante un contrato temporal se trata de situación favorable, pues sigue prestando sus servicios y se le da la opción de aspirar a hacerlo con fijeza. Sin embargo, para la trabajadora recurrente eso mismo supone un claro detrimento, pues debilita su vinculación y debe afrontar un riesgo (no superar las pruebas) que antes era inexistente.

SÉPTIMO.- Consideraciones adicionales.

Las dos líneas argumentales que preceden abocan a la estimación del recurso: ello no obstante, conviene que reforcemos esa conclusión con un par de consideraciones adicionales.

1. Acceso originario o derivado al empleo público.

Como queda explicado (fundamento primero, apartado 1) no estamos ante un tema de acceso al empleo público, sino de asunción de relaciones laborales ya constituidas. En este sentido, la STC 25/2005 (Ikastolas) en la que las partes hicieron invocación del art. 103 de la CE y los principios de acceso al empleo público posee unas reflexiones que, indirectamente, concuerdan con el resultado a que accedemos:

En el marco de esa situación de tránsito, el legislador autonómico no podía dejar de atender a las exigencias derivadas de las previsiones normativas generales en materia de sucesión de empresas, toda vez que la publicación de las ikastolas implica un cambio de titularidad de un centro de trabajo, con el que no quedan extinguidas las relaciones laborales preexistentes, subrogándose necesariamente la Administración pública en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior titular privado (art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores).

Como quiera que, por lo que hace al personal no docente que desempeñaba funciones de mantenimiento, conservación y vigilancia, la competencia pública implicada es la propia de las corporaciones locales –por así resultar de lo dispuesto en la legislación educativa, básica y de desarrollo, de la que aquí no se ha hecho cuestión–, no podía la comunidad autónoma asumir esa concreta responsabilidad, sino solo residenciarla en su titular propio, imponiendo así a los ayuntamientos la obligación de integrar en sus plantillas un personal al que la legislación laboral aplicable exige convertir, en virtud de la subrogación, en personal público, no funcionario, como en el caso debatido en el proceso *a quo*.

[...] Por lo demás, el sacrificio de la autonomía se ciñe a los términos estrictamente necesarios para dar satisfacción a esos intereses concurrentes, pues una vez asegurada la integración de los trabajadores en las plantillas municipales (con lo que se facilita el cumplimiento de aquel designio autonómico y se garantiza, al tiempo, el derecho de los trabajadores a la continuidad en su trabajo), las corporaciones ven asegurada su competencia para decidir la forma de gestión de los servicios públicos asumidos y salvada en todo caso su capacidad para adaptar posteriormente sus plantillas laborales y redistribuir sus efectivos en función de las propias necesidades generales y de planificación, sin injerencia alguna del poder de disposición de terceros, más allá de lo que resulte en cada caso de la legislación básica y sectorial correspondiente».

Es decir, el máximo intérprete de nuestra norma fundamental, bien que en el marco de un debate acerca del alcance de las competencias de la comunidad autónoma,

no solo admite que la subrogación comporta integración del personal afectado en el organigrama de la Administración cesionaria, sino que lo considera una consecuencia inesquivable, sin someterla a restricción especial.

2. Ley de Contratos del Sector Público.

El art. 130.3 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dispone que «en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general».

Por razones cronológicas la norma es inaplicable, pero su contenido refuerza la coherencia del resultado a que llegamos. Si la norma más específica que nuestro ordenamiento posee carece de restricción acerca del modo en que opera la subrogación, al margen de que no pudiera oponerse lo contrario frente a la necesidad de realizar una interpretación acorde con la Directiva, bien puede deducirse que la ausencia de diferencia es porque el legislador no la considera existente.

3. Legislación impropia presupuestaria.

La DA 26.^a de la Ley 3/2017, de 27 junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, ya aludida (fundamento tercero, *in initio*), contemplaba el caso de «trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate», prescribiendo que no pueden considerarse empleados públicos del artículo 8 EBEP. Este precepto alude, en su apartado 2 c), a la figura del «Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal».

La norma añadía, sin embargo, que a esos colectivos «le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral». Pero este inciso fue suprimido por la DF 42.^a Uno de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018.

Con independencia de la eficacia que esta supresión pudiera tener y de sus consecuencias, lo cierto es que la subrogación que genera el problema examinado tuvo efectos en marzo de 2017, antes, por tanto, de que se promulgaran las dos Leyes de Presupuestos en liza. En todo caso, digamos que no alteraría el resultado de nuestra reflexión, habida cuenta de la necesidad de acomodar la interpretación de los preceptos internos a las expuestas exigencias y a que la STC de 122/2018, de 31 de octubre de 2018 declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las previsiones de la DA 26.^a en la parte referida al personal de que venimos hablando, además de la expuesta al inicio del fundamento tercero.

OCTAVO.- Resolución.

1. Fijación de la doctrina unificada.

A la vista de cuanto antecede debemos unificar las dispares doctrinas enfrentadas. Lo hacemos afirmando que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo debe mantenerse esa condición. Es inadecuado aplicar en este caso la categoría de personal indefinido no fijo, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE. Esta unificación doctrinal también persigue despejar las dudas que pudieran haber suscitado algunas consideraciones albergadas en anteriores sentencias, en las que no se debatía frontalmente la presente cuestión: es el caso, por ejemplo, de la STS 619/2021, de 10 junio (rcud. 4926/2018).

La conclusión del Tribunal Supremo

El razonamiento principal en que se basaba la primera sentencia del Juzgado de lo Social, y que el Tribunal Supremo confirma, está en el hecho de que cuando se produce una subrogación, se debe hacer con los mismos derechos de la relación laboral de origen, y si hay una relación de fijeza, no se puede reducir con una nueva relación indefinida no fija, que supone una merma clara en los derechos de la trabajadora, en este caso.

Así de claro lo deja la sentencia que aclara la diferencia de si la relación precedente es temporal o de fijeza «para la persona originariamente vinculada mediante un contrato temporal (la aplicación del PINF) se trata de situación favorable, pues sigue prestando sus servicios y se le da la opción de aspirar a hacerlo con fijeza. Sin embargo, para la trabajadora recurrente eso mismo supone un claro detrimento, pues debilita su vinculación y debe afrontar un riesgo (no superar las pruebas) que antes era inexistente».

Por ello la sentencia expresa textualmente que «cuando existe, como es el caso, transmisión de una unidad productiva autónoma el ordenamiento jurídico prescribe la subrogación del nuevo empleador en las relaciones laborales preexistentes. No es admisible una parcelación subjetiva o la minoración de los efectos, como sucede cuando la modalidad contractual se altera en tal dirección».

Y continúa que «las posibles dudas existentes han sido despejadas por la STJUE 13 junio 2019, no porque se trate de un supuesto igual al presente, sino porque advierte que va contra el Derecho de la UE la minoración de derechos derivada de la condición pública del empleador cesionario».

Como la legislación europea está por encima de la legislación española en esta materia, la citada sentencia deja claro que la Constitución española (CE) no puede invalidar esta conclusión, afirmando que «la invocación que la STSJ recurrida realiza al respeto a

las estructuras constitucionales de cada país aparece expresamente rebatida por el Tribunal de Luxemburgo. Quiere ello decir que de las previsiones del artículo 103.3 de la CE (acceso a la función pública respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad) no puede derivar un argumento que impida aplicar las consecuencias dimanantes de la Directiva».

Fijación de la doctrina unificada

A la vista de cuanto antecede debemos unificar las dispares doctrinas enfrentadas. Lo hacemos afirmando que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo debe mantenerse esa condición. Es inadecuado aplicar en este caso la categoría de personal indefinido no fijo, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE.

Esto significaría que en los procesos selectivos que convoquen las Administraciones no podrán incluirse las plazas que estén ocupadas por personal subrogado fijo.

La sentencia no cierra todas las casuísticas que puedan derivarse de la misma, como los casos anteriores a la misma, o los posibles procesos selectivos en curso para proveer plazas ocupadas por trabajadores indefinidos no fijos. No obstante, al tratarse de una interpretación de la legislación vigente por parte del Tribunal Supremo, y no de una nueva disposición legal, posiblemente pudiera aplicarse con claridad a situaciones anteriores.

Sí entra en el posible fraude de contrataciones fijas en la empresa original cuando se prevea un proceso de reversión del servicio a la Administración titular del mismo. Y así de explícito se manifiesta: «cuando se considere (y acredite) que ha podido existir una fraudulenta incorporación como personal fijo a una empresa cuya plantilla se previera acabaría integrándose en la Administración (lo que no es el caso), ha de quedar abierta la posibilidad de activar los resortes necesarios para privar de eficacia a esa maniobra torticera».

También se pronuncia sobre posibles consecuencias de la nueva relación laboral en la entidad pública, acotando la misma: «La solución que hemos dado pacifica el conflicto actualmente existente. Sin embargo, conviene advertir que no estamos cerrando la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la fijeza respetada. Porque la misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así».

De esta manera se pone coto a que esta incorporación por subrogación pudiera convertirse en un mecanismo de acceso a la función pública con efectos ilimitados. Así lo aclara: «La fijeza no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la empleadora, sino

funcionalmente limitada al objeto de la transmisión, y sin perjuicio de que puedan acaecer vicisitudes que no nos corresponde ahora aventurar».

De todo lo anterior, se plasma la seguridad jurídica que respalda las opciones político-sociales en favor de la reversión de la gestión en aquellos servicios públicos en los cuales estuviera privatizada. Asimismo, permite dejar a un lado el argumento esgrimido en ocasiones por diferentes actores que intervienen en estos procesos, actores políticos, sindicales, empresariales y, en ocasiones, mediáticos y jurídicos.

Trabajadores con contrato laboral temporal

Si esto ha indicado la referida sentencia respecto a los trabajadores que cuentan con trabajo concertado por tiempo indefinido o fijo, respecto a los trabajadores con contrato laboral la Administración se subrogará, en las mismas condiciones, que el primitivo empresario respecto a ellos.

2. El mismo día de su toma de posesión el concejal de Recursos Humanos y Régimen Interior ha dictado providencia mediante la que solicita informe de la secretaría sobre el siguiente asunto:

«Redacción de la modificación del reglamento orgánico municipal que posibilita la implantación del sistema de vídeo-actas en esta Administración, en aras de un mejor funcionamiento y modernización de la misma». Se solicita informe sobre la admisibilidad de la implantación de un sistema de vídeo-actas que sustituya la redacción en papel del acta de las sesiones del pleno municipal.

1. Fundamento

Varios aspectos son de destacar:

A) La Constitución española (1978) contiene, en su título VIII, la organización territorial del Estado, el cual dispone el listado de competencias que son exclusivas de este, y las que las comunidades autónomas, con base en una ley marco, han ido asumiendo a lo largo del tiempo. Respecto a las entidades locales la Constitución guarda silencio, quedando definidas de forma básica en la Ley 7/1985, de bases de régimen local (LBRL).

La autonomía local deberá circunscribirse dentro de los límites que imponga la ley, desde la especial condición de los entes locales, respetando, eso sí, el equilibrio en la previsión de derechos y obligaciones de la ciudadanía, siendo que la potestad reglamentaria reconocida legalmente a los entes locales (art. 4.1.a LBRL) deba leerse observando lo dispuesto res-

pecto de la autonomía local recogida especialmente en el artículo 140 de la CE junto con la Carta Europea de Autonomía Local, implicando aquellos ámbitos competenciales que deben ser necesariamente ejercidos por los municipios.

B) El Reglamento orgánico de las corporaciones locales es el resultado del ejercicio de su potestad reglamentaria y constituye la manifestación más importante de la capacidad de autoorganización de los mismos.

El Reglamento orgánico regula el funcionamiento interno de cada entidad, si bien con sujeción a lo dispuesto en las normas estatales y autonómicas dictadas de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias.

Por tanto, es competencia del ayuntamiento la modificación del Reglamento orgánico municipal que posibilita la implantación del sistema de vídeo-actas en esta Administración.

Ahora bien, es de significar que en muchas poblaciones españolas es una ordenanza municipal la que regula esta cuestión, donde se mezclan cuestiones de autoorganización y del derecho de información de los ciudadanos, amén de otros derechos como el derecho al honor y a la intimidad personal, recogido en el artículo 18 de la Constitución, pareciendo más conveniente la aprobación de una ordenanza para ello, porque parece que esta cuestión excede de la mera organización municipal.

C) Por otra parte, el artículo 70 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, LBRL, modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, establece que «las sesiones del Pleno de las Corporaciones Locales son públicas, salvo en aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta». Es decir, se debe declarar por mayoría absoluta de los miembros electos el secreto del debate y la votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen de determinadas personas.

Por su parte, el artículo 207 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF) señala que:

Todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de los órganos de gobierno y administración de las entidades locales y de sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105 b), de la Constitución Española. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas deberá verificarse mediante resolución motivada.

D) Por su parte, los artículos 109 y 110 de la Ley 7/1985 se refieren a las actas en cuanto a su obligatoriedad, su contenido, etc., y los artículos 197 y 198 del ROF al libro de actas.

Y el artículo 3.2 d) del Real Decreto 128/2018, de 26 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local de carácter nacional asigna, como función de fe pública, a la secretaría

asistir y levantar acta de las sesiones de los órganos colegiados referidos en la letra a) y publicarla en la sede electrónica de la Corporación de acuerdo con la normativa sobre protección de datos.

El acta se transcribirá por el Secretario en el Libro de Actas, cualquiera que sea su soporte o formato, en papel o electrónico, autorizada con la firma del Secretario y el visto bueno del Alcalde o Presidente de la Corporación.

No obstante, en el supuesto de que el soporte sea electrónico, será preciso que se redacte en todo caso por el Secretario de la Corporación extracto en papel comprensivo de los siguientes datos: lugar, fecha y hora de la celebración de la sesión; su indicación del carácter ordinario o extraordinario; los asistentes y los miembros que se hubieran excusado; así como el contenido de los acuerdos alcanzados, en su caso, y las opiniones sintetizadas de los miembros de la Corporación que hubiesen intervenido en las deliberaciones e incidencias de estas, con expresión del sentido del voto de los miembros presentes.

E) La Administración electrónica empezó a tener una virtualidad importante en España con la derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y ha sido objeto de una consagración total con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y con la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. La ley recoge, con las adaptaciones necesarias, las normas hasta ahora contenidas en la Ley 11/2007, de 22 de junio, en lo relativo al funcionamiento electrónico del sector público, y algunas de las previstas en el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la anterior. Se integran así materias que demandaban una regulación unitaria, como corresponde con un entorno en el que la utilización de los medios electrónicos ha de ser lo habitual, como la firma y sedes electrónicas, el intercambio electrónico de datos en entornos cerrados de comunicación y la actuación administrativa automatizada. Se establece asimismo la obligación de que las Administraciones públicas se relacionen entre sí por medios electrónicos, previsión que se desarrolla posteriormente en el título referente a la cooperación interadministrativa mediante una regulación específica de las relaciones electrónicas entre las Administraciones. Para ello, también se contempla como nuevo principio de actuación la interoperabilidad de los medios electrónicos y sistemas y la prestación conjunta de servicios a los ciudadanos.

El artículo 17.1 de dicha ley señala que

todos los órganos colegiados se podrán constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario.

Y, por su parte, el artículo 18.1:

De cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

Podrán grabarse las sesiones que celebre el órgano colegiado. El fichero resultante de la grabación, junto con la certificación expedida por el Secretario de la autenticidad e integridad del mismo, y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión, podrán acompañar al acta de las sesiones, sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones.

Es cierto que la disposición adicional 21.^a de la Ley 40/2015 establece que las normas de órganos colegiados no serán de aplicación a los órganos colegiados del Gobierno de la nación y de las comunidades autónomas y los órganos de gobierno de las entidades locales.

Pero el artículo 18 de la Ley 40/2015, regulación básica, prevé que puedan grabarse las sesiones siempre que el fichero resultante de la grabación, junto con la certificación expedida por el secretario «de la autenticidad e integridad del mismo», y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión, podrán acompañar al acta de las sesiones, sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones. En este caso deberán conservarse de forma que se garantice la integridad y autenticidad de los ficheros electrónicos correspondientes y el acceso a los mismos por parte de los miembros del órgano colegiado.

Finalmente, respecto a la regulación de las vídeo-actas, la Ley 39/2015, LPAC establece, en su artículo 70.2, la obligatoriedad de que los expedientes tengan formato electrónico, al señalar que

los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada.

Por tanto, y en conclusión, no hay duda sobre la admisibilidad de la implantación de un sistema de vídeo-actas que sustituya la redacción en papel del acta de las sesiones del pleno municipal mediante la oportuna modificación del reglamento orgánico municipal, o bien mediante la elaboración y aprobación de la oportuna ordenanza municipal al respecto, siendo competencia del ayuntamiento esta cuestión.

2. ¿Qué es vídeo-acta?

Vídeo-acta es un sistema de gestión de actas municipales desarrollado, que permite la elaboración de las actas de los plenos municipales rápidamente. Se basa en la integración de vídeo y documentos electrónicos firmados digitalmente mediante DNI electrónico. El sistema combina la grabación en vídeo de los plenos municipales con el documento electrónico que contiene el orden del día del pleno, todo firmado electrónicamente con el certificado digital o el DNI electrónico del secretario de la entidad local para dar fe legal del acto.

En relación con la creación de vídeo-actas de los plenos y, en su caso, las comisiones informativas, facilitará la transcripción de las sesiones plenarias y permitirá, en su caso, que también las comisiones informativas sean públicas.

La utilización de una aplicación de audio-vídeo actas permitirá agilizar la tarea en la redacción de las actas, ya que será suficiente referenciar los puntos en el vídeo o audio de las sesiones, ahorrando tiempo y evitando errores de transcripción manual.

Además, la aplicación permitirá guardar la documentación y archivos digitales resultantes de las sesiones con plenas garantías legales y consultar la documentación y el vídeo-audio firmada por el ente, así como desplazarse a puntos de la sesión concretos o por intervenciones de ponentes.

Así, el nuevo fichero estará accesible en la web municipal y contendrá vídeo de las sesiones del pleno y las actas con el resumen escrito del orden del día y de los acuerdos alcanzados. El fichero contendrá imágenes en movimiento, voz y firma electrónica. El vídeo-acta llevará firma digital de la secretaria general y del alcalde y un minutado para la localización de las intervenciones.

3. Beneficiarios

- Secretarios: optimización del esfuerzo de elaboración de actas.
- Departamentos de prensa: permite organizar los contenidos audiovisuales de los plenos y facilitar el acceso a los mismos a la prensa.
- Ciudadanos y empresas: acceso a los contenidos de las decisiones municipales de su ayuntamiento.
- Nuevas tecnologías: ofrece nuevos servicios de sociedad de la información a los ciudadanos.

4. Realización

Una vez que se dispone de la grabación, con una sencilla interfaz de usuario el sistema permite marcar los momentos de la grabación donde comienza cada punto del orden del

día del pleno, lo que permite la generación automática de la vídeo-acta y la integración entre el vídeo del pleno y el documento-acta sucinta del mismo. A continuación, el secretario del ayuntamiento, mediante su certificado digital o su DNI electrónico, firma el vídeo-acta (vídeo del pleno y el documento electrónico con el orden del día del pleno). Este conjunto de elementos se almacena en un gestor documental y se puede publicar en el portal municipal para su consulta por ciudadanos, empresas, medios de comunicación, etc.

5. Funcionalidades

- Gestión de la convocatoria
- Plenos mixtos o híbridos
- Sistema de votación
- Integración con las principales soluciones de administración electrónica del mercado.
- Transcripción y subtitulado de las grabaciones

6. Procedimiento de modificación del reglamento orgánico municipal

Admitida la posibilidad de incorporar el sistema de vídeo-acta de las sesiones de los plenos municipales, el contenido y procedimiento a seguir para ello, recibida la providencia del concejal delegado, será:

A) Inclusión por el alcalde en el orden del día de un pleno, ordinario o extraordinario, de la admisión de la propuesta.

B) Elaboración del texto, incluyendo:

- Consulta previa, en su caso, sobre los aspectos indicados en el artículo 26 de la Ley 50/1997, del Gobierno.
- Referencia a los principios teniendo en cuenta el contenido del artículo 26 de la Ley 50/1997, del Gobierno, especialmente el contenido de la Memoria de análisis de impacto normativo, que puede ser abreviada o suprimirse en casos de urgencia.
- A lo largo del procedimiento de elaboración de la norma se recabará, además de los informes y dictámenes que resulten preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.
- Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, como la norma puede afectar a los derechos e intereses legítimos de las personas, se publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audien-

cia a los ciudadanos afectados y obtener cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades.

- Asimismo, podrá recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

El trámite de audiencia e información pública solo podrá omitirse cuando existan graves razones de interés público, que deberán justificarse en la Memoria del análisis de impacto normativo. Asimismo, no será de aplicación a las disposiciones presupuestarias o que regulen los órganos, cargos y autoridades del Gobierno o de las organizaciones dependientes o vinculadas a estas.

- Se conservarán en el correspondiente expediente administrativo, en formato electrónico, la Memoria del análisis de impacto normativo, los informes y dictámenes recabados para su tramitación, así como todos los estudios y consultas emitidas y demás actuaciones practicadas.
 - Enmiendas presentadas por los grupos políticos municipales.
 - Informe jurídico sobre el proyecto normativo y las enmiendas presentadas en su caso, por la secretaría y la intervención.
 - Aprobación inicial de la modificación del reglamento orgánico municipal.
 - Información pública y anuncio de la misma.
 - Alegaciones presentadas, en su caso (si no la aprobación inicial se convierte, en definitiva).
 - Informe jurídico sobre las alegaciones presentadas, en su caso.
 - Aprobación definitiva del pleno por mayoría absoluta.
 - Publicación de la modificación del reglamento orgánico municipal en el boletín oficial de la provincia correspondiente y en el tablón de anuncios del ayuntamiento. También puede publicarse en el boletín oficial de la comunidad autónoma correspondiente.
3. Conforme la normativa aplicable, y respecto de cada uno de los asuntos planteados por el concejal, ¿está obligado el secretario municipal a emitir informe? En caso de resultar preceptivo el informe, considérese las consecuencias de la omisión del informe preceptivo de la secretaría en el procedimiento en cuestión.

El Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, señala en su artículo

54 que será necesario el informe previo del secretario y, además, en su caso, del interventor, o de quienes legalmente les sustituyan, para la adopción de los acuerdos en aquellos supuestos en que así lo ordene el presidente de la corporación o cuando lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubieren de tratarse. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 173 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, añadiendo en su apartado 2.º que los informes que se emitan deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto.

Además, el artículo 3 del Real Decreto 128/2018 señala, en lo que respecta a lo que se pregunta:

1. La función pública de secretaría integra la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

2. La función de fe pública comprende:

a) Preparar los asuntos que hayan de ser incluidos en el orden del día de las sesiones que celebren el Pleno, la Junta de Gobierno y cualquier otro órgano colegiado de la Corporación en que se adopten acuerdos que vinculen a la misma, de conformidad con lo establecido por el Alcalde o Presidente de la misma, y la asistencia a este en la realización de la correspondiente convocatoria.

[...]

3. La función de asesoramiento legal preceptivo comprende:

a) La emisión de informes previos en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de los miembros de la misma, con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente. Tales informes deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto.

b) La emisión de informes previos siempre que un precepto legal o reglamentario así lo establezca.

c) La emisión de informe previo siempre que se trate de asuntos para cuya aprobación se exija la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación o cualquier otra mayoría cualificada.

d) En todo caso se emitirá informe previo en los siguientes supuestos:

1.º Aprobación o modificación de Ordenanzas, Reglamentos y Estatutos rectores de Organismos Autónomos, Sociedades Mercantiles, Fundaciones, Mancomunidades, Consorcios u otros Organismos Públicos adscritos a la Entidad Local.

De lo expuesto deducimos que no existía obligación legal de emitir informe alguno ante la solicitud del concejal de Recursos Humanos y Régimen Interior sobre la modificación del reglamento orgánico municipal, por lo que habrá de pedirlo al alcalde para que pida el informe o requerir el apoyo de un tercio de los concejales para que el secretario quede obligado.

Entendemos que cuando en el artículo 3.3 d) 1.ª del artículo antes citado se exige el informe preceptivo en caso de modificación de reglamentos se refiere a cuando ya el pleno haya decidido tal modificación. Decidida esta, entonces, el informe ya será preceptivo.

En relación con las consecuencias de la omisión del informe preceptivo de la secretaría es de señalar que los informes del secretario y del interventor son relevantes, constituyen una muy apreciable garantía jurídica y económica en las actuaciones municipales, por ello su omisión puede originar la invalidez del acuerdo municipal. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en algunos pronunciamientos. La resolución de la sala andaluza recuerda la sentencia del Supremo de 6 de marzo de 1989, que confirmó la nulidad de un acuerdo ante la falta del informe preceptivo del secretario. Pero hay que saber que tal asunto giraba sobre la modificación de una ordenanza municipal. Otros pronunciamientos judiciales, que también han invalidado acuerdos ante la omisión del capital informe del secretario, han versado sobre aprobación del planeamiento.

Ahora bien, los efectos de la existencia de vicios formales ha de ponderarse porque una automática declaración de nulidad en todo caso resulta excesiva. Recordemos que la ley establece que para que los defectos formales consigan abatir la validez del acto administrativo, han debido impedir que alcance su fin o produzca indefensión. Cuando la Administración ha prescindido del procedimiento «total y absolutamente» entonces se sanciona con la declaración de nulidad radical. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido valorando la relevancia de algunos trámites indispensables y esenciales. Y, siguiendo esa línea jurisprudencial, se llega a la declaración de nulidad ante la omisión del informe preceptivo del secretario o del interventor.

Sin embargo, tal consideración ha de matizarse en algunas situaciones. Así, en este caso, hay un elemento singular consistente en: ¿hubiera contenido distinta opinión jurídica el informe del secretario? Porque sabemos que el Tribunal Supremo, al construir su doctrina sobre la causa de nulidad de la falta de otros informes preceptivos, como es el caso del trascendental informe del Consejo de Estado, ha rechazado, sin embargo, tal alternativa cuando «es razonablemente previsible que, después de su intervención, el contenido de la nueva resolución habría de ser la misma» (Sentencia de 16 de julio de 2002, rec. núm. 1648/1997).

En conclusión, los informes de secretario e interventores son trascendentes en los procedimientos administrativos. Nos ofrecen a los ciudadanos una importante garantía de seriedad jurídica. Pero su omisión no ha de generar en todo caso y siempre la nulidad del acuerdo, habrá que analizar las consecuencias de su ausencia respecto a la resolución dictada. Los vicios han de alojarse en cada caso en el seno del procedimiento administrativo y analizados en su contexto.

La misma Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas en su artículo 80.3 y 4 señala que:

De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones salvo cuando se trate de un informe preceptivo, en cuyo caso se podrá suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento en los términos establecidos en la letra d) del apartado 1 del artículo 22.

4. [...]

El informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución.

El único supuesto en que no se puede prescindir es cuando el informe es preceptivo y vinculante, pero no es el caso.

4. Por último, la corporación firma un convenio que financia la ejecución de una actuación con la siguiente distribución: 2022, 0,00 euros y 2023, 90,000 euros. Además, desea empezar el proceso de licitación de la obra en el ejercicio 2022. A la luz de lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) y en el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, ¿se puede iniciar la licitación en 2022 con esta distribución?

Por otra parte, la LCSP, ¿habilita para contratar sin la previa disponibilidad de crédito presupuestario al efecto? Razone jurídicamente la respuesta.

1. ¿Se puede iniciar la licitación en 2022 con la distribución que detalla el relato de hechos?

En lo concerniente al convenio se plantea llevar a cabo un gasto distribuido en 0 euros en 2022 y 90.000 euros en 2023. Cuando se lleva a cabo un procedimiento de gasto que se adjudica formalmente a un tercero y, por ende, este puede empezar a cumplir con su obligación y concurre la circunstancia de que el gasto se va a desarrollar en dos años diferentes, estamos ante lo que se llaman gastos plurianuales.

Los gastos plurianuales en el ámbito local se regulan en el artículo 174 del Real Decreto-Ley 2/2004. Esta norma lo que busca es que exista una distribución del gasto en el tiempo, de modo que establece unos límites.

Si llamamos al año 2022 el «año X» y al año 2023 «año X+1», la norma local lo que nos dice es lo siguiente:

- En el año X puedes gastarte lo que tengas presupuestado.
- En el año X+1 puedes gastar hasta el 70 % como máximo de lo que en su día te comprometiste con el tercero. (Gasto total).
- En el año X+2 (2024) hasta el 60 %.
- En los años X+3 y X+4 hasta el 50 % en cada año.

Recalcando que son porcentajes de máximos.

Entonces, aquí lo que se plantea es lo siguiente:

- Año 2022 (año X): Gastar 0,00 euros, es decir, el 0 %.
- Año 2023 (año X+1): Gastar 90.000 euros, es decir, el 100 % del gasto.

El 100 % supera el límite del 70 %, siendo necesario por tanto que en el año 2022, como mínimo, esté presupuestado y se ejecute el 30 % para poder cumplir con la norma local.

En lo que concierne a las licitaciones de tramitación anticipada, el precepto al que hay que acudir, y al que no se alude en el documento remitido, es la disposición adicional tercera de la LCSP, que, no en vano, tiene por nombre «Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales».

De acuerdo con el apartado segundo de esta disposición adicional:

2. Se podrán tramitar anticipadamente los contratos cuya ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente o aquellos cuya financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente.

Con este precepto lo que se pretende es que al final de cada año se puedan ir realizando los pliegos y todo el proceso. La tramitación anticipada tiene como requisito indispensable que el contrato vaya a ejecutarse en el año siguiente, es decir, si yo estoy en 2022, tramito el gasto que se va a ejecutar en 2023.

La duda que se puede plantear aclara qué debemos entender por ejecución material, porque tenemos dos posibles interpretaciones:

- Interpretación de la ejecución material (interpretación por LCSP): Esta interpretación, que es la que se refleja en la consulta, supone considerar la ejecución cuando el contratista efectúa el trabajo para el que ha sido contratado (prestar el servicio/

obra/suministro para el que ha sido contratado). El contratista puede empezar a ejecutar una vez se ha formalizado con el mismo el correspondiente contrato.

- Interpretación de la ejecución presupuestaria (interpretación por la normativa presupuestaria): Por esta interpretación no habría ejecución hasta que no haya gasto presupuestariamente hablando, es decir, cuando se dicta el acto administrativo de reconocimiento de la obligación. No se sigue este criterio porque el acto de reconocimiento de la obligación tiene como premisa que el contratista ya ha ejecutado, en términos coloquiales y en el sentido de la otra interpretación, su prestación. Por tanto, no tendría sentido este criterio y rompería con la esencia de tramitar anticipadamente, dejaría de tener sentido.

En consecuencia, se puede tramitar anticipadamente el contrato, celebrar las mesas, pero la adjudicación queda en suspenso hasta que tengamos los recursos que van a financiar el gasto. Esto implica que yo puedo adelantar trámites, pero siempre teniendo en cuenta que será en el año siguiente cuando la ejecución material tendrá lugar en los términos anteriormente expresados (interpretación LCSP).

La efectividad de los recursos en principio la tendrá con el nuevo presupuesto.

Lo que no cabe en ningún caso es adjudicar-formalizar con el contratista el año actual, porque entonces la ejecución material podría empezar en el año actual y no en el ejercicio siguiente, que es la premisa de la tramitación anticipada. En tal sentido, no debería siquiera adjudicarse formalmente para respetar los plazos legales para la formalización del contrato.

2. La Ley 9/2017, LCSP, ¿habilita para contratar sin la previa disponibilidad de crédito presupuestario al efecto?

Introducción

Son dos los casos: tramitación de emergencia y tramitación anticipada de la disposición adicional tercera de la LCSP, apartado 2.

El principio de legalidad financiera se consagró en el artículo 133.4 de la CE, de acuerdo con el cual «las Administraciones públicas solo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes». La aplicación de este principio a los gastos públicos no se concreta únicamente en la necesaria disposición del crédito que las leyes de presupuestos autorizan con carácter anual, sino que exige, además, que las normas establezcan el procedimiento mediante el cual la Administración pueda realizar los gastos públicos.

El artículo 116 de la LCSP, referido al expediente de contratación, concreta la documentación que ha de integrar su contenido, indicando que deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o, en el caso de entidades del sector público con presupuesto estimativo, documento equivalente que acredite la existencia de financiación.

Por lo tanto, es una exigencia legal que, al iniciar el expediente, se compruebe la existencia de crédito adecuado y suficiente en el sentido de disponer de apropiada financiación para la ejecución del contrato. Prueba de que se ha realizado esta verificación es la obligación de incorporar un certificado que acredite su existencia.

El artículo 39 de la LCSP se refiere a las causas de nulidad de derecho administrativo, señalando, entre ellas, en el número 2 a) «la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia».

Por otro lado, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece que constituye infracción muy grave en materia de gestión económico-presupuestaria los compromisos de gastos sin crédito suficiente para realizarlos, y la sanciona con la inhabilitación para ocupar cargo público durante un periodo de entre 5 y 10 años y la obligación de restituir las cantidades satisfechas indebidamente.

Por su parte, el artículo 117 de la LCSP se manifiesta en los siguientes términos:

Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución implicará también la aprobación del gasto. Esta resolución deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante.

Precisamente el artículo 116 de la LCSP tiene la siguiente redacción:

1. La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante.
2. El expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 7 del artículo 99 para los contratos adjudicados por lotes.
3. Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato. En el caso de que el procedimiento elegido para adjudicar el contrato sea el de diálogo competitivo regulado en la subsección 5.^a, de la Sección 2.^a, del Capítulo I, del Título I, del Libro II, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas serán sustituidos por el documento descriptivo a que hace referencia el apartado 1 del artículo 174. En el caso de procedimientos para adjudicar los contratos basados en acuerdos marco invitando a una nueva licitación a las empresas parte del mismo, regulados en el artículo 221.4, los pliegos de cláusulas administrativas

y de prescripciones técnicas serán sustituidos por el documento de licitación a que hace referencia el artículo 221.5 último párrafo.

Asimismo, deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o, en el caso de entidades del sector público estatal con presupuesto estimativo, documento equivalente que acredite la existencia de financiación, y la fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

En relación con el artículo anterior, el artículo 122.1 de la LCSP dispone que:

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho, o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

En el mismo sentido, pero respecto del pliego de prescripciones técnicas particulares, el artículo 124 de la LCSP establece que:

El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

Y concretamente, respecto de las entidades locales de menos de 5.000 habitantes, la disposición adicional tercera, relativa a las normas específicas de contratación pública en las entidades locales, en su apartado 4.º prevé que:

En los contratos celebrados en los municipios de menos de 5.000 habitantes, la aprobación del gasto podrá ser sustituida por una certificación de existencia de crédito que se expedirá por el Secretario Interventor o, en su caso, por el Interventor de la Corporación.

De los preceptos expuestos se deduce claramente lo siguiente:

- 1.º Cualquier contrato que se realice por las entidades locales requiere la tramitación del expediente correspondiente en el que se debe incorporar el certificado de la existencia de crédito adecuado y suficiente.

- 2.º En el expediente también deben incorporarse los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, que deben aprobarse previa o conjuntamente con la autorización del gasto. Y para la autorización del gasto es necesario que exista crédito adecuado y suficiente.
- 3.º En las entidades locales de menos de 5.000 habitantes la aprobación del gasto se puede sustituir por una certificación de existencia de crédito adecuado y suficiente.

Además de estas normas, hay que tener en cuenta los requisitos básicos que tiene que comprobar el interventor en la fiscalización del expediente, tanto si tiene adoptado el modelo de la fiscalización ordinaria como si fuese el de la fiscalización previa limitada que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.2 a) del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local, el primer requisito básico que hay que comprobar en la fiscalización que tiene que realizar el interventor es:

- [...] la existencia de crédito presupuestario y que el propuesto es el adecuado a la naturaleza del gasto u obligación que se proponga contraer.
- En los casos en los que el crédito presupuestario dé cobertura a gastos con financiación afectada se comprobará que los recursos que los financian son ejecutivos, acreditándose con la existencia de documentos fehacientes que acrediten su efectividad.
- Cuando se trate de contraer compromisos de gastos de carácter plurianual se comprobará, además, si se cumple lo preceptuado en el artículo 174 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.
- Se entenderá que el crédito es adecuado cuando financie obligaciones a contraer o nacidas y no prescritas a cargo a la tesorería de la Entidad Local que cumplan los requisitos de los artículos 172 y 176 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

La conclusión, por tanto, es clara: el ayuntamiento no puede iniciar la tramitación de la licitación de un expediente de contratación sin que tenga crédito adecuado y suficiente, porque se debe acreditar en el expediente la existencia del crédito y porque al aprobar los pliegos de condiciones se tiene que aprobar (autorizar) el gasto, y para ello es necesario que exista crédito adecuado y suficiente.

Las excepciones son:

A) Tramitación de emergencia

Se considera un régimen excepcional que se aplica cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata debido a acontecimientos catastróficos u otras situaciones de peligro o que afecten a la defensa nacional.

Para un mayor análisis de este tipo de tramitación, traemos a colación el Informe 20/2003, de 20 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que tuvo ocasión de pronunciarse sobre el antiguo artículo 72 del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, el cual fue extractado en la Resolución núm. 102/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su recurso núm. 1217/2016, Comunidad Autónoma del Principado de Asturias 75/2016, concluyendo sobre el mismo lo siguiente:

Es decir, para que proceda la tramitación de emergencia es necesario: i) que concurra alguno de los supuestos que taxativamente establece la ley, sin que sea suficiente cualquier otra circunstancia que dé lugar a una situación de urgencia; ii) que no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia; iii) que la emergencia sea apreciada por el órgano de contratación y iv) que la tramitación se limite a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de esa situación. A los anteriores requisitos este Tribunal ha de añadir uno más: que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente.

Si es declarada la tramitación de emergencia, el órgano de contratación puede:

- a) Ordenar la ejecución necesaria (para remediar el acontecimiento o satisfacer la necesidad sobrevenida) sin la obligación de tramitar el expediente de contratación.
- b) O bien, contratar su objeto de forma total o parcial sin sujeción a los requisitos formales de la ley.

Además, cuando se trate de un supuesto de emergencia, el artículo 30.1 d) de la LCSP dispone que, en esta circunstancia, tiene cabida la ejecución directa de las prestaciones por la Administración pública, pudiendo realizarse la ejecución de las obras empleando exclusivamente medios propios no personificados, o bien con la colaboración de empresarios particulares.

Con respecto al carácter formal de la contratación del sector público, el artículo 37.1 de la LCSP prevé la tramitación de emergencia como la excepción a la prohibición de contratar verbalmente.

El régimen excepcional de la tramitación de emergencia es el siguiente:

- a) Se debe informar en un plazo máximo de 30 días al Consejo de Ministros acerca de todo contrato con carácter de emergencia celebrado por la Administración General del Estado, organismos autónomos y demás entidades públicas estatales.

- b) Desde que se adopte el acuerdo de emergencia, se deberá iniciar la ejecución de las prestaciones dentro del plazo de un mes (si se supera el plazo entonces la contratación deberá tramitarse por el procedimiento ordinario).
- c) Una vez se ejecuten las actuaciones, se seguirá lo dispuesto en la ley en cuanto al cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de las prestaciones.
- d) Con respecto a las prestaciones que no sean de emergencia, pero resulten necesarias para realizar la actuación administrativa, se contratarán por la tramitación ordinaria.

Por otro lado, respecto a la carencia o insuficiencia de crédito como causa de nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores (art. 39.2 b LCSP), no será aplicable en los supuestos de emergencia. De modo que, como indica el último párrafo de la letra a) del artículo 120.1 de la LCSP, el órgano de contratación puede contratar el objeto sin sujetarse a requisito formal relativo a la existencia de crédito adecuado y suficiente. Entonces, si no existe tal crédito, cuando se adopte el acuerdo se procederá a su dotación según lo establecido en la Ley general presupuestaria.

Igualmente, merece especial atención lo dispuesto por el artículo 44.4 de la LCSP, en tanto que el mismo indica que no serán susceptibles de recurso especial, en materia de contratación, los actos y decisiones adoptados en los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia.

Por último, en términos de la formalización de los contratos que celebren las Administraciones públicas si la tramitación del expediente de contratación es por emergencia, se puede proceder a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización de forma excepcional (art. 153 LCSP).

Especialidades que comparten la tramitación urgente y la de emergencia con respecto a la subcontratación

- a) De conformidad con el artículo 215.1 b) último párrafo de la LCSP, si se tienen que adoptar medidas urgentes o si existe una emergencia y se justifica de forma adecuada, se puede acreditar la aptitud del subcontratista inmediatamente después de la celebración del contrato.
- b) Según el último párrafo de la letra c) del artículo 215.2 de la LCSP, para atender a una situación que exija adoptar dichas medidas, se pueden concluir los subcontratos sin que transcurra el plazo de 20 días, siempre que se justifique y bajo la responsabilidad del contratista.

Además, si así se estableció en los pliegos, la infracción de las normas para poder subcontratar en supuestos de urgencia o emergencia llevará aparejada, bien una pena al contratista de hasta el 50 % del importe del subcontrato, o bien la resolución del subcontrato.

B) Tramitación anticipada

En su caso, de conformidad con la disposición adicional tercera de la LCSP, apartado 2.º:

Se podrán tramitar anticipadamente los contratos cuya ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente o aquellos cuya financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente.

Es decir, se podría comenzar el expediente en la parte de la subvención que se ha solicitado, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva disponibilidad de los recursos, lo que supone una excepción a la regla general. Pero este apartado solo se refiere a la parte de la financiación afectada mediante un préstamo o una subvención, de tal manera que si la aportación municipal se financia con recursos ordinarios del presupuesto tiene que estar disponible el crédito cuando se inicia la tramitación del expediente de contratación.

Conclusiones

- 1.^a Al iniciar cualquier expediente de contratación se debe incorporar el certificado de la existencia de crédito adecuado y suficiente.
 - 2.^a Por tanto, el ayuntamiento no puede iniciar la tramitación de la licitación de un expediente de contratación sin que tenga crédito adecuado y suficiente, porque se debe acreditar en el expediente la existencia del crédito y porque al aprobar los pliegos de condiciones se tiene que aprobar (autorizar) el gasto, y para ello es necesario que exista crédito adecuado y suficiente.
 - 3.^a Solo en el caso de que se trate de contratos cuya financiación dependa de un préstamo o de una subvención se puede tramitar el expediente sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva disponibilidad de los recursos.
5. ¿Puede ser designado el alcalde como órgano presidente de la mesa de contratación?

Es una práctica muy habitual, especialmente en los pequeños municipios, que el alcalde sea el presidente de la mesa de contratación. Esta situación se puede producir en dos escenarios diferentes.

- a) Licitaciones en las que el órgano de contratación para la licitación en que se produce esta circunstancia sea el pleno del ayuntamiento (según la disposición

adicional segunda de la Ley 9/2017, los contratos en los que el valor estimado supere el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto o, en cualquier caso, los de cuantía superior a seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada).

- b) Licitaciones en que el órgano de contratación sea el alcalde o alcaldesa (los contratos en los que no concurren las mencionadas circunstancias).

En el primer escenario no se plantea ninguna dificultad y la respuesta es clara: el alcalde puede presidir la mesa de contratación o formar parte de la misma.

Pero ¿y si el alcalde es el órgano de contratación, como sucede en la gran mayoría de los casos?

La mesa de contratación está definida en la propia ley de contratos (art. 326.2) como órgano de asistencia técnica especializada. La mesa ejerce una serie de funciones tasadas relativas al desarrollo e impulso del procedimiento de adjudicación, siendo sus funciones más reconocibles las de valorar las proposiciones de los licitadores y realizar una propuesta al órgano de contratación de adjudicación a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta.

Por tanto, de momento su configuración como órgano técnico y no político nos daría una primera razón para considerar que el alcalde no pueda (o deba) presidir y ni tan siquiera formar parte de la mesa.

Por otra parte, el referido artículo 326, en su apartado 4, establece que los miembros de la mesa serán nombrados por el órgano de contratación. Con lo que nos encontraríamos ante la paradoja de que el alcalde se nombraría a sí mismo y además se realizaría una «autopropuesta» de adjudicación. Situaciones paradójicas, extrañas, pero no prohibidas.

La previsión del 326.5, que establece que en ningún caso podrán formar parte de las mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos, no se aplica al ámbito local, que tiene una norma específica que regula la composición de la mesa en el apartado séptimo de la ya referida disposición adicional segunda:

La Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se

designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.

La interpretación literal de esta disposición llevó al Tribunal Central de Recursos Contractuales a admitir la posibilidad de que el alcalde presidiera la mesa de contratación, siendo órgano de contratación. Efectivamente, en la Resolución núm. 869/2018, en la que se resolvía un recurso contra el anuncio de licitación y pliego de cláusulas administrativas particulares que regía el contrato de «Prestación del servicio de dirección letrada, asesoría jurídica y trabajos de consultoría» del Ayuntamiento de Moncada, que se basaba en varios argumentos, entre otros,

denunciaba la ilegalidad de la cláusula decimotercera del pliego por atribuir la presidencia de la mesa de contratación al órgano de contratación (que era la alcaldesa).

El último de los motivos del primer recurso de los aquí acumulados denuncia la ilegalidad de la cláusula decimotercera del pliego por atribuir la presidencia de la Mesa de contratación al órgano de contratación. Sin embargo, el tenor literal de la disposición adicional segunda de la LCSP sobre competencias en materia de contratación en las Entidades Locales establece que (...). Por lo que la condición de la alcaldesa como órgano de contratación resulta de la propia regulación contenida en la LCSP, así como la posibilidad de presidir la Mesa de Contratación, al deber esta ser presidida por un miembro de la Corporación o funcionario de la misma.

El tribunal consideraba ajustada a derecho la cláusula impugnada y, por tanto, procedía la desestimación del recurso por este motivo.

Frente a cualquier otra consideración y en estricta aplicación del principio de legalidad, el tribunal central considera que la composición de la mesa en el caso planteado responde a lo previsto en la disposición adicional segunda, por cuanto la alcaldesa es un miembro de la corporación.

Frente a esta resolución del tribunal central, recientemente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía ha dictado la Resolución 67/2022 de 28 de enero de 2022, en la que hace una interpretación diametralmente opuesta a la del central:

Se trata de un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra los pliegos que rigen el contrato denominado «Suministro en alquiler y mantenimiento de una aplicación informática para la gestión tributaria, recaudación e inspección, así como de las tecnologías necesarias para su explotación bajo modelo "cloud" o "en la nube", por parte del Ayuntamiento de Albox».

La recurrente solicita la anulación de los pliegos y funda su pretensión en varios motivos [...]. En un primer motivo, la recurrente esgrime que el Alcalde del Ayuntamiento es el órgano de contratación (cláusula 4 del pliego de cláusulas administrativas particulares [PCAP]) y también el presidente de la mesa de contratación (cláusula 12 del citado pliego) y que esa suerte de ubicuidad orgánica es irregular y contraria al artículo 326 de la LCSP, por cuanto vacía de sentido y contenido la figura de la mesa de contratación como órgano de asistencia y proponente.

Como vemos, la recurrente basa su pretensión no en una prohibición de la ley, sino en que quedaría vacía de contenido la figura y función de la mesa de contratación como órgano de asistencia y proponente del contrato.

Frente al alegato se alza el órgano de contratación en su informe, señalando que la regulación contenida en la LCSP establece y deja bastante claro quiénes son las figuras que no podrán participar en las mesas de contratación, pero en ningún punto se prohíbe la designación como presidente de dicho órgano al alcalde ni establece ninguna incompatibilidad al respecto, y concluye:

[...] por ende esta práctica es legal, lejos de cualquier práctica irregular o atisbo de corruptela como indica la recurrente. Es más, en pequeños ayuntamientos creemos que es una práctica necesaria. La habitualidad de esta práctica que pone de manifiesto la recurrente parece descartar la ilegalidad de la misma, y no entramos a establecer las lagunas que pueda tener la LCSP, pues no nos corresponde.

El tribunal andaluz, en este caso admite el motivo del recurso y entiende que el órgano de contratación en la licitación examinada (el alcalde) no puede, a la vez, presidir la mesa de contratación:

Pues bien, hemos de señalar que no es posible la convergencia en la figura del alcalde de la doble titularidad del órgano de contratación y de la presidencia de la mesa de contratación, porque no puede el alcalde formar parte del órgano que precisamente está encargado de prestarle asistencia. Resulta inconcebible, por ejemplo, que el alcalde como presidente de la mesa pueda proponer a sí mismo la adjudicación del contrato o el rechazo o admisión de ofertas inicialmente incursas en presunción de anormalidad. No puede el alcalde aprobar una propuesta realizada por él mismo como miembro integrante de la mesa. Y si bien a tenor de la disposición adicional segunda, apartado 7, de la LCSP un alcalde puede presidir, como miembro de la Corporación, la mesa de contratación, no podrá hacerlo cuando sea, asimismo, órgano de contratación, como acontece en el supuesto examinado. Así las cosas, si conforme a la disposición adicional segunda, apartado 1, el alcalde ha de ser órgano de contratación en la licitación examinada, no puede, a la vez, presidir la mesa de contratación.

De tenor literal del argumento esgrimido por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, podemos deducir que la prohibición no se ciñe solo a la presidencia, sino que se hace extensiva a la mera pertenencia a la mesa de contratación, «porque no puede el alcalde formar parte del órgano que precisamente está encargado de prestarle asistencia».

Además, en este caso, la Junta de Gobierno Local actúa como órgano de contratación por delegación del alcalde, o sea que el alcalde será el presidente de la mesa y la junta de gobierno el órgano de contratación; ahora bien, al amparo del artículo 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público.

Ante tan contradictorias formas de resolver la misma situación y habida cuenta que esta se produce con frecuencia, en muchas ocasiones, porque los ayuntamientos no disponen de efectivos suficientes para completar la composición de la mesa en la forma que exige la ley, convendría que de alguna manera se unificara esta doctrina en pos de la transparencia, la integridad y sobre todo la seguridad jurídica en el ámbito municipal.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 18.1, 103 y 133
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 4.1. 25.2, 27.2, 70, 85.2, 86, 109 y 110.
- Ley 50/1997 (del Gobierno), art. 26.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 70.2 y 80.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 9, 17, 18 y disp. adic. 21.^a.
- Ley 9/2017 (contratos del sector público), arts. 2, 30, 37, 39, 44, 116, 117, 120, 122, 124, 130, 215, 326 y disp. adic. 3.^a
- Real Decreto legislativo 781/1986 (TR del régimen local), art. 97.
- Real Decreto legislativo 2/2015 (TR del Estatuto de los Trabajadores), arts. 15.6 y 44.
- Real Decreto legislativo 5/2015 (TR del Estatuto Básico del Empleado Público), arts. 8 y 70.
- Real Decreto 2568/1986 (Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), arts. 173, 197, 198 y 207.
- STS, Sala de lo Social, de 28 de enero de 2022 (NormaCEF NSJ063582).
- STS, Sala 3.^a, de 16 de julio de 2002.

- STSJ de Castilla y León, de Valladolid, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2011.
- Informe 20/2003, de 20 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.
- Resolución 67/2022, de 28 de enero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2024

DEF.-

Modalidades

El CEF.- Centro de Estudios Financieros convoca, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 34.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad y Sostenibilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 30.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 21.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 10.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación en las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

DEF.-

Dotaciones económicas

Para cada una de las siete modalidades se establece un primer premio y los accésits que los respectivos jurados consideren merecedores de reconocimiento.

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

DEF.-

Lugar y plazo

Los trabajos se presentarán en la secretaría del CEF.- de Madrid: a la atención de Begoña Cob Montes, paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección.

El plazo finaliza el día **3 de mayo de 2024**, a las **20:00 horas**.

DEF.-

Información sobre las bases

<https://www.cef.es/es/bases-premio>

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial - Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación - Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil - Magisterio de Educación Primaria - Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas - Economía - Empresa y Tecnología - Empresas y Actividades Turísticas - Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos - Criminología - Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia - Periodismo - Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos - Educación Inclusiva y Personalizada - Educación y Recursos Digitales - Formación del Profesorado de Educación Secundaria - Gestión Sanitaria - Psicología General Sanitaria - Psicopedagogía - Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario - Auditoría de Cuentas - Dirección Comercial y Marketing - Dirección de Empresas Hoteleras - Dirección de Negocios Internacionales - Dirección Económico-Financiera - Dirección y Administración de Empresas (MBA) - Dirección y Gestión Contable - Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal - Asesoría Fiscal - Asesoría Jurídica de Empresas - Asesoría Jurídico-Laboral - Dirección y Gestión de Recursos Humanos - Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente - Interuniversitario en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario - Práctica de la Abogacía y la Procura - Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe - Enseñanza del Español como Lengua Extranjera - Interuniversitario en Unión Europea y China - Mercado del Arte - Seguridad, Defensa y Geoestrategia



Si necesitas volar,
SOMOS TUS ALAS
Contigo, somos uno.