

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 280 | Mayo 2024

ISSN: 2697-1631

Las operaciones de concentración económica en mercados digitales: ¿un cambio de paradigma respecto a los datos de los usuarios?

Luis Daniel Ruiz Ruiz y Fernando Díez Estella

Las subvenciones públicas en los convulsos años veinte del siglo XXI: ocho aspectos clave para la reflexión

Ana Vázquez Beltrán

Problemas de falta de conformidad del bien y ausencia de información sobre el derecho de desistimiento en compraventa a distancia de consumo

Laura Diéguez Aguilera

CEF.- Oposiciones

Desde 1977 formamos a funcionarios que ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España. Descubre el **#MétodoCEF.-**

¿Te reservamos una plaza?

Preparadores especializados y temarios propios

- ✓ Administración General
- ✓ Administración Local
- ✓ Banco de España
- ✓ Comunidades Autónomas
- ✓ Cuerpos de Informática
- ✓ Empleo y Seguridad Social
- ✓ Ministerio de Hacienda
- ✓ Ministerio de Justicia
- ✓ Ministerio del Interior
- ✓ Unión Europea

Más de **30.000 opositores** aprobados gracias al **método CEF.-**

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 280 | Mayo 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

Las operaciones de concentración económica en mercados digitales: ¿un cambio de paradigma respecto a los datos de los usuarios? 5-36

Economic concentration operations in digital markets: a paradigm shift regarding user data?

Luis Daniel Ruiz Ruiz y Fernando Díez Estella

Constitucional-administrativo

Las subvenciones públicas en los convulsos años veinte del siglo XXI: ocho aspectos clave para la reflexión 37-76

Public subsidies in the turbulent twenties of the 21st century: eight key aspects to reflect upon

Ana Vázquez Beltrán

Comentarios de resoluciones

Civil-mercantil

Posible vulneración del derecho al honor en las expresiones de letrado ante tribunal (Comentario a la STS de 12 de marzo de 2024) 77-82

Casto Páramo de Santiago

Casos prácticos

Civil

| | |
|--|---------|
| Problemas de falta de conformidad del bien y ausencia de información sobre el derecho de desistimiento en compraventa a distancia de consumo | 83-104 |
| Laura Diéguez Aguilera | |
| Competencia territorial en materia de estafas informáticas: la superación de la ubicuidad | 105-108 |
| Adelaida Medrano Aranguren | |
| Custodia compartida y fecha del devengo de pensiones | 109-120 |
| José Ignacio Esquivias Jaramillo | |

Administrativo

| | |
|--|---------|
| Principios de legalidad y tipicidad en el procedimiento sancionador administrativo | 121-144 |
| 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>



Las operaciones de concentración económica en mercados digitales: ¿un cambio de paradigma respecto a los datos de los usuarios?

Luis Daniel Ruiz Ruiz

Opositor al Cuerpo de Abogados del Estado (España)

luisdruiz.99@gmail.com | <https://orcid.org/0009-0000-9756-570X>

Fernando Díez Estella (autor de contacto)

Profesor de Derecho Mercantil.

Universidad Nebrija (España)

fdieze@nebrija.es | <https://orcid.org/0000-0002-5011-0051>

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

La actual regulación comunitaria en el mercado digital, con un especial énfasis en las operaciones de concentración empresarial, está siendo objeto de un intenso debate doctrinal, convirtiéndose en uno de los principales retos regulatorios por parte de la Unión Europea. En un mercado dinámico y cambiante, se precisa una valoración global de cara al valor jurídico y económico de los datos de los usuarios para los operadores económicos. De este modo, si no se concede esta especial importancia a los datos, podemos derivar en posibles vulneraciones de bienes jurídicos protegidos. El tratamiento de los datos de los usuarios por las grandes plataformas digitales no solo puede suponer una vulneración de estos derechos, sino que también pueden derivar en la posición dominante de ciertos operadores económicos. Además, esta posición dominante puede traducirse en una política agresiva de eliminación de nuevos competidores a través de una adquisición temprana de operadores con suficiente innovación disruptiva, provocando una limitación a la libre competencia y coartando los efectos de innovación para el futuro.

Palabras clave: derecho de la competencia; mercados digitales; plataformas digitales; fusión; operación de concentración; datos.

Recibido: 03-05-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Publicado (en avance *online*): 18-04-2024

Cómo citar: Ruiz Ruiz, L. D. y Díez Estella, F. (2024). Las operaciones de concentración económica en mercados digitales: ¿un cambio de paradigma respecto a los datos de los usuarios?. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 280, 5-36. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19023>



Economic concentration operations in digital markets: a paradigm shift regarding user data?

Luis Daniel Ruiz Ruiz

Fernando Díez Estella (corresponding author)

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 current European Union regulation in the digital market, with a special emphasis on business concentrations operations, has obtained one of the greatest doctrinal focus, becoming the main regulatory objective of the European Union. In a dynamic market, where most companies operate, we must have an implemented vision of each legal and economic value of user data for economic operators. Thus, if we do not focus a clear analysis on this importance of data, we can derive in possible violations of protected legal assets, so they can offer to the users of such data products and/or services determined to their needs. The digital market and user data may not only involve a violation of these rights, but may also result in the dominant position of certain economic operators as opposed to their competitors, in addition to the fact that this dominant position may result in an aggressive policy of extermination of new competitors through an early acquisition of operators with sufficient disruptive innovation, causing a limitation to free competition and limiting the effects of innovation for imminent future.

Keywords: competition law; digital markets; digital platforms; merger; M&A operation; data.

Received: 03-05-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Published (online preview): 18-04-2024

Citation: Ruiz Ruiz, L. D. y Díez Estella, F. (2024). Las operaciones de concentración económica en mercados digitales: ¿un cambio de paradigma respecto a los datos de los usuarios?. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 280, 5-36. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19023>



Sumario

1. El marco legal-económico de las concentraciones empresariales
 - 1.1. El régimen normativo sustantivo de control de concentraciones bajo la normativa española
 2. El régimen de control de concentraciones económicas en la Unión Europea y España
 3. El sistema de remisión a la Comisión Europea: especial referencia al artículo 22
 4. Las especificidades del ámbito digital
 5. La creciente importancia de los datos en las operaciones de concentración económica
 6. Las operaciones de concentración económica: especial referencia a las *killer acquisitions*
 - 6.1. Especial referencia a las *killer acquisitions*
 7. Evaluación de distintas operaciones de concentración económica en el seno de la Unión Europea
 - 7.1. Operación Apple/Shazam
 - 7.2. Operación Facebook/WhatsApp
 - 7.3. Operación Google/Fitbit
 8. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. El marco legal-económico de las concentraciones empresariales

La economía digital se encuentra definida como el conjunto de todas aquellas actividades que utilizan internet como un medio esencial para ofrecer productos y servicios. Para poder encuadrar una actividad dentro de la llamada economía digital debemos atender a dos notas características: por un lado, el uso de internet para desarrollo de una actividad eminentemente empresarial; y, por otro lado, la vinculación directa entre el uso de internet y el producto ofrecido por la propia empresa. Ante todo, de esta forma podemos entender que, por ejemplo, los despachos de abogados no son considerados como parte de esta economía digital, en contraposición con lo que sucede con la empresa Amazon, actualmente considerada como una de las principales empresas en la economía digital (Allendesalazar Corcho, 2020).

Existen numerosas definiciones de las plataformas digitales, algunas de las cuales hacen un hincapié en la idea de la intermediación y su existencia de mercado bilateral o multilateral. Evans y Schmalensee las definen como «*a business that operates a physical or virtual place (a platform) to help two or more different groups find each other and interact*» (Evans y Schmalensee, 2016). Sin embargo, otros autores destacan que las plataformas digitales enmarcan unas reglas que regulan aquellas relaciones entre oferentes y demandantes¹.

De igual modo, un informe de la OCDE del año 2019 aborda el concepto de manera contradictoria y cambiante respecto de las anteriores definiciones, al tratar en particular la presencia de las economías de red, del siguiente tenor literal: «*Platforms are facilitators of exchange between different types of consumers that could not otherwise transact with each other; the mediate transactions across different but interdependent user groups subject to network effects*» (OCDE, 2019).

En todas las definiciones se observa que ninguna menciona la utilización de internet, lo cual es una carencia, ya que serán aplicables al modelo de negocio de las empresas actuantes en aquellos mercados bilaterales de la economía tradicional, por ejemplo, la bolsa de valores. Por ello, optamos por una definición que reconozca el papel tan relevante que desempeña internet en este tipo de plataformas, y en las concentraciones empresariales que trataremos

¹ Parker *et al.* (2016) las definen como «*a business based on enabling value-creating interactions between external producers and consumers*».

más adelante, y que supone una característica esencial en este ámbito. Todas las plataformas digitales a las que nos referiremos en el presente trabajo serán empresas donde los datos suponen un punto de partida en cuanto a sus concentraciones, donde se permite la conexión entre oferentes y demandantes y que su actividad genera valor para usuarios de uno de los lados. Por ello, consideramos que la definición ofrecida por la Comisión Europea (2016) (en adelante, CE) es mucho más acertada: «*Online platform refers to an undertaking in two (or multi)-sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups*».

Desde el punto de vista jurídico, las plataformas digitales suelen ser servicios de la sociedad de la información, toda vez que la Directiva 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre, las define como «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios» (Allendesalazar Corcho, 2020). Asimismo, el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, define las «plataformas en línea» como aquellos servicios que cumplen tres requisitos cumulativos: (a) que constituya un servicio de la sociedad de la información; (b) que permitan a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de que se inicien transacciones entre usuarios profesionales y consumidores; y (c) que se presente a usuarios profesionales en el marco de relaciones contractuales entre proveedor de servicios y usuarios profesionales que ofrecen bienes o servicios.

No obstante, el citado Reglamento 2019/1150 solo regula determinados aspectos de estas relaciones entre, por un lado, las plataformas digitales como unos servicios de intermediación y los motores de búsqueda en línea y, por otro lado, los usuarios profesionales que ofrecen aquellos bienes o servicios a los consumidores a través de plataformas digitales, cuya definición, hablando en puridad, se refiere a las plataformas que intermedian entre usuarios profesionales y consumidores (B2C), pero no a aquellas que intermedian entre usuarios profesionales (B2B) o entre consumidores (C2C) (Allendesalazar Corcho, 2020).

En los últimos años se puede observar cómo numerosas autoridades de competencia y expertos han debatido y elaborado informes sobre en qué medida y de qué formas los instrumentos tradicionales del derecho de la competencia² son eficaces frente a la problemática surgida de la economía y las plataformas digitales. A modo ejemplificativo, se puede observar en la compra de Fitbit por Google por valor de 2.100 millones de dólares, anunciada a finales del año 2019, que más adelante se tratará en profundidad (Allendesalazar Corcho, 2020).

² El derecho de la competencia puede ser perfectamente distinguido del derecho de protección de los consumidores Carolina Fernández Bustillo, en su obra *Defensa de la competencia en los mercados digitales*, define el derecho de la competencia como la «protección al buen funcionamiento del mercado», mientras que el derecho de protección de los consumidores se enmarca en proteger, en la esfera de sus derechos en el tráfico jurídico, «a la parte contratante considerada especialmente vulnerable».

Las autoridades de competencia creen que muchas de estas operaciones de concentración se pueden calificar como de *killer acquisitions* y, o bien han conseguido eludir aquellos mecanismos de control por no superar los umbrales de notificación, o bien los actuales criterios de valoración de los efectos de dichas concentraciones han sido insuficientes en su análisis de efectos a medio y largo plazo en el mercado. Se estaría así incurriendo en la política que a lo largo del tiempo las autoridades de competencia *más han tratado de evitar: el under enforcement* (Allendesalazar Corcho, 2020).

A continuación, debemos analizar los procesos de fusiones de dichas plataformas y cuáles son los umbrales de notificación de estas concentraciones. En la normativa española, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles regula las distintas operaciones, donde la que más nos atrae en este sentido es la fusión, regulada en los artículos 22 a 67 de la citada ley. Sin perjuicio de un análisis pormenorizado del procedimiento de fusión, a continuación se ofrecerá un análisis sucinto con los principales hitos del proceso (Juste, 2009, pp. 2-3): (a) los administradores deberán poner a disposición de los socios, en el domicilio social, un informe explicativo y justificativo de aquellos aspectos jurídicos y económicos de la operación, así como de todas aquellas consecuencias que puedan derivarse, un balance cerrado con, al menos, 6 meses a la fecha prevista de la reunión, el informe de los auditores y el proyecto de escritura o estatutos de la sociedad resultante; (b) en cuanto a la tutela de socios, la norma extiende el derecho de separación de aquellos socios que no voten a favor de la operación en todas las modalidades de sociedades, además de que no se hace depender el régimen de responsabilidad según el carácter gravoso para los socios; y (c) la publicación en el BORME y un diario oficial a nivel autonómico o local, reduciendo así el triple anuncio que aparecía en la anterior normativa para las sociedades anónimas.

De este modo, tanto el Reglamento (UE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante, el Reglamento comunitario de concentraciones), como la legislación de la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) contienen unos umbrales para determinar qué operaciones deben ser notificadas, al basarse en el volumen de negocios de las empresas partícipes en la operación (Allendesalazar Corcho, 2020). Con el objeto de maximizar los efectos de red y las economías de escala, el modelo de negocio aplicado por muchas plataformas digitales prima su crecimiento respecto de la rentabilidad en un corto plazo, lo cual es la principal razón de que muchas empresas digitales, aun alcanzando una gran cuota de mercado, no monetizan suficientemente su actividad.

Dicho ello, muchas operaciones de concentración realizadas en los últimos años no han sido objeto de análisis por no alcanzar los umbrales previstos por la normativa, donde la adquirente solía ser una de las conocidas como GAFA³. No obstante, se han encontrado diversas alternativas para la atribución de la competencia prevista en el Reglamento comunitario de concentraciones.

³ El término GAFA es el acrónimo con el que se conoce a Google, Apple, Facebook y Amazon.

El artículo 4.5 del Reglamento comunitario de concentraciones especifica que en caso de que una concentración sin dimensión comunitaria pueda ser susceptible de ser analizada, en virtud de las normas nacionales de la competencia por, al menos, tres de los Estados miembros, quien se encuentre en la obligación de presentar notificación podrá solicitar a la CE que sea ella y no las autoridades nacionales de competencia la que examine la operación. Un ejemplo de este tipo fue la operación Facebook y WhatsApp⁴, o la operación Google y DoubleClick⁵.

El artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones especifica que en el caso de que uno o más Estados Miembros pidan a la CE, en virtud de la «cláusula holandesa», que examine una operación de concentración que ha sido notificada, aunque no tenga una dimensión eminentemente comunitaria, sí puede afectar de manera significativa a la competencia en uno o varios de los Estados miembros. Un ejemplo de este tipo fue la operación Apple y Shazam⁶.

Aun con estas alternativas, algunas de las adquisiciones realizadas por cualesquiera de las empresas GAFa han conseguido escapar del control de concentraciones de la CE como, por ejemplo, la operación Google y Waze, que fue notificada al Reino Unido (antes del Brexit), pero no existía ninguna obligación de notificar ni aprobar dichas operaciones según la normativa de competencia británica.

1.1. El régimen normativo sustantivo de control de concentraciones bajo la normativa española

Entrando en el examen de la normativa de competencia a nivel español, debemos atender al artículo 8 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, la LDC), que, en particular, establece ciertos umbrales mediante los cuales existe una obligación de notificación de aquellas operaciones de concentración de empresas ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). En particular, los umbrales de notificación del artículo 8.1 de la LDC están basados en una cuota igual o superior al 30 % del mercado relevante de producto o servicio y en la superación de una cantidad de negocios global de 240 millones de euros, siempre que individualmente hayan superado en España un volumen de 60 millones de euros.

Dicho ello, podemos apreciar cómo la legislación española establece unos límites con el objetivo de establecer la obligación o no de notificar la operación a la CNMC para que dicamine su aprobación. La obligación de notificar al órgano encargado que, en España, es la CNMC (art. 9.1 LDC) aprecia la obligación de ello y, en caso de haberse notificado, no podrá realizarse la operación hasta que se haya obtenido la autorización (art. 9.2 LDC). Para ello,

⁴ Decisión de la Comisión Europea de 3 de octubre de 2014, asunto M.7217, *Facebook/WhatsApp*.

⁵ Decisión de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2008, asunto M.4731, *Google/DoubleClick*.

⁶ Decisión de la Comisión Europea de 6 de septiembre de 2018, asunto M.8788, *Apple/Shazam*.

el artículo 9.4 de la LDC determina quiénes son los obligados a notificar como, por ejemplo, en caso de una fusión, deberán notificar conjuntamente todas las partes intervinientes.

En el ámbito de control de concentraciones a nivel español, así como a nivel europeo, ha ido sofisticándose y obteniendo un mayor control con el objetivo de evitar unas altas cuotas de mercado que imposibiliten la relación económica entre los competidores.

De este modo, podemos observar cómo en Alemania y en Austria se introdujo en sus respectivas legislaciones nacionales un nuevo umbral en el año 2017, el cual se basa en el valor de las transacciones, que especifica que será en aquel momento en que la empresa adquirida tuviera una presencia sustancial en los mercados «domésticos» de dichos Estados miembros y el valor de la transacción supere los 400 millones en Alemania, o los 200 millones en Austria (Allendesalazar Corcho, 2020). La idea subyacente bajo estos nuevos umbrales, que no se han implementado en ninguna otra legislación nacional de la Unión Europea (UE), se encuentra en que en aquellas operaciones de concentración donde el adquirente paga un precio elevado a pesar de la baja facturación de la empresa adquirida, se presupone que ese precio tan elevado refleja el valor que la adquirente espera a futuro de la empresa adquirida.

En el siguiente epígrafe del presente *paper*, se ofrecerá un análisis pormenorizado del actual régimen normativo en cuanto al análisis de las operaciones de concentración económica.

2. El régimen de control de concentraciones económicas en la Unión Europea y España

El procedimiento de control de concentraciones económicas es un mecanismo de control de aquellas operaciones que supongan una limitación a la libre competencia, teniendo en cuenta las cuotas de mercado y el posible perjuicio al mercado. No obstante, aquellas concentraciones de especial relevancia como, por ejemplo, donde la sociedad absorbente constituye una cuota de mercado elevada que perjudica a la libre competencia de otras empresas sí será objeto de análisis, con el objeto de aprobar o no la misma (Marcos y Sánchez Graells, 2007).

Las principales razones del porqué se ha producido un incremento de las notificaciones de operaciones de concentración empresarial son: (a) la mundialización de la economía y cooperación internacional, mediante el aumento del número de notificaciones, que provoca un aprovechamiento de las economías de escala (Beneyto, 2001); y (b) el cambio legislativo en materia de los umbrales de notificación a nivel estatal y europeo.

En este sentido, la legislación comunitaria ha ofrecido un cambio en cuanto a los umbrales de notificación, como podemos observar en el artículo 1.2 del Reglamento comunitario de concentraciones, los cuales se formulan más adelante. No obstante, el Reglamento comunitario de concentraciones también menciona otro tipo de umbrales, si no se cumplen los ante-

riormente mencionados, por los que también serán objeto de análisis, los cuales son aquellos enunciados en el artículo 1.3 del Reglamento comunitario de concentraciones. Igualmente, podemos apreciar cómo el artículo 14 del Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (DMA) establece la obligación de notificar cualquier operación de concentración cuando las partes o la empresa objeto presten servicios básicos de plataforma u otro tipo de servicios en el sector digital, así como cuando permitan la recopilación de datos.

Sin embargo, en el ámbito nacional, el artículo 7.1 de la LDC define una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas por: (a) la fusión de dos o más empresas independientes; (b) la adquisición de una empresa del control de la totalidad o parte de una o varias empresas; o (c) la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control de una o varias empresas, siempre que estas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma. De este modo, cuando la LDC se refiere a empresa, debe entenderse como un «agente económico» que opera en el mercado mediante la oferta de servicios y productos a los usuarios (Marcos y Sánchez Graells).

El procedimiento se entiende iniciado una vez se presente el formulario, general o abreviado, de notificación de la operación de concentración. A estos efectos, se entiende que existe un proyecto común de la operación en ciertos casos (*i. e.*, en caso de una adquisición de control, desde que los partícipes de esta consienten en realizar dicha operación de concentración a través de la forma del acuerdo). Para ello, la CNMC tiene la potestad de requerir de oficio a los obligados a la notificación en un plazo de 20 días desde la recepción de requerimiento del organismo regulador.

Una vez presentado el formulario, será necesario que se abonen las tasas establecidas en la Ley 3/2012, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que diferirán en relación con el volumen de negocios de las sociedades.

El procedimiento de notificación y análisis dispone de tres fases subsidiarias, las cuales enumeramos a continuación. La primera fase se inicia con la notificación de la operación por las empresas partícipes, entregando los documentos explicativos (*i. e.* copia del contrato existente, entre otros), aunque la CNMC podrá requerir a instancia de parte cualesquiera otros documentos de especial interés para el análisis, lo cual interrumpe el plazo máximo de resolución. De este modo, la CNMC emitirá un informe de análisis con los extremos especificados en el artículo 10.1 de la LDC (*i. e.* estructura de los mercados relevantes, entre otros). La CNMC dispone del plazo máximo de un mes, desde la recepción de la notificación a la CNMC (*ex art.* 36.1 LDC en relación con el art. 57 LDC), y podrá: (a) autorizar la concentración; (b) subordinar la autorización al cumplimiento de ciertos compromisos; (c) acordar la iniciación de la segunda fase del procedimiento, siempre que entiendan que existe un riesgo de restringir la libre competencia; (d) acordar la remisión de la operación a la CE; o (e) acordar el archivo de las actuaciones.

En la segunda fase, será la Dirección de Competencia la encargada de realizar una nota sucinta a efectos de notificación de los participantes (*ex art. 58.1 LDC*). El plazo para resolver es de dos meses a contar desde la fecha en que el Consejo de la CNMC abre la apertura de esta (*art. 36.2, letra b, LDC*). Si la Dirección de Competencia aprecia obstáculos a la libre competencia, notificará un pliego de concreción de hechos a los partícipes para que, en un plazo de 10 días, formulen alegaciones (*art. 58.2 LDC*), así como una posible vista ante el Consejo de la CNMC, con carácter potestativo y a instancia de las partes (*art. 58.3 LDC*). El Consejo de la CNMC resolverá, en el plazo de 2 meses, acerca de la operación, y podrá: (a) autorizar la concentración; (b) subordinar la autorización al cumplimiento de ciertos compromisos; (c) prohibir la operación de concentración; o (d) acordar el archivo de las actuaciones.

La tercera fase está determinada mediante la elevación al Consejo de Ministros, vía el ministro de Economía, siempre que concurren razones de interés general (*i. e.*, interés del mercado y la competencia). El plazo máximo para dictar resolución y la posible elevación del asunto al Consejo de Ministros es de 15 días, a contar desde la recepción de la resolución en segunda fase por el Consejo de la CNMC (*art. 36.3 LDC*). Asimismo, el Consejo de Ministros dispone del plazo de un mes, a contar desde la resolución del ministro de Economía, para confirmar la resolución dictada por la CNMC o acordar la autorización de la concentración, con o sin compromisos (*art. 36.4 LDC en relación con el art. 60.4 LDC*). Por todo ello, existe una última propuesta que no pone fin a la vía administrativa hasta que se resuelva por el Consejo de Ministros acerca de la operación. Si transcurre el plazo de un mes y el Consejo de Ministros no ha adoptado y emitido una resolución, se entiende que la resolución dictada en segunda fase es ejecutiva y, por tanto, se pone fin a la vía administrativa (*art. 60.4 LDC*).

3. El sistema de remisión a la Comisión Europea: especial referencia al artículo 22

A modo de limitación de las operaciones de concentración, encontramos el sistema de ventanilla única (doctrinalmente conocido como *one-stop shop*), mediante el cual ciertas operaciones de concentración deberán ser notificadas a la CE para su análisis. Este sistema de remisión, a efectos del Reglamento comunitario de concentraciones, se determina en función del volumen de negocios de los partícipes en la operación.

De igual modo, el artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones establece que, aun cuando no se alcanzan los umbrales, existen distintos umbrales que también determinan el alcance comunitario de la operación.

Esta remisión del análisis a favor de la CE puede ser realizada de dos maneras: (a) una remisión prenotificación, de modo que aquellas operaciones que en, al menos, tres Estados miembros deban ser analizadas por las autoridades competentes, pueden elevar dicha cuestión a la CE (*art. 4.5 Reglamento comunitario de concentraciones*); y (b) una remisión posnotificación, de modo que los Estados miembros podrán elevar esta cuestión a análisis en dos

casos, por un lado, si la operación amenaza de manera significativa la competencia en el mercado de dichos Estados miembros y, por otro lado, si la operación se realiza a instancias de un mercado definido y afecta a su libre competencia (Engra Moreno y Rodríguez Encinas, 2006).

De igual modo, el Reglamento comunitario de concentraciones permite a otros Estados miembros a adherirse a la solicitud inicial presentada por otro en un plazo de 15 días hábiles, a contar desde que se haya recibido la información por parte de la CE acerca de la solicitud inicial.

El Reglamento comunitario de concentraciones introduce una mayor flexibilidad en la tramitación de los expedientes de operaciones de concentración, de modo que aumenta los plazos iniciales en dos sentidos (Engra Moreno y Rodríguez Encinas, 2006): (a) si los partícipes en la operación de concentración ofrecen compromisos en primera y segunda fase con el objetivo de su aprobación, el plazo se ampliará a 10 días y 15 días en primera y segunda fase, respectivamente; y (b) durante el procedimiento en segunda fase, si es solicitado por los partícipes, o a instancia de la CE con aprobación de los partícipes, se podrá conceder un plazo adicional de 20 días para la pertinente investigación.

Este sistema de remisión no podrá superar los 35 días y los 25 días en primera y segunda fase, respectivamente. De igual modo, el artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones establece el sistema de remisión de los Estados miembros a la CE. En especial, el citado artículo permite que uno o varios Estados miembros soliciten el análisis de la operación a la CE, siempre que afecte al comercio entre Estados miembros y amenace con afectar significativamente a la competencia en el territorio remitente (DOUE, 2021).

4. Las especificidades del ámbito digital

En las operaciones de concentración económica hay un factor a tener en cuenta y que puede ser determinante de cara a la regulación futura, el cual es la especificidad de los mercados digitales y la razón de por qué no debe ser tratado igual que un mercado tradicional de operación de las empresas. En el presente epígrafe haremos un hincapié en el tipo de plataformas en relación con la diversidad de los sectores de operación y los distintos modelos de negocio.

Así, las plataformas digitales, atendiendo a su relación con los usuarios y la influencia en el modelo de negocio, se distinguen entre (Allendesalazar Corcho, 2020): (a) *plataformas transaccionales (matchmakers)*, las cuales actúan únicamente como intermediarias entre dos grupos de usuarios y facilitan la realización de aquellas transacciones que se quieran realizar entre ambos grupos; (b) *plataformas no transaccionales*, las cuales no intermedian en transacciones directas entre grupos de usuarios y, por lo tanto, no obtienen la información de la operación. Este tipo de plataformas se financian mediante la publicidad, vendiendo así a los anunciantes el tiempo de sus espectadores o usuarios (denominado *eyeball*) y, a su vez, los usuarios encuentran aquellos productos o bienes que son de su interés; y (c) *ciertas plataformas que no siguen ninguna de las anteriores características* y, por tanto, es simultá-

neo en cuanto al modelo de negocio como, por ejemplo, la empresa Spotify, que ofrece dos servicios: un servicio gratuito denominado como estándar, donde el usuario paga aceptando las interrupciones de carácter publicitario; y un servicio de pago o de suscripción *premium*, donde el usuario no tiene los emplazamientos publicitarios (Allendesalazar Corcho, 2020).

De otro modo, las plataformas digitales pueden ser analizadas en función del tipo de producto ofrecido y el modelo de negocio de la empresa (Dittricht, 2018). A continuación, se incluye un cuadro de análisis.

| Tipo de plataforma | Modelo de negocio | Ejemplo |
|--|------------------------------|---------------------------------|
| Mercados en línea | Comisiones por transacción | Amazon / eBay / Booking |
| Plataformas colaborativas o de economía compartida | Comisiones por transacción | Uber / Airbnb / Bla-Bla Car |
| Plataformas de colaboración | Publicidad y/o suscripción | Skype / WhatsApp |
| Redes sociales | Publicidad y/o suscripción | Facebook / LinkedIn / Twitter |
| Motores de búsqueda | Publicidad | Google Search / TripAdvisor |
| Agregadores de noticias | Publicidad | Google News |
| Plataformas para compartir música o vídeo | Publicidad y / o suscripción | Spotify / YouTube / Apple Store |
| Tiendas de aplicaciones | Comisiones por transacción | Google Play / Apple Store |
| Sistemas de pago | Comisiones por transacción | Paypal / Apple Pay |

Las características de las plataformas digitales son múltiples. En primer lugar, respecto de los efectos de red positivos, toda vez que se aumenta el número de usuarios. No obstante, no es una característica única de las plataformas digitales, sino que también se puede observar en el sector de las telecomunicaciones, mediante la llamada Ley de Metcalfe, según la cual un valor de red aumenta de manera exponencial con el número de usuarios adscritos al sistema (la llamada formulación n al cuadrado)⁷. Los efectos de red pueden ser: (a) directos, donde la utilización de la plataforma por el grupo de usuarios adscritos aumenta si usan el mismo producto o servicio; o (b) indirectos, donde el aumento de un grupo de usuarios en la plataforma digital entraña y beneficia a todos los demás usuarios del otro lado de la plataforma y viceversa.

En segundo lugar, respecto de los precios asimétricos y las subvenciones cruzadas entre los usuarios, donde se aplica una estructura de precios a cada uno de los grupos de usua-

⁷ Se trata de una formulación inicial sencilla de la Ley de Metcalfe, que ha sido revisada, dando lugar a la consideración de que los usuarios no se dan un valor a sí mismos en el sistema.

rios de la plataforma. En este caso, existe un tipo de estrategia de precio cero, en especial en el ámbito de las redes sociales (*i. e.*, Twitter o Instagram), donde no se cobra a los usuarios por la creación de datos, sino que el beneficio procede del emplazamiento publicitario ofrecido en la propia plataforma. Ello deriva en la posibilidad de beneficiarse de economías de alcance, basadas en la reducción de los costes de producción en caso de que una empresa produzca dos o más bienes de manera conjunta.

En tercer lugar, en relación con la captación y utilización intensiva de datos. De esta forma, las plataformas digitales se diferencian de otros modelos de negocio mediante la afirmación de que los datos suponen el mayor potencial de estas. En este punto, debemos recordar la afirmación realizada por el antiguo directivo de Amazon, del siguiente tenor literal: «*They happen to sell products, but they are a data company*»⁸.

Por último, respecto de la creación de una innovación disruptiva⁹, toda vez que afectan a una determinada industria o modelo de negocio específico que hace un cambio drástico y sin precedentes antes visto, anonimizando los productos o servicios. Ello está interconectado con la tendencia a la competencia *schumpeteriana* por el mercado, toda vez que en el nuevo mercado tecnológico la empresa que obtiene un mayor beneficio automáticamente posee una cuota de mercado significativamente importante con respecto de las demás y, por tanto, mantiene su posición con la posibilidad de eliminar a sus competidoras de forma casi instantánea.

Con respecto a la nueva DMA, se especifica en su artículo 2 (2) que únicamente será aplicable a los denominados «servicios básicos de plataforma»: (a) servicios de intermediación en línea; (b) motores de búsqueda libre; (c) servicios de redes sociales en línea; (d) servicios de plataforma de intercambio de vídeos; (e) servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración; (f) sistemas operativos; (g) navegadores web; (h) asistentes virtuales; (i) servicios de computación en nube; y (j) servicios de publicidad en línea.

5. La creciente importancia de los datos en las operaciones de concentración económica

Si partimos de la definición más sencilla del significado de datos como aquella «información en un formato electrónico que puede ser almacenada y tratada por una computadora con el único objeto de facilitar la toma de decisiones», podemos distinguir en función del tipo de infor-

⁸ J. Thompson, citado por Kelion (2020).

⁹ Para la Comisión Europea, la innovación disruptiva es definida del siguiente tenor literal: «*Disruptive innovation encompasses any innovative concept, product and service that create new markets by applying new sets of rules, values and models which ultimately disrupt and/or overtake existing markets by displacing earlier technologies and alliances*». https://wayback.archive-it.org/12090*/https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/open-disruptive-innovation

mación contenida entre: (a) datos personales; (b) datos no personales; y (c) conjunto de datos mixtos (Allendesalazar Corcho, 2020). No obstante, cuando hablamos de datos, se entiende cualquier representación simbólica (*i. e.*, numérica, alfabética, algorítmica, espacial o cualquier otro tipo) de un atributo o variable cuantitativa o cualitativa (López-Lapuente Gutiérrez, 2021).

Los datos personales son definidos por el artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, el RGPD) del siguiente modo: «toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado) [...]». En contraposición, la definición de dato no personal no aparece reflejada en el RGPD, por lo que su definición debe entenderse, por exclusión, como cualquier dato puramente industrial, financiero o referido exclusivamente a personas jurídicas (López-Lapuente Gutiérrez, 2021).

Asimismo, otra categoría de datos es el dato anonimizado en contraposición con el dato seudonimizado. El dato anonimizado se refiere a aquellos datos que han perdido su capacidad de identificar a una persona física, de modo que las empresas y agentes económicos pueden comenzar la utilización de aquellos¹⁰. En contraposición, los datos seudonimizados se refieren a aquellos que se podrían atribuir a una persona física mediante de utilización de determinada información adicional (*i. e.*, la codificación de una base de datos de clientes de una empresa donde el único dato identificativo es un código numérico que solo conoce la empresa) (López-Lapuente Gutiérrez, 2021).

También es relevante la distinción entre dato y metadato. El metadato se refiere a la información que describe otros datos, es decir, los datos sobre datos, de forma que un activo digital (*i. e.*, una fotografía en formato .jpg) puede generar e incluir en el archivo que lo conserva metadatos relativos a la geolocalización donde se realizó (López-Lapuente Gutiérrez, 2021).

La UE está adoptando abundante normativa en materia de protección de datos, y también nuestro país, como por ejemplo la estrategia «España Digital 2025», presentada en 2021, que incluye 10 ejes estratégicos para la necesidad de «transitar hacia una economía del dato» (López-Lapuente Gutiérrez, 2021). Este enfoque dado desde la UE a la economía y la sociedad digital se fundamenta en tres pilares, que tienen como objetivo que la UE aproveche esta digitalización y dé a sus ciudadanos, empresas y administraciones el control de dicha transformación, las cuales son: (a) la tecnología al servicio de las personas; (b) una economía digital justa y competitiva; y (c) una sociedad abierta, democrática y sostenible.

¹⁰ No obstante, las garantías para que un dato sea anonimizado no son nada corrientes, por ello, la Agencia Española de Protección de Datos ha establecido, en sus *Orientaciones y garantías en los procedimientos de anonimización de datos personales*, que es necesario prever las posibles consecuencias de una eventual reidentificación de las personas que pudiera generar un perjuicio en cuanto a sus derechos, haciendo especial hincapié en que caracteres como el nombre o datos de localización, una vez suprimidos, no hacen automáticamente que el dato sea anonimizado.

La Estrategia Europea de Datos se plasmó en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulado «Una Estrategia Europea de Datos», el 19 de febrero de 2020, que plasma el dato digital como una de las prioridades legislativas de la UE. En dicha comunicación se habló del riesgo de concentración de datos en un número limitado de operadores, por lo que se estableció como un objetivo la creación de un mercado único de datos que permita que estos fluyan libremente por la UE y entre sectores, en beneficio de empresas, investigadores y Administraciones públicas, preservando el elevado nivel de privacidad, protección, seguridad y ética.

6. Las operaciones de concentración económica: especial referencia a las *killer acquisitions*

En el caso de que una concentración económica supere los umbrales establecidos por la normativa europea, deberá ser notificada a la autoridad de competencia competente con el objetivo de que, mediante un previo análisis de la operación concernientes, apruebe o no dicha operación. En este punto, existen distintos puntos de vista, métodos o alternativas, las cuales pasaremos a analizar con ejemplos prácticos.

En primer lugar, respecto del dilema de las autoridades de competencia, que no es exclusivo en el campo del mercado digital, sino que se extiende también a los mercados tradicionales de operación de las empresas. En caso de que se defina el mercado como estrecho, donde cada empresa posee una alta cuota de mercado, debemos reconocer que son competidores directos entre ellos y, por tanto, la operación no define un solapamiento ni disminución de la competencia. Pero si, por el contrario, hablamos de unos mercados íntimamente estrechos y una concentración horizontal, donde las empresas sí son competidoras directas, dicho mercado no solo comprende a las mercantiles operantes, sino a otras competidoras que resultarán afectadas por la operación, donde se producirá una disminución de los indicadores de poder de mercado de las mercantiles y unos efectos de la operación basados en la cuota de mercado y el índice HHI¹¹.

Las operaciones de concentración entre plataformas de carácter digital presentan ciertas características que múltiples autores (Allendesalazar Corcho, 2020) han calificado como retos a la hora de definir sus mercados de referencia, toda vez que, al actuar en mercados bilaterales, ¿cómo deberíamos definir un único mercado que determine ambos lados o aquellos otros que se encuentren íntimamente relacionados? De este modo, debe definirse un único merca-

¹¹ Índice Herfindhal-Hirschman, que se refiere a aquel indicador que permite medir el grado de concentración económica en el mercado, de manera que el delta se trata del indicador de grado de concentración del mercado que directamente deriva de la operación de fusión.

do de carácter intermediador entre ambos lados¹², dado que observamos la indispensabilidad de los productos de ambos lados y cómo se consumen en una proporción de carácter fija como complementos perfectos, pero por usuarios debidamente determinados y diferenciados.

En segundo lugar, encontramos otra dificultad referida a la utilización por numerosas plataformas digitales de las estrategias de precio cero, lo que dificulta que el denominado SSNIP test, que busca únicamente definir los mercados relevantes en función de la elasticidad de la demanda frente al posible incremento del precio pequeño, pueda aplicar dicha teoría en aquellas plataformas que utilicen este tipo de estrategia determinada.

Frente a los anteriores problemas tratados, se ofrecen dos alternativas (Allendesalazar Corcho, 2020): (a) la estimación de la evolución de la demanda si la calidad del producto se degradase en una pequeña porción, pero de tal manera significativa y no transitoria, lo que se denomina como SSNQD test, pero esta alternativa no es lo suficientemente compartida en el ámbito doctrinal, aunque su funcionamiento es interesante, y tal es así que podemos observar cómo Google ha derrocado a otros motores de búsqueda (*i. e.*, Yahoo! o Mozilla Firefox) en atención a la calidad de carácter superior de los algoritmos utilizados y la experiencia y servicios que ofrece a los usuarios; y (b) el SSNIC test, que mide el efecto en el coste para los consumidores de las plataformas digitales. No obstante, el precio que estamos tratando de analizar se mide mediante los siguientes elementos: (a) los datos que el consumidor facilita de manera activa a las plataformas con el ánimo de uso; y (b) la atención que presta la publicidad de la plataforma a los usuarios.

Ambas alternativas adolecen de un claro efecto negativo, por lo que todavía su uso no está muy extendido, ya que imposibilita la definición y la capacidad de medir el incremento pequeño pero significativo en los determinados costes de la plataforma (Mandrescu, 2018). Por ello, las autoridades de competencia han definido los mercados con base en la funcionalidad de los servicios ofrecidos por las empresas. Así, tenemos el ejemplo de la Decisión de la Comisión Europea del 2014 en la concentración entre Facebook y WhatsApp, donde en la primera ya operaban otras dos plataformas, Messenger e Instagram, donde consideró que dichos servicios eran «en todo caso, competidores lejanos»¹³, por lo que procedió a la autorización de la concentración sin compromisos en prima fase.

Además, a la vista de cómo se han producido algunos falsos negativos en el análisis de las operaciones de concentración económica, la CNMC ha establecido ciertas pautas para el criterio sustantivo en su análisis, desglosando el test del SIEC establecido en el artículo 2 del Reglamento 139/2004.

¹² Postura seguida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en su sentencia de 25 de junio de 2018, *Ohio et al. V. American Express Co et. Al.*, y seguido por Evans y Schmalensee (2019).

¹³ Texto original: «*If anything, distant competitors*». Nota de prensa IP/14/1088 de la Comisión Europea al autorizar la concentración entre Facebook y WhatsApp.

Así, el informe Crémer concluyó que el SIEC permite un mejor y más adecuado análisis de las concentraciones de las plataformas digitales, toda vez que una plataforma con una posición dominante en el mercado se beneficia de una manera real y directa de los efectos de red positivos. Además, a partir también del artículo 2.5 del Reglamento comunitario de concentraciones, se establece una referencia y análisis pormenorizado en dos casos concretos de concentraciones entre empresas: (a) si dos o más empresas matrices se mantienen significativamente activas en un mismo mercado que el de la empresa en participación o en un mercado relacionado, ascendente o descendente; o (b) si la coordinación derivada de la creación de la empresa en participación permite a las empresas afectadas eliminar la competencia en cuanto a una parte considerable de los productos o servicios.

Por ejemplo, en nuestro país encontramos que la CNMC ha aprobado sin ningún inconveniente muchas operaciones de concentración económica, toda vez que entendió que no se producía una restricción en la competencia total, pero sí de manera parcial, que no era obstáculo suficiente para su rechazo. Por ejemplo, la adquisición por Easypark del control exclusivo de determinados activos de Ivia (Allendesalazar Corcho, 2020). Ambas empresas actuaban en el mercado de servicios de cobro en áreas de estacionamiento mediante regulación de aplicaciones móviles, donde este mercado es de carácter local, ya que los ayuntamientos son aquellas que proceden a la regulación de los servicios SER. En este caso, la CNMC autorizó la operación de concentración en primera fase y sin compromisos, toda vez que entendió que los usuarios finales podrían cambiar por cualquier otra aplicación distinta de la afectada por la operación de concentración sin ningún coste adicional, y haciendo lo que se denomina *multihoming*, que se trata de una configuración web que afecta a dos *internet service providers* distintas. La CNMC argumentó que la barrera de entrada es de carácter administrativa, en tanto en cuanto se constata por la entrada y autorización de gestión de una SER, y no se produce una restricción técnica o económica en el ámbito de desarrollo de aplicaciones móviles y, por tanto, fue autorizada en primera fase y sin compromisos mediante Resolución de 5 de diciembre de 2019.

Un ejemplo de operación de concentración económica que fue aprobada en primera fase y sin compromisos, al igual que la anterior, pero esta vez en un caso de solapamiento horizontal, fue la adquisición de Apax Partners Llp del control exclusivo de Idealista en el año 2015. Esta operación se aprobó sin condiciones mediante Resolución de la CNMC de 1 de septiembre de 2015, al entender que mediante la compra del 100 % de acciones de Idealista, la expresa Apax controlaría el 91 % del capital social, mientras que el 9 % restante de capital sería propiedad de los fundadores de Idealista. Por ello, la operación fuera aprobada, en virtud del artículo 57.2 a) de la LDC, por lo que quedó fuera de la autorización el pacto de confidencialidad de los vendedores, con efecto similar a un pacto de no competencia, que figuraba en el contrato de compraventa, en el periodo de dos años desde la ejecución de la operación¹⁴.

¹⁴ Resolución de 1 de septiembre de 2015 (Expte. C/0680/15 Apax - Idealista).

6.1. Especial referencia a las *killer acquisitions*

En el actual marco del derecho de la competencia es bastante usual escuchar un determinado tipo de operación de concentración denominado como *killer acquisitions* o «fusiones asesinas», que significa la adquisición de otra con el objetivo de eliminar del mercado su competencia proyectada.

Así, la expresión *killer acquisitions* se refiere a una concentración económica de dos empresas, generalmente la empresa adquirente y la empresa adquirida (a menudo, una *startup* con innovación disruptiva), en la que el objetivo real o presunto del comprador se refiere a la reducción de la potencial competencia que va a tener que hacer frente, y dejando de lado las razones de incremento de eficiencia y capacidad de competir en el mercado (Allendesalazar Corcho). Si bien, una parte de la doctrina considera que el uso del término y acepción de *killer acquisitions* debería usarse en la definición de una concentración económica, siempre que cumpla dos condiciones cumulativas¹⁵: (a) que el adquirente se haga con un competidor potencial que tenga un proyecto de carácter innovador en una fase de incipiente desarrollo, o lo que llamamos como fase inicial de proyectos; y (b) que dicho adquirente ponga fin a este proyecto innovador con el fin de evitar su sustitución en el mercado.

La definición de esta modalidad de operación de concentración supone aquella operación económica donde la empresa adquirente absorbe a la empresa adquirida con el único fin de eliminar la competencia potencial que pueda suponer en el mercado operativo, y desvirtuando el proceso innovador que caracteriza a estos mercados para afianzar su posición dominante.

Este tipo de operaciones de concentración no suele ser objeto de análisis por las autoridades de competencia, toda vez que no supera los umbrales establecidos. Además, no conlleva sustancialmente unas eficiencias específicas al mercado, debido a que su único fin es eliminar potencialmente al futuro competidor. No obstante, ciertos autores han observado (Rafael Allendesalazar Corcho) que, en ciertas ocasiones, este tipo de operación concreta puede conllevar una eficiencia derivada de la reducción de competencia en el mercado.

Un ejemplo de esta eficiencia tratada a través de las *killer acquisitions* puede ser una innovación tecnológica, que solo podrá lograrse en caso de adquirir la empresa con una innovación disruptiva a efectos futuros. Por ello, no se habla de «matar» a la empresa adquirida, sino de «integrar» su innovación en el objeto de la empresa adquirente con el objetivo de potenciar el elemento tecnológico y crear un mayor poder en el mercado (Cunningham *et al.*, 2018, p. 5).

Asimismo, podemos hablar de otro tipo de operaciones que se asemejan a las *killer acquisitions* como, por ejemplo, las *acquirehire acquisitions*, que tienen por objeto principal la con-

¹⁵ Informe Crémer, cita 8.^a, p. 117.

tratación de los empleados de la empresa adquirida por suponer un activo exponencialmente valorable para el afianzamiento en el mercado. Una especial problemática de este tipo de operaciones reside en el desincentivo a la innovación como teoría del daño, contrario a la política que se sigue en la actualidad de fomentar un *innovation space* y una *competition innovation*.

En este sentido, las empresas compiten en el mercado mediante la innovación y emergencia de nuevas tecnologías que ayuden a su consolidación de poder en el mercado (*market position*). Cuando los innovadores son adquiridos por otra empresa, pueden surgir los siguientes problemas: (a) que la innovación disruptiva no llegue a desarrollarse de forma óptima para aquella que fue pensada o, incluso, obsoleta; y (b) que la empresa adquirente pueda no buscar una eficiencia en sus productos o servicios y su único fin sea eliminar la posible competitividad en cuanto a su posicionamiento en el mercado.

Estos nuevos tipos de operaciones pueden observarse en pequeños actores del mercado, es decir, nuevas empresas con una capacidad de innovación latente que podría derrocar a alguna de las llamadas GAFAs, pero que una vez es de notoria atención, son automáticamente absorbidas por cualesquiera de ellas para evitar el riesgo competitivo que suponen. Así pues, se genera un desincentivo a una nueva entrada potencial tecnológica, toda vez que al alcanzar unos estándares que pueden ser considerados como peligrosos para empresas con poder en el mercado, surge la presión de las empresas adquirentes, quienes conforman una confrontación agresiva con el ánimo de su adquisición.

Esta teoría del daño de las *killer acquisitions*, propias específicamente del ámbito digital, es a veces difícil de sistematizar, toda vez que las características de estos mercados son las bajas barreras de entrada y su alto dinamismo, lo que complica el análisis económico y la elaboración de una predicción exacta de los efectos que la concentración causará en el futuro.

Se puede apreciar en un ejemplo práctico (aunque no del ámbito digital) en los Estados Unidos: en el año 2017 la FTC¹⁶ acusó a un laboratorio de una monopolización en el mercado, en el marco de la adquisición de un pequeño competidor potencial. Debemos señalar que, con anterioridad a la entrada de dicho competidor, el laboratorio ya poseía el control absoluto del mercado gracias a un medicamento especial y, una vez apareció este potencial competidor, adquiriéndolo erradicó su potencial competencia a futuro y consolidó su poder de mercado.

En conclusión, como en tantas otras áreas de este derecho, el carácter de potenciales competidores radica en el análisis del mercado, y se precisa examinar si la irrupción de la nueva empresa comprende una innovación tecnológica o una potencial competición en cuanto al marco y posición establecido por la empresa ya instalada y dominante.

¹⁶ La Comisión Federal de Comercio es un organismo de carácter independiente de los Estados Unidos de América que vela por los derechos de los consumidores y la supresión de las prácticas que dañen la libre competencia en el mercado.

7. Evaluación de distintas operaciones de concentración económica en el seno de la Unión Europea

Tras este análisis general del régimen de fusiones bajo la normativa española, el régimen de control de concentraciones en virtud de la LDC, así como el Reglamento comunitario de concentraciones, y el análisis de las especificidades del mercado y ámbito digital, parece evidente la importancia de una evaluación propia y específica de las distintas concentraciones que se han realizado a lo largo del tiempo.

Como referente principal debemos establecer que la operación Apple y Shazam fue el primer momento donde se determinó la importancia del análisis de los datos en el objeto de la operación de concentración y que, a continuación, pasaremos a analizar.

De esta forma, la empresa dominante no actúa como un regulador en el mercado de producto o servicio con el ánimo de limitar la competencia y establecer una posición dominante, que, ambas ideas, son claramente consustanciales a la restricción de la libre competencia (Díez Estella, 2020).

7.1. Operación Apple/Shazam

Como primer eslabón en cuanto a las operaciones de concentración económica, analizaremos la adquisición de la empresa británica Shazam por parte de la empresa estadounidense Apple. Dicha operación fue aprobada por la CE mediante su Decisión de 6 de septiembre de 2018 (case M.8788 – *Apple/Shazam*).

La empresa estadounidense Apple, antes de la adquisición, venía operando en el servicio de *streaming* a través de su plataforma Apple Music, el cual era considerado como el segundo servicio de *streaming* a nivel mundial más utilizado por los usuarios. De otro modo, Shazam no es considerada una aplicación de *streaming*, pero sí que analiza la música reproducida con el ánimo de reconocerla y ofrecerla a los usuarios que hagan uso de su plataforma.

Es importante explicar la principal utilización de Shazam, mediante la cual los usuarios identifican una canción al disponer de la aplicación encendida mientras se reproduce una canción en otro dispositivo, donde el carácter finalizador es ofrecer el título artístico y su autor al usuario con el ánimo de difundir y reproducir la música. Asimismo, Shazam, en el interior de su interfaz operativa, también ofrece a sus usuarios enlaces web a servicios de *streaming*, tales como Apple Music, YouTube o Spotify, de manera que no solo se limita a la difusión de títulos artísticos, sino que ofrece de manera alternativa, vía publicitaria, las plataformas íntegramente relacionadas para poder escuchar aquella música que busca el usuario (Prat y Vila, 2018).

En términos de mercados de referencia de ambas plataformas, de cara al análisis de esta operación, las actividades comerciales más relevantes, para el análisis de la CE, fueron

(DOUE, 2018, p. 2): (a) Apple desarrolla sistemas operativos para diversos dispositivos con el ánimo de que terceros puedan desarrollar aplicaciones y soluciones de *software* al mismo tiempo; (b) Shazam encuadra sus actividades principales en la provisión, con carácter automático, de soluciones de *software* en el reconocimiento de contenido (ACR), que incluye aplicaciones de reconocimiento artístico-musical; (c) Apple presta servicios de distribución de música digital; (d) ambas empresas incluyen en sus actividades, entre otras, la concesión de licencias de los datos musicales; y (e) ambas empresas se dedican a la prestación de servicios de publicidad en línea.

En la Decisión de 6 de septiembre de 2018, la CE definió los mercados de producto y geográfico con base en las siguientes premisas:

- a) Las plataformas de soluciones de *software*. En esta línea, la CE estableció que la empresa Apple se encarga del desarrollo de sistemas operativos en distintos dispositivos, tales en cuanto a desarrollo y solución de aplicación de *software*, por ejemplo, con el reconocimiento musical de la aplicación Shazam, se consagra el término de llegar a los usuarios finales de Apple con el desarrollo y la solución de ofrecer dicho servicio de reconocimiento y reproducción artística. Por ende, la CE consideró que los mercados de productos de referencia eran: (a) soluciones de *software* o plataformas de aplicaciones para PC; (b) soluciones de *software* o plataformas de aplicaciones para dispositivos móviles de carácter inteligente; (c) soluciones de *software* o plataformas de aplicaciones para dispositivos portátiles inteligentes, tales como Apple Watch; (d) soluciones de *software* o plataformas de aplicaciones para relojes inteligentes; y (d) soluciones de *software* o plataformas de aplicaciones para televisores inteligentes (DOUE, 2018).
- b) Los servicios de distribución de música digital, para lo que la CE estableció que los modelos, con carácter predominante, en los servicios de distribución de música digital son la transmisión digital o *streaming* (i. e., Shazam), y la descarga de música (i. e., UTorrent)¹⁷.
- c) Las soluciones de *software* ACR incluyendo aplicaciones de reconocimiento de obras artísticas-musicales. Las soluciones de *software* ACR consisten en una tecnología identificativa de sonido que utiliza el micrófono del dispositivo para reconocer el contenido que está reproduciéndose y, por tanto, ofrecer al usuario el contenido que está buscando (DOUE, 2018).
- d) La concesión de licencias relativas a los datos musicales. En este punto, la aplicación Shazam publica y concede unas licencias a propósito de unas estadísticas elaboradas con carácter previo, teniendo en cuenta los datos de carácter

¹⁷ Decisión de la Comisión de 15 de junio de 2015 en el asunto M.6800-PRRfM/STIM/GEMA/JV, considerando 13 y nota a pie de página número 85.

musical que, indispensablemente, sirve para la identificación de las canciones y artistas que poseen una notoriedad en este campo. A este respecto, la CE dejó abierta esta cuestión, debido a que no pudo ser objeto de análisis, toda vez que si iba dirigido a usuarios profesionalizados en este tipo de búsquedas o si, por el contrario, no había una distinción específica, se ofrecía este consumo a todos aquellos usuarios que utilizaban la plataforma (DOUE, 2018).

- e) La publicidad en línea de la plataforma dejó abierta una cuestión bastante importante, es decir, al tratarse de un mercado debidamente referenciado, no se encontraba una clara posición de si dicha publicidad iba dirigida a los aficionados de la música que utilizaban la aplicación o si, por el contrario, era un servicio destinado a ofrecer servicios complementarios a usuarios polivalentes y que utilizaban la aplicación con maestría.

Aun cuando esta operación no superaba los umbrales de notificación impuestos en el Reglamento comunitario de concentraciones, sí fue objeto de notificación y análisis, debido a que el 6 de febrero de 2018 se confirmó el análisis de la operación a petición de las autoridades de competencia de Austria, Francia, Islandia, Noruega, España y Suecia, en virtud de la aplicación del mecanismo de remisión del artículo 22.1 del Reglamento comunitario de concentraciones, dado que se consideró que la operación sí podía afectar de manera negativa a la competencia en el Espacio Económico Europeo (EEE) (Prat y Vila, 2018).

La operación fue notificada por la empresa adquirente (*i. e.*, Apple) el día 23 de abril de 2019, y a partir de entonces la CE comenzó a la verificación de los siguientes aspectos: (a) si Apple tendría acceso a datos comerciales sensibles sobre clientes de sus competidores que podría utilizar para incentivar de manera activa a que cambiaran al servicio de Apple Music; y (b) si los competidores de la plataforma Apple Music podrían verse perjudicados de alguna manera en caso de que Shazam dejara de redirigir a sus usuarios a otras aplicaciones competidoras de Apple Music y, por tanto, solo redirigiera a dicha plataforma de la adquirente.

Tras seis meses de investigación por la CE, se concluyó que la nueva entidad resultante no tendría ningún tipo de capacidad de excluir a los competidores de Apple en el mercado, entre los que se incluyó la aplicación Spotify o Deezer. Además, la CE señaló, en referencia a la fuente utilizada, que la entidad: (a) no tendría capacidad para excluir a competidores de Apple mediante el acceso a datos comerciales de los clientes; (b) no tendría capacidad para excluir a los competidores de Apple mediante la restricción de acceso a Shazam; y (c) que la integración de ambas no otorgaría una ventaja a la nueva entidad (Prat y Vila, 2018).

Mediante el análisis de esta operación ha quedado probada la importancia de la economía digital y el tratamiento de datos en un mercado innovador, donde las empresas no circunscriben sus operaciones en mercados tradicionales, sino que hacen uso de los datos para ofrecer productos y servicios de forma personal con base en sus necesidades y búsquedas realizadas.

7.2. Operación Facebook/WhatsApp

La segunda operación objeto de análisis en el presente trabajo será la operación de concentración de Facebook y WhatsApp, que, indudablemente, tuvo cierta notoriedad en el ámbito del Derecho de la Competencia. A continuación expondremos una sucinta introducción de ambas plataformas antes de analizar la operación.

Facebook es una red social fundada en el año 2004 por un estudiante de Harvard que buscaba un incentivo económico, sin llegar a imaginar la trascendental importancia que tendría a lo largo del tiempo dicha plataforma. Esta compañía, con sede en Silicon Valley (San Francisco, EE.UU.) cuenta en la actualidad con más de 6.800 empleados y posee más de 1.250 millones de usuarios en activo por mes en todo el mundo. Asimismo, no olvidemos que Facebook fue valorada por un precio de 104.000 millones de dólares en su salida a bolsa en el año 2012 (Jiménez Falcón, 2014, p. 20). Por su parte, WhatsApp es una empresa fundada en el año 2009 en Silicon Valley (San Francisco, EE.UU.), compuesta por 35 empleados y diseñada por 32 ingenieros, dedicada al servicio de mensajería instantánea de dispositivos móviles, de modo que otorga una ratio porcentual de esta línea de actuación en la creación de plataformas digitales (Jiménez Falcón, 2014, p. 20).

Una vez hemos ofrecido esta breve introducción de cada una de las empresas, se debe destacar la importancia de esta operación, toda vez que afectaba a 1.700 millones de usuarios a nivel mundial y que, si no se hubiera requerido su análisis, no hubiera sido objeto de examen, por no superar los umbrales de notificación basados en la facturación de ambas empresas.

En el momento de análisis de la operación existía un único umbral de notificación que, actualmente, dista mucho de la realidad que sigue en internet de ambas empresas, ya que el valor activo de los datos en los mercados de doble cara obliga al análisis de unos modelos de negocio que se encuentran fundamentalmente basados en proporcionar servicios gratuitos a los usuarios a cambio de sus datos (Medina, 2016).

Sin embargo, la aprobación de esta operación en primera fase sorprendió al sector doctrinal del derecho de la competencia, si bien constituía una apertura hacia un debate sobre el nuevo mercado digital, pero que, en palabras del comisario de la Competencia de la UE en aquel momento, Joaquín Almunia, se entiende que dicha operación únicamente generaba *challenging questions* acerca de la definición del mercado en aquellos servicios de comunicación (Visser, 2017, pp. 27-33).

Esta operación supuso un avance en este debate, toda vez que ha movido a gran parte de la doctrina hacia la cuestión de si era necesario un cambio en los umbrales de notificación, más específicamente, en el sector de los mercados digitales.

La operación de Facebook y WhatsApp fue revisada por la CE mediante el sistema de reenvío del Reglamento comunitario de concentraciones, además de estar sujeto a auto-

rización por tres regímenes distintos (*i. e.*, Chipre, España y Reino Unido). Los principales puntos de análisis de esta operación fueron:

- a) La CE concluyó que los consumidores finales que se comunicaban a través de ambas plataformas no se encontrarían perjudicados por la operación. Todo ello, con especial énfasis en la inexistencia de un coste significativo que pueda impedir a los consumidores el cambio entre las distintas plataformas, así como que ambas aplicaciones son fácilmente descargables y no suponen un coste para el usuario. En definitiva, la CE concluyó que ninguna de las plataformas poseía el poder de mercado en el sector de las telecomunicaciones;
- b) La CE concluyó que, en el mercado de la publicidad *online*, ninguna de las plataformas podría verse afectada en virtud de dos teorías del daño introducidas, las cuales se basan en: (a) que la publicidad integrada en WhatsApp fue descartada como anticompetitiva, debido a que existía una falta de incentivo de carácter estratégico para brindar este carácter publicitario¹⁸; y (b) que los datos de WhatsApp tenían una utilidad marginal y, en ningún caso, supondrían una mejora en la capacidad publicitaria de Facebook a sus usuarios;
- c) Se concluyó que, en el mercado de las telecomunicaciones, al existir una barrera de entrada casi inexistente, ninguna de las plataformas tenía un poder de influencia total en este, de forma que un competidor real era capaz de irrumpir en el mercado con tal innovación disruptiva que podría derrocar a cualesquiera consolidados en este mercado.
- d) En relación con los efectos de red directos, la CE basó su fundamentación en la volatilidad del mercado de las telecomunicaciones, de modo que los usuarios pueden obtener múltiples formas de comunicarse mediante el uso de una o varias aplicaciones. En este punto, el principal apunte que me gustaría realizar es que, en la actualidad, los jóvenes no se circunscriben a una sola aplicación, teniendo en su dispositivo múltiples de ellas.
- e) En relación con los efectos de red indirectos, la CE constató que el hecho de que Facebook aumentara su poder de mercado mediante la inclusión de emplazamientos publicitarios en WhatsApp era totalmente insostenible, toda vez que esta opción debería entenderse en un mercado ficticio e irreal donde solo existieran ambas plataformas en el mercado.

En palabras de Enrique Medina (2016), la decisión de autorizar la operación por la CE no consideró la probabilidad de que WhatsApp se convirtiera en una fuente de datos con

¹⁸ Case no. COMP/M.7217 - *Facebook/WhatsApp*, p. 169, que, textualmente, dice: «*WhatsApp does not allow ads because it believes that they would disrupt the experience it wants to deliver to its users*».

suficiente valor para fines publicitarios por dos simples razones: (a) porque la capacidad para hacerlo era dudosa; y (b) la entidad fusionada no tendría incentivos para realizarlo¹⁹.

La CE autorizó la operación entre Facebook y WhatsApp mediante Decisión de 3 de octubre de 2014, en primera fase y sin compromisos. El 25 de agosto de 2016, los aproximadamente 1.000 millones de usuarios de WhatsApp recibieron un mensaje explicativo sobre el cambio de la política de privacidad de la plataforma.

La opinión generalizada es que la CE erró en la creencia de que WhatsApp no se convertiría en una fuente de datos de los usuarios de Facebook, de modo que serían tratados y utilizados de cara a ofrecer unos servicios y productos personalizados a los usuarios. De esta forma, los proveedores de servicios digitales utilizan la información contenida en los datos no solo como un carácter monetizable, sino en muchos más ámbitos (*i. e.*, creación de productos publicitarios o productos de privacidad) (Medina, 2016).

También tenemos constancia de que, en mayo de 2020, el Gobierno argentino obligó a Facebook a la suspensión de la actualización de las condiciones y la política de privacidad de WhatsApp. De este modo, el 15 de mayo de 2020 comenzó la vigencia de la nueva política de privacidad de WhatsApp que, con rotundidad, todos aceptamos sin hacer especial énfasis en su lectura, pero que, en su clausulado, incluía una actualización que implica la «posibilidad de que las empresas hagan uso de Facebook como un proveedor de tecnología [...] en el marco de interacciones o mensajes que mantengan con el usuario de WhatsApp». (Infobae, 2021).

Desde el año 2016, Facebook convirtió WhatsApp en un gran «succionador» de datos personales, con el ánimo de que dicha información recogida pase al resto de empresas de su grupo. Salvo en Europea, donde nuestra normativa impide esta actuación, podemos observar como en otros países (*i. e.*, Argentina o Turquía), sí ha sucedido este fenómeno, donde Facebook utiliza los datos personales de usuarios de WhatsApp, los traspasa a las empresas del grupo y crea una información sensible de cara a ofrecer productos y servicios al usuario.

El mensaje enviado por WhatsApp a sus usuarios para la aceptación de la nueva política de privacidad ha provocado un aluvión de intercambio a plataformas alternativas como Telegram o Signal, que no utilizaban esta política sobre los datos para ofrecer productos o servicios de carácter personalizado a los usuarios²⁰.

¹⁹ Medina textualmente dice: «(i) La capacidad para hacerlo era dudosa; necesitaría cambiar la política de privacidad de WhatsApp y asociar cada perfil de usuario con su correspondiente perfil de Facebook; y (ii) la entidad fusionada no tendría incentivos para hacerlo debido al riesgo de cambio de proveedor de servicios de los usuarios».

²⁰ En palabras de WhatsApp, en su blog titulado «Se extenderá el plazo para nuestra reciente actualización» (2021), se dijo que «ni WhatsApp ni Facebook pueden ver esos mensajes privados. Por esa razón, no mantenemos registros de los contactos a quienes cada persona llama o envía mensajes. Tampoco podemos ver las ubicaciones que compartes ni compartimos tus contactos con Facebook. Con esta actualización, nada de eso cambió».

¿Esta nueva actualización supuso un cambio de paradigma o, básicamente, estamos viendo cómo Facebook y WhatsApp han incumplido sus obligaciones y pueden hundirse en el mercado de mensajería y redes sociales? Para poder responder a esta pregunta debemos esperar más tiempo, ya que no parece que de momento vaya a ocurrir ese fenómeno. No obstante, una apreciación personal parece apuntar a que el cambio de paradigma en el ámbito de los datos personales supondrá un hito jurídico, no solo para las operaciones de concentración empresarial, sino en todo el conjunto del derecho de la competencia y derecho mercantil, íntimamente relacionados.

El incumplimiento en cuanto al uso de información de WhatsApp y su traspaso a la plataforma Facebook ha provocado múltiples demandas legales, lo que a largo plazo puede conllevar a que estas aplicaciones, que desde sus inicios gozan de una clara posición estratégica y potencial en el mercado, vean caer su hegemonía en el sector de las redes sociales.

7.3. Operación Google/Fitbit

Por último, analizaremos la operación de concentración entre Google y Fitbit, aprobada por la CE el 15 de septiembre de 2020. Al igual que en el caso anterior, ofreceremos una breve introducción de ambas plataformas.

Fitbit es una empresa fundada en el año 2007, creada con el objetivo final de generar un mundo que fuera más saludable para las personas mediante la creación de un reloj inteligente para fomentar esta tendencia en la sociedad. Fitbit no solo es una empresa circunscrita al sector de dispositivos inteligentes que miden nuestra salud, que cuenta con un valor añadido, y tal es así que lo proclamó la propia mercantil como la posibilidad de sincronizar con un registro de salud femenina mediante el cual los usuarios pueden conocer el periodo de ovulación, pueden prevenir síntomas en sus próximos periodos e, incluso, planear ciertas actividades diarias (Noticias NEO (2018).

Por ello, Fitbit fue una empresa pionera en el uso de los *wearables* en el mercado, construyendo lo que se denomina como «una comunidad vibrante de más de 29 millones de usuarios en activo mediante la creación de increíbles dispositivos portátiles y experiencias de bienestar inmersivas» (Osterloh, 2021).

Fitbit fue pionero en este sector y creó los relojes inteligentes más avanzados mediante la línea de negocio Fitbit Sense, que cuenta con múltiples herramientas, tales como un manejo del estrés de manera eficiente por el usuario y unas pioneras formas de administrar la salud del corazón. Además, con el último rastreador, denominado Fitbit Inspire 2, incorporó un nuevo diseño y funciones mejoradas a las iniciales como, por ejemplo, un nuevo panel de métricas, que permite al *wearable* rastrear y observar los cambios de variabilidad en la frecuencia cardíaca del usuario (Osterloh, 2021).

Uno de los compromisos realizados por Fitbit se basa en el acceso a las API de Android, de modo que permiten que cierto tipo de dispositivos (*i. e.*, los rastreadores de actividad físicas, entre otros) realicen una interoperación de manera efectiva con los dispositivos inteligentes de Android (Osterloh, 2021).

A través de la Decisión de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2020 podemos observar cómo se establecieron los mercados de referencia a que afectaban la operación, los cuales son: (a) el ámbito de las pulseras electrónicas potencialmente segmentadas; (b) los sistemas operativos como, por ejemplo, la licencia que se poseía para el uso en dispositivos móviles; (c) las tiendas de aplicaciones para una plataforma de un sistema operativo determinado por y para dispositivos móviles inteligentes; (d) los servicios de búsqueda en general; (e) los servicios de publicidad en línea; (f) los servicios tecnológicos de publicidad mediante la prestación de servicios de plataforma SSP; (g) las aplicaciones de salud y de preparación física; (h) los servicios de pagos móviles potencialmente segmentados entre la proximidad o fuera de línea y a distancia o en línea; e (i) la atención sanitaria digital como, por ejemplo, la prestación de servicios en la nube y el análisis de los datos²¹.

La adquisición de Fitbit por parte de Google parte de ciertas premisas. En primer lugar, desde el punto de vista del objetivo a corto plazo se puede observar como Google, a través de dicha operación, se posiciona favorablemente en términos de competitividad en el mercado de los wearables, donde Apple lleva dominando con rotundidad desde sus inicios. Por ello, Google no solo obtiene una nueva posición competitiva, sino que se introduce de forma agresiva y competitivamente inmejorable a muchos de sus competidores (ISDI, 2019).

En segundo lugar, desde un punto de vista de medio plazo, Google adquiere nuevas operaciones de herramientas, dispositivos e información de los usuarios que, a través de los datos ofrecidos por Fitbit, suponen una mejora en el servicio de publicidad (*i. e.*, Google Ads) con capacidades de segmentación para las campañas en sus plataformas, además de ofrecer a sus usuarios productos o servicios personalizados con base en sus búsquedas (ISDI, 2019).

Por último, desde el punto de vista de largo plazo, más allá del reposicionamiento a corto plazo que buscaba Google, y la operación B2C que estamos analizando, Google adquiere un posicionamiento notablemente superior a sus competidores en términos de datos relacionados con Health, Wellness y Fitness (ISDI, 2019).

La CE revisó los distintos efectos de la operación:

- a) En cuanto a los efectos horizontales, la CE concluyó que no había ningún indicio de una posible restricción de la competencia derivado de dichos efectos, toda vez

²¹ Resumen de la Decisión de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2020 por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado interior y el funcionamiento del acuerdo EEE (asunto M.9660 - *Google/Fitbit*).

que las bases de datos y sus consiguientes capacidades de recolección no eran suficientemente altas. No obstante, sí que concluyó que la operación otorgaría a Google el control sobre un activo determinado, es decir, los datos de Fitbit, y que, aunque ambas empresas no operaban en el mismo mercado, ello determinaba que no fueran competidoras reales, aun cuando podría existir una posible restricción de la competencia. En este punto, la Comisión Europea adaptó el enfoque tratado en la operación Apple y Shazam de cara a observar las limitaciones en relación con la combinación de datos de ambas empresas²².

- b) En cuanto a los efectos verticales, la CE analizó la exclusión del acceso a los datos de Fitbit en detrimento de los agentes de atención sanitaria digital, donde las principales preocupaciones se tornaron en cuanto a la compatibilidad de la operación con el propio mercado interior, en consecuencia de la exclusión de insumos de los proveedores de servicios de atención sanitaria digital que se encontraba en derivación de la restricción por parte de la mercantil fusionada del acceso a los proveedores de Web API y el acceso a los datos de usuarios de Fitbit.

La exclusión del acceso a varias aplicaciones de Google en detrimento de los proveedores de pulseras digitales fue concluida por la CE como que dichas aplicaciones instrumentales y accesorias de la plataforma Google no suponen un insumo a las pulseras electrónicas, que no se recabarían datos de los usuarios y que, en caso de que se realizara la operación, no suponía una limitación a la libre competencia en el mercado.

En relación con la exclusión del acceso a Google Play en detrimento de otros proveedores de pulseras digitales y la exclusión del acceso a Google Search, la CE concluyó que el acceso a ambas plataformas no suponía una limitación a la competencia en el mercado para sus competidores.

- c) En esta posición, se introdujo la idea de la posibilidad de que Google aprovechara su nueva posición dominante en el mercado de los *wearable*, de manera que pudiera afectar a la empresas Android OS en el mercado de pulseras electrónicas por las siguientes razones²³: (a) que existe un gran número de clientes habituales de teléfonos inteligentes de Android y dispositivos portátiles compatibles con ellos; (b) que Google controla Android y goza de una posición dominante en el mercado de la distribución de sistemas operativos con licencia para dispositivos móviles inteligentes; (c) que Google ejercer control sobre Android y podría cambiar su

²² Decisión de la Comisión Europea de 6 de septiembre de 2018 en el asunto M.8788 - *Apple/Shazam*, considerandos 225 a 235.

²³ Resumen de la Decisión de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2020 por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE (asunto M.9660 - *Google/Fitbit*), punto 3.3.1, números 37 a 40.

modelo de negocio; y (d) que Google podría evitar los intentos de fabricantes de teléfonos inteligentes originales por Android por eludir una degradación.

- d) En relación con el acceso a información delicada con efectos comerciales, la CE evaluó los efectos de la operación en aras del acceso a la información con carácter delicado con efectos meramente comerciales, debido a que Fitbit permite a los usuarios la conexión de sus datos con terceras plataformas, lo que podría suponer el acceso a información adicional y personal con la que el usuario podría no estar conforme. En este caso, la CE entendió que la entidad fusionada no tenía la capacidad ni el incentivo de impedir esta competencia efectiva de una forma significativa con terceras plataformas como consecuencia del acceso a esta información delicada.

Por estas causas, la operación fue autorizada en segunda fase y con ciertos compromisos, los cuales pasamos a analizar, mediante la Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2020²⁴. Los compromisos adoptados fueron dos:

Ads Commitments

Por este lado, Google se comprometió, durante un plazo de 10 años tras la aprobación de la operación, a: (a) no utilizar los datos de mediciones corporales o datos de ubicación que se encontraran directamente relacionados con la salud o la preparación física para Google Ads; y (b) a garantizar que los bienes auditables separados de los datos de mediciones corporales y datos de ubicación relacionados con la salud o la preparación física de cualquier conjunto de datos dentro de la plataforma Google sean accesibles para su uso por parte de Google Ads. De forma adicional, esta exigencia puede ser extendida por otro plazo adicional de 10 años a expensas de la Decisión de la CE, siempre que se justifique la necesidad de la extensión inicial.

Web API Access Commitment

Mediante este compromiso, Google se comprometió, durante un plazo de 5 años tras la aprobación de la operación, a mantener el acceso a los usuarios de las API, que se encontrará sujeto al consentimiento del usuario y sin cargo por el acceso a datos de mediciones corporales, con diferencias en cuanto a: (a) el cumplimiento continuo por parte de los usuarios de las API de las condiciones de servicio de la plataforma Fitbit, donde Google puede terminar este acceso en caso de incumplimiento de las condiciones aceptadas; y (b) el cumplimiento continuo por parte de los usuarios de las API de los requisitos de privacidad y seguridad, donde Google, al igual que en el anterior caso, puede terminar dicho ac-

²⁴ Decisión de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2020 (case no. COMP/M.9660 - *Google/Fitbit*).

ceso en caso de incumplimiento de estos requisitos, además de poder suspender el acceso temporal en casos razonables y justificados de incumplimiento. Además, este compromiso puede ser extendido por plazo de entre 5 y 10 años adicionales, siempre que se justifique motivadamente su extensión por la CE.

8. Conclusiones

Una vez hemos analizado el nuevo panorama del mercado digital mediante la explicación de operaciones de concentración empresarial, podemos observar cómo los nuevos mercados digitales conforman un entorno autónomo, un auténtico ecosistema digital, donde los datos de los usuarios poseen un valor exponencialmente elevado en relación con la publicidad personalizada ofrecida respecto a servicios o productos por parte de los operadores económicos.

De este modo, el régimen de concentraciones empresariales expuesto en la actual LDC y el Reglamento comunitario de concentración encuentran una conexión directa, que no debe entenderse como una limitación al libre ejercicio de mercado de las empresas, sino como un garante de la seguridad jurídica de las compañías competidoras.

Por otro lado, las operaciones de concentración empresarial (*i. e.*, la operación Facebook y WhatsApp o Apple y Shazam) han sido objeto de análisis doctrinal atento, al haberse tratado de las primeras operaciones donde los datos, un bien intangible que hasta el momento no había sido objeto de análisis, tiene una importancia sustancial a la operatividad empresarial en el mercado y, mucho más importante, en cuanto a la posición dominante de las empresas en sus mercados de referencia.

Ante ello, podemos decir que nos encontramos ante la llamada «gran revolución digital», donde el cambio de paradigma se enfoca hacia un ecosistema donde los datos serán el bien intangible máspreciado de los operados económicos y que, por tanto, estos tratarán de concentrar datos en sus activos como una especie de forma de poder y aumento de sus operaciones empresariales.

Se precisa, por tanto, una regulación restrictiva, a nivel nacional y comunitario, ante operaciones de concentración que tienen una finalidad de «ejecutar» a otros operadores (*i. e.*, *killer acquisitions*), por entrañar una especie de falseamiento en el libre mercado mediante la eliminación de un nuevo competidor, capaz de aportar innovación disruptiva, y que puede destronar a las actuales potencias del mercado digital.

El mercado digital, por tanto, se entiende como un nuevo modelo de negocio integrado en la economía y que, sin olvidar las operaciones de concentración que siguen en funcionamiento en los mercados tradicionales, los nuevos entornos digitales serán la tendencia y deberán coexistir con la anterior forma de operatividad empresarial.

Por último, vivimos en una época donde la digitalización de los negocios hace que nuestros datos sean el activo empresarial más valioso que los operadores económicos reclaman y, por tanto, se precisa una regulación que dé seguridad jurídica a estas cuestiones, ya que los consumidores –os ciudadanos de a pie– nos encontramos en una posición de inferioridad respecto a las empresas, especialmente las gigantes plataformas digitales.

Referencias bibliográficas

- Allendesalazar Corcho, R. (2020). Capítulo 20. Plataformas digitales y big data: retos para el derecho de la competencia; especial referencia al control de concentraciones. *Anuario de Derecho de la Competencia*.
- Beneyto, J. M. (2001). *El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas*. Instituto de Estudios Europeos - Centro de Política de Competencia.
- Comisión Europea. (2016). Public consultation on the regulatory environment for platform, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy.
- Cunningham, C., Ederer, F. y Ma, S. (2018). Killer acquisitions. *Electronical Journal of Political Economy*, 129(3).
- Díez Estella, F. (2020). La regulación de los mercados en la era digital: ¿Quo vadis, Europa? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 229, 5-40.
- Dittricht, P-J. (2018). Online platforms and how to regulate them: an EU overview. Jacques Delhors Institute. Policy paper number 227.
- DOUE (Diario Oficial de la Unión Europea). (2018). Resumen de la Decisión de 6 de septiembre de 2018, por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE (asunto M.8788 - *Apple/Shazam*).
- DOUE. (2021). Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos. C113/01.
- Engra Moreno, J. C. y Rodríguez Encinas, A. (2006). El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea. *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, 61, 108-135.
- Evans, D. y Schmalensee, R. (2016). *Matchmakers*. Harvard Business Review Press.
- Evans, D. y Schmalensee, R. (2019). Anti-trust analysis of platform markets: Why the Supreme Court Got It Right in American Express.
- Infobae. (2021). El Gobierno le ordenó a Facebook que suspensa la actualización de las condiciones de servicio y política de privacidad de WhatsApp. <https://www.infobae.com/tecnologia/2021/05/17/el-gobierno-le-ordeno-a-facebook-que-suspenda-la-actualizacion-de-las-condiciones-de-servicio-y-politica-de-privacidad-de-whatsapp/>
- ISDI. (2019). Análisis de la adquisición de GOOGLE sobre FITBIT. <https://www.isdi.education/es/blog/alumnos-del-mib-analizan-la-adquisicion-de-google-sobre-fitbit101>

- Jiménez Falcón, P. (2014). *Fusiones & Adquisiciones: El caso de Facebook y WhatsApp*. Repositorio de la Universidad Pontificia de Comillas, TMF000156.
- Juste, J. (2009). Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles. Primer resumen de las novedades más destacadas. https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/ley_de_modificaciones_estructurales_de_sociedades_mercantiles.pdf
- Kelion, L. (2020). Why Amazon knows such much about you. BBC. <https://www.bbc.co.uk/news/extra/CLQYZENMBI/amazon-data>
- López-Lapuente Gutiérrez, L. (2021). *Fundamentos del régimen jurídico de los datos digitales*. En E. Valpuesta Gastaminza y J. C. Hernández Peña, *Tratado de derecho digital* (pp. 220-223). Wolters Kluwer.
- Mandrescu, D. (2018). The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies: Considerations for Online Platforms. <https://doi.org/10.21552/core/2018/4/4>
- Marcos, F. y Sánchez Graells, A. (2007). El sistema de control de concentraciones empresariales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia. IE Working Paper (WPE07-14).
- Medina, E. (2016). Facebook/WhatsApp: análisis de competencia en la nueva economía digital. <https://www.telefonica.com/es/tag/politicas-publicas/>
- Noticias NEO. (2018). Wearables para todos. <https://noticiasneo.com/index.php>
- OCDE. (2019). *An introduction to online platforms and their role in the digital transformation*. OCDE Publishing. https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_53e5f593-en#page8
- Osterloh, R. (2021). Google completes Fitbit acquisition. <https://blog.google/products/devices-services/fitbit-acquisition/>
- Parker, G. G., Van Alstyne, M. W. y Choudary, S. P. (2016). *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You*. W. W. Norton & Company.
- Prat, M. y Vila, C. (2018). La CE da luz verde a la compra de Shazam por Apple. Blog Cuatrecasas.
- Valpuesta Gastaminza, E. y Hernández Peña, J. C. (2021). *Tratado de Derecho Digital*. La Ley, Wolters Kluwer.
- Visser, B. (2017). The Facebook: WhatsApp merger case. European Commission's lucky break or proof of impermeable system of merger control. <https://www.doi.org/10.13140/RG.2.2.18429.46561>

Luis Daniel Ruiz Ruiz. Opositor al Cuerpo de Abogados del Estado. Previamente, abogado colegiado ejerciente en el despacho Latham & Watkins, en el área de Corporate-Real Estate. Graduado en Derecho por la Universidad Nebrija y Doble Máster de Acceso a la Abogacía y Derecho de Empresa por la Universidad de Navarra. <https://orcid.org/0009-0000-9756-570X>

Fernando Díez Estella. Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Nebrija. Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE E-3). *Visiting researcher* en Harvard Law School y doctor en Derecho Mercantil por la Universidad Autónoma de Madrid. Acreditación positiva por la ANECA como profesor titular de universidad. Imparte docencia en cursos de posgrado en el Centro de Estudios Garrigues, la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Villanueva. Su labor investigadora se desarrolla en el ámbito del derecho y la economía de la competencia. <https://orcid.org/0000-0002-5011-0051>



Las subvenciones públicas en los convulsos años veinte del siglo XXI: ocho aspectos clave para la reflexión

Ana Vázquez Beltrán

Asesora técnica del Departamento de Hacienda y Administración Pública.

Gobierno de Aragón (España)

avazquez@aragon.es

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 este estudio, se analiza el funcionamiento de la actividad subvencional de las Administraciones públicas españolas para hacer frente a estos turbulentos años veinte del siglo XXI, en los que las subvenciones públicas han adquirido una gran relevancia como consecuencia de la ingente cuantía de fondos públicos que, desde las distintas instituciones y gobiernos, se han puesto a disposición de las Administraciones públicas con la finalidad última de garantizar la recuperación, la transformación y un resiliente resurgimiento del modelo social y económico, tras los embates sufridos en este último cuatrienio.

Por eso, lograr estos ambiciosos objetivos apuntados va a depender, en gran medida, del buen uso que se haga de estas subvenciones públicas, a la vista de que en ellas se han depositado elevadas expectativas para la contribución al bienestar del país.

Ante semejante reto, en este trabajo se propone reflexionar sobre algunos aspectos clave que coadyuvan a optimizar el uso de esta técnica de fomento, porque, como decía Theodore Roosevelt, «*It is hard to fail, but it is worse never to have tried to succeed*».

Palabras clave: Administraciones públicas; políticas públicas; subvenciones públicas; fondos europeos de recuperación; gestión pública; evaluación; principios de eficacia y eficiencia.

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

Cómo citar: Vázquez Beltrán, A. (2024). Las subvenciones públicas en los convulsos años veinte del siglo XXI: ocho aspectos clave para la reflexión. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 280, 37-76. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19153>



Public subsidies in the turbulent twenties of the 21st century: eight key aspects to reflect upon

Ana Vázquez Beltrán

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 this study, the functioning of public funding from Spanish public bodies is analysed to face these turbulent twenties of the 21st century, in which public subsidies have gained greater importance as a result of the enormous amount of public funds made available to public bodies from the different institutions and governments, aimed at ensuring recovery, transformation and a resilient resurgence of the social and economic model, after the onslaught suffered in the last four years.

That is why achieving those ambitious goals will depend, to a large extent, on the good use those public subsidies are put to, regarding the high expectations to their contribution to the country's welfare they have been trusted with.

Facing such a challenge, in this work a reflection on some key aspects contributing to optimise this development technique is suggested, because, as once Theodore Roosevelt put it: «It is hard to fail, but it is worse never to have tried to succeed».

Keywords: public bodies; public policies; public subsidies; EU recovery funds; public management; evaluation; effectiveness and efficiency principles.

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

Citation: Vázquez Beltrán, A. (2024). Las subvenciones públicas en los convulsos años veinte del siglo XXI: ocho aspectos clave para la reflexión. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 280, 37-76. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19153>

Sumario

1. Introducción: el renovado interés de las Administraciones públicas por las subvenciones públicas
 - 1.1. La difícil situación vivida en el último cuatrienio: contexto y modelo de recuperación propuesto por las instituciones
 - 1.2. Las anheladas recuperación, transformación y resiliencia del sistema productivo español a través de las subvenciones públicas
2. Ideas para la reflexión: ¿requiere reformas la práctica subvencional para estar a la altura de los nuevos desafíos?
 - 2.1. Una breve referencia inicial al concepto de subvención pública
 - 2.2. Elementos clave para el adecuado funcionamiento de las subvenciones públicas en estos convulsos años veinte del siglo XXI
 - 2.2.1. La pluralidad de regímenes jurídicos que regulan las subvenciones públicas: un tema aparentemente resuelto
 - 2.2.2. La legislación excepcional fruto de la actual coyuntura: las subvenciones públicas a dos velocidades y el difícil equilibrio entre flexibilidad y control
 - 2.2.3. Las subvenciones públicas como herramienta de gestión: la equívoca naturaleza de los planes estratégicos de subvenciones
 - 2.2.4. La Administración pública competente para establecer las bases reguladoras y las convocatorias de subvenciones: de los conflictos competenciales a la eficacia y eficiencia de la subvención pública
 - 2.2.5. La gestión pública desde el punto de vista de los líderes de la organización: la capacidad requerida a los perfiles directivos de las Administraciones públicas
 - 2.2.6. La gestión pública desde la perspectiva técnica: las capacidades demandadas a las estructuras administrativas de las organizaciones públicas
 - 2.2.7. Las virtudes de la colaboración público-privada: la obligada selección del mejor beneficiario para la subvención
 - 2.2.8. El retorno a la sociedad exigible a las subvenciones públicas: la perentoria necesidad de evaluar la actividad de las Administraciones públicas
3. Breves conclusiones: propuestas de mejora de la actividad subvencional

Referencias bibliográficas

1. Introducción: el renovado interés de las Administraciones públicas por las subvenciones públicas

1.1. La difícil situación vivida en el último cuatrienio: contexto y modelo de recuperación propuesto por las instituciones

No se puede poner en duda que los años veinte del siglo XXI están siendo, cuando menos y por calificarlos suavemente, sorprendentes. Sin poder llegar a compararlos con los años veinte del siglo XX, todavía más turbulentos, parece evidente que este último cuatrienio será digno de profuso análisis en los libros de texto que se estudien en las escuelas dentro de unos años.

Estos acontecimientos acaecidos, entre los que se encuentran una pandemia mundial o el estallido de una guerra en territorio europeo, por poner solo un par de ejemplos paradigmáticos a los efectos de este estudio, han conmocionado a la sociedad desde todas las vertientes imaginables, entre las que, por supuesto, se halla la perspectiva socioeconómica¹.

Como es bien sabido, el impacto tan negativo de estos sucesos sobre la actividad económica y el empleo ha hecho temblar las estructuras y ha puesto en jaque algunos de los más firmes pilares sobre los que se asentaba nuestro país, considerados inmutables por la ciudadanía².

¹ Las consecuencias económicas de la pandemia y de la invasión rusa de Ucrania han sido profusamente analizadas por las principales instituciones nacionales e internacionales de nuestro entorno (la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal –AIReF–, el Banco de España, la Comisión Europea o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos –OCDE–), poniendo de relieve el duro golpe que ha supuesto para las economías. Por situar al lector solo con algunas de las principales magnitudes, debe recordarse que, en el año 2020, tal y como señala la AIReF muy gráficamente en <https://www.airef.es/wp-content/uploads/2021/04/FONDOS-ANDALUC%C3%8DA/Presentacion-CH-seminario-IEHPA.pdf>, el producto interior bruto (PIB) de nuestro país se hundió un 10,8 % (el PIB mundial un 3,1 %), incrementándose el déficit un 11 % y la deuda un 24,5 %. No obstante, a pesar del daño que este decremento del PIB infligió a la economía española, y por no perder la perspectiva, debe recordarse que, en los años veinte del siglo XX, la caída del PIB alcanzó en la Gran Depresión en Estados Unidos el 30,5 %, según se refleja, por ejemplo, en Martín-Aceña Manrique (2011).

² En este sentido, basta recordar cómo se produjo la paralización total de la actividad económica española, e incluso mundial, inimaginable un día antes de la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

Sin embargo, hay que destacar que estas serias dificultades enfrentadas no han acabado con la economía española. De hecho, actualmente, en el año 2024, a punto de finalizar este complicado cuatrienio, España se sitúa en el camino de la recuperación, habiendo terminado el año 2023 con un crecimiento en volumen del PIB del 2,5 %.

Ahora bien, aunque esta reconstrucción está siendo posible gracias a la contribución y a la sensatez que durante este periodo de gran incertidumbre han demostrado las familias y el tejido productivo, en esta ocasión, a diferencia de lo sucedido en crisis anteriores, las instituciones internacionales, europeas, nacionales, autonómicas y locales han sabido reaccionar frente a semejante desafío y han puesto a disposición de la ciudadanía importantes recursos económicos que han colaborado, y siguen haciéndolo, a soslayar el bache vivido.

Esta transferencia de fondos, sin precedentes, y que pretende no dejar a nadie atrás, en los mismos términos que reza la promesa central y transformadora de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)³, proviene, aunque no solo⁴, fundamentalmente de la Unión Europea, que, por primera vez en la historia, ha decidido endeudarse de forma conjunta, con la finalidad de invertir en un futuro común.

Además, la Unión Europea no persigue con las medidas propuestas únicamente la recuperación económica para volver al *statu quo* anterior, sino que, atendiendo a la propia denominación que le ha otorgado al instrumento que ha creado al efecto, *NextGenerationEU*⁵, aspira a ir más allá, sentando las bases de un modelo socioeconómico saneado y sostenible para las generaciones futuras y emprendiendo las transformaciones estructurales que desde hace tiempo se juzgaban necesarias, básicamente las vinculadas a la digitalización de la economía o al control del cambio climático.

Esta inyección de fondos europeos procedentes del programa *NextGenerationEU*, cuyo máximo exponente es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, y otras actuaciones

³ Se trata del compromiso inequívoco de todos los Estados miembros de la ONU de erradicar la pobreza en todas sus formas, poner fin a la discriminación y la exclusión, y reducir las desigualdades y vulnerabilidades que dejan a las personas atrás y socavan el potencial de las personas y de la humanidad en su conjunto.

⁴ También el resto de las Administraciones territoriales, autonómicas y locales han adoptado medidas para paliar los efectos negativos de las crisis sufridas en ese cuatrienio. Igual que lo ha hecho la Administración general del Estado, que se endeudó para financiar medidas destinadas a conseguir una pronta recuperación. Se puede encontrar una compilación de estas medidas adoptadas con este fin en De la Fuente Moreno (2022).

⁵ Aunque no es objeto de este ensayo profundizar en el *NextGenerationEU*, es cierto que este programa adquiere una gran importancia a los efectos de este estudio, puesto que es uno de los principales detonantes para situar en el centro del debate la actividad subvencional, que ya requería, en realidad, muchas de las reflexiones que se van a realizar. Para profundizar sobre estos fondos, se pueden consultar las páginas web creadas al efecto por la Comisión Europea, en https://next-generation-eu.europa.eu/index_en y, en su traslación al ámbito español, por el Gobierno de España, en <https://planderecuperacion.gob.es/>, así como en las sedes electrónicas de todas las Administraciones autonómicas.

complementarias impulsadas y refrendadas por la Comisión Europea y el Banco Central Europeo, también de gran impacto, como las de dejar en suspenso las obligaciones de estabilidad presupuestaria⁶, han permitido que los poderes públicos, a todos los niveles, hayan incentivado las políticas de gasto requeridas para dar una adecuada respuesta a la coyuntura, evitando un hundimiento total de la economía y el empleo.

Además, la Unión Europea le ha asignado a España una parte muy significativa de los recursos previstos en el citado fondo europeo *NextGenerationEU*, de alrededor del 20 %, lo que ha conducido a nuestro país a aprobar un Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR)⁷, en el que se ha llevado a cabo una profunda reflexión sobre cómo se va a aprovechar la oportunidad que se le ha brindado para poner en marcha iniciativas recuperadoras, transformadoras y que doten de una mayor resiliencia al país ante futuras posibles crisis.

Ahora bien, la Unión Europea les ha concedido a los Estados miembros un plazo breve para conseguirlo, que se sitúa en el año 2026, lo que fuerza a enfrentarse a este enorme reto sin dilación.

1.2. Las anheladas recuperación, transformación y resiliencia del sistema productivo español a través de las subvenciones públicas

La meta, como ya se ha señalado en el epígrafe anterior, es la de recuperar, transformar y lograr una Europa y, por ende, una España más resilientes.

No se trata de un propósito sencillo, pero, para lograrlo, las distintas instituciones y gobiernos parecen contar con una conocida herramienta de gestión en la que han depositado elevadas expectativas. Por supuesto, se está haciendo referencia a las subvenciones públicas.

⁶ Se previó que la cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento se desactivara a finales del año 2023, lo que supone la reanudación de recomendaciones específicas por país cuantificadas y diferenciadas en materia de política fiscal. En este sentido, la Comisión Europea dictó unas orientaciones para los países miembros que pueden consultarse en https://economy-finance.ec.europa.eu/document/download/cd3da41e-9b91-4b18-8e88-4dfa5c89d40e_en?filename=COM_2023_141_1_EN_ACT_part1_v4.pdf. A partir de las mismas, el Gobierno de España ha vuelto a aprobar el déficit global para 2024, fijándolo en un 3 %.

⁷ El PRTR se aprobó por el Consejo de Ministros y de Ministras, en su reunión de 27 de abril de 2021, para canalizar los fondos destinados por Europa a reparar los daños provocados inicialmente por la crisis de la COVID-19 a través de un conjunto de reformas e inversiones. Las instituciones europeas, a través del Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la Unión Europea (Ecofin), aprobaron el PRTR español el 13 de julio de 2021. Son muchos los artículos doctrinales que han analizado este plan desde que se produjo su aprobación.

Es evidente que la actividad de fomento no es una actividad administrativa nueva⁸. Por el contrario, el fomento es una de las formas clásicas de actividad administrativa, junto a la de policía y a la de servicio público.

Dentro de esta clasificación tradicional, que responde a los distintos efectos que cada una de estas actividades administrativas puede producir en el ámbito de las libertades y los derechos de la ciudadanía, se define la actividad de fomento como aquella a través de la que las Administraciones públicas incentivan y estimulan, mediante premios, becas, ayudas económicas, subvenciones u otras medidas⁹, el ejercicio de una actividad privada con la finalidad de orientarla a la consecución de determinados fines públicos o de interés general.

Sin embargo, y pese a no tratarse de un modo de actuar novedoso para las Administraciones públicas, las subvenciones públicas despiertan de nuevo un gran interés, al haberles atribuido una función preeminente para la consecución de los objetivos que permitan superar las vicisitudes acontecidas en estos agitados años veinte del siglo XXI.

Las razones que subyacen, para volver a poner el foco en esta expresión de la actividad de fomento, se estima que son de dos tipos.

La primera causa es de tipo cuantitativa, si se toma en consideración que el importe de los recursos económicos que están movilizándose, a través de subvenciones públicas, se ha incrementado notablemente, lo que se percibe de forma clara analizando las cifras previstas en los presupuestos públicos de las distintas Administraciones públicas.

Aunque no se trata de una relación directa, porque están todas las partidas presupuestarias que son, pero no son todas las que están, los capítulos presupuestarios que contienen el gasto público que se va a gestionar a través de subvenciones públicas son los dedicados a las transferencias corrientes y a las transferencias de capital (capítulos IV y VII, respectivamente).

Y estos capítulos se han ampliado de manera sensible en los presupuestos públicos, tanto estatales como autonómicos.

Por ejemplo, la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2023, prorrogados para el año 2024, destina, en la parte relativa a la Administración general del Estado, 123.019.334,68 miles de euros a transferencias corrientes y de capital (capítulos IV y VII) de los 197.144.279,26 miles de euros que suponen el total de

⁸ Ya se reflexiona sobre la actividad de fomento a mitad del siglo pasado en Baena de Alcázar (1957); Jordana de Pozas (1949) o Villar Palasí (1954), por poner solo algunos ejemplos de los autores más significativos.

⁹ Se reflexiona sobre las diferencias entre los términos «fomento» y «subvención» en Fernández Farreres (2009).

las operaciones no financieras para el año 2023, lo que implica un 62,40 % del presupuesto total no financiero¹⁰.

Lo mismo sucede con los presupuestos públicos de las Administraciones autonómicas, que son las Administraciones territoriales gestoras por excelencia y que dedican de promedio más de un 30 % de sus respectivas cuentas públicas a estos capítulos presupuestarios¹¹.

Los principales organismos españoles que estudian las subvenciones públicas, como son la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia¹² o la Intervención General de la Administración del Estado¹³ han puesto también de relieve el notable incremento de la actividad subvencional que se está produciendo estos últimos años.

Si se observan los informes sobre contabilidad nacional que publica trimestralmente el órgano de control de la Administración general del Estado, se puede comprobar que, en la anterior década (2010-2019), se situaba el gasto público dedicado a las subvenciones, de forma bastante estable, alrededor de los 12.000 millones de euros.

No obstante, este último cuatrienio se ha desencadenado un aumento muy significativo del importe dedicado a las subvenciones públicas. Da una idea de este fuerte crecimiento el hecho de que hayan pasado de suponer 12.523 millones de euros en 2019 (el 1,01 % del PIB) a 21.420 millones en 2020 (el 1,91 % del PIB), 18.397 millones de euros en 2021 (el 1,52 % del PIB), 26.770 millones de euros en 2022 (el 2,02 % del PIB) y 20.447,44 millones de euros en 2023 (el 1,69 % del PIB).

El segundo de los motivos que contribuye a este renovado interés que se siente por la actividad subvencional se fundamenta en que se le está pidiendo, en el actual contexto, que favorezca la recuperación de la economía, transforme el modelo productivo y convierta a España en un país más resiliente.

¹⁰ Estas cifras deberían ser matizadas, porque incluyen también las transferencias a las comunidades autónomas y a las entidades locales, pero sirve para dar una idea de la relevancia que adquieren dichos capítulos en el presupuesto público estatal.

¹¹ Un 34,12 % en el caso de Aragón, tal y como se desprende de la Ley 17/2023, de 22 de diciembre, de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2024; un 35,98 % en La Rioja, con base en lo establecido en la Ley 12/2023, de 28 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2024; o un 44,77 % en Navarra, según se infiere de la Ley foral 2/2024, de 13 de marzo, de presupuestos generales de Navarra para el año 2024, por poner solo algunos ejemplos de presupuestos públicos autonómicos.

¹² De especial interés a los efectos de este estudio son los informes sobre ayudas públicas de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, disponibles en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/ayudas-publicas>

¹³ Se pueden consultar los importes dedicados a subvenciones públicas en los informes de la Intervención General de la Administración del Estado disponibles en <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Contabilidad/ContabilidadNacional/Publicaciones/Paginas/itnofinancierasAAPP.aspx>

A través de esta actividad administrativa, se persigue ahora, por tanto, el interés general prácticamente en su completitud, agotando casi la totalidad de las actividades de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública que el sistema económico y social español requiere para recuperarse, transformarse y ser resiliente a los cambios que ya se han producido y que puedan avecinarse en el futuro.

Quizá la responsabilidad sea excesiva, pero es ineludible intentarlo, para lo que debe analizarse el funcionamiento de esta técnica de fomento, pasando a la acción para reorientarla, si fuera preciso, en la búsqueda de su perfeccionamiento.

2. Ideas para la reflexión: ¿requiere reformas la práctica subvencional para estar a la altura de los nuevos desafíos?

2.1. Una breve referencia inicial al concepto de subvención pública

A la vista de la situación descrita en las líneas precedentes, surge inmediatamente la pregunta, incluso la preocupación, de si las subvenciones públicas van a estar a la altura del desafío al que se enfrentan, lo que obliga a ahondar sobre las posibilidades que abre esta técnica de fomento en el actual contexto socioeconómico.

Sin ánimo de agotar la materia, que se encuentra profusamente examinada por la mejor doctrina española en numerosos tratados y ensayos, conviene recordar en este punto, sucintamente, qué es una subvención y cuáles son sus principales rasgos distintivos.

La «acción de fomento» se puede describir como una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate. Se podría definir como la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general sin usar de la coacción ni crear servicios públicos¹⁴.

E incardinada dentro de la actividad de fomento se halla la actividad subvencional, porque, a pesar de la tensión que ha existido tradicionalmente entre ambos conceptos jurídicos, la primera comprende a la segunda.

¹⁴ Esta es la definición más consagrada, dada por Jordana de Pozas (1949, p. 46.), uno de los pioneros en el estudio de esta actividad administrativa.

En este sentido, las subvenciones públicas se han venido considerando la expresión por antonomasia de la técnica de fomento de las Administraciones públicas, a las que, además, se ha circunscrito el marco regulatorio diseñado por la legislación básica relativo a las subvenciones públicas, como se expondrá brevemente con posterioridad.

Por eso, estas líneas van a centrarse en las subvenciones públicas en sentido estricto¹⁵, es decir, en toda disposición dineraria realizada por las Administraciones públicas, a favor de personas públicas o privadas, que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.
- b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.
- c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

La definición legal de subvención está clara. Ahora conviene verificar si se derivan problemas de su aplicación práctica.

2.2. Elementos clave para el adecuado funcionamiento de las subvenciones públicas en estos convulsos años veinte del siglo XXI

Después de estas pinceladas de carácter introductorio, deben analizarse, por fin, algunos aspectos decisivos en la configuración de las subvenciones públicas que repercuten en la práctica subvencional de las Administraciones públicas, pudiendo llegar incluso a lastrar su potencial.

En este sentido, debe advertirse que, por ejemplo, los fondos europeos *NextGenerationEU*, a los que ya se ha hecho alusión con anterioridad, se han transferido del presupuesto público estatal a los distintos presupuestos públicos autonómicos y locales, convirtiendo también a estas Administraciones públicas en ejecutoras de los mismos.

Por todo ello, las conclusiones que se extraigan a continuación son aplicables a todas las Administraciones públicas territoriales que puedan conceder subvenciones públicas,

¹⁵ Tal y como se recoge en el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones.

porque los obstáculos que afronten, con independencia de que no todas se encuentren en idéntica tesitura, serán coincidentes, pudiendo divergir solo ligeramente.

2.2.1. La pluralidad de regímenes jurídicos que regulan las subvenciones públicas: un tema aparentemente resuelto

Las subvenciones públicas se enmarcan, como ya se ha mencionado, en el ámbito de las actuaciones de la Administración pública que, tal y como señala literalmente el artículo 103 de la Constitución española, sirve «con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

Por tanto, la primera cuestión que hay que examinar para conocer si es posible mejorar el funcionamiento de la actividad de fomento es la de valorar la adecuación de su marco jurídico y confirmar si la normativa vigente en relación con las subvenciones públicas permite hacer frente a los retos descritos.

A este respecto, debe indicarse que esta técnica de fomento cuenta, desde hace ya dos décadas, con una ley específica, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, que se erige en el marco regulatorio básico en materia de subvenciones públicas.

Con esta norma legal de general aplicación, como disponía su exposición de motivos, se pretendía dotar a esta destacada actividad administrativa de un régimen jurídico propio y específico que permitiera superar las insuficiencias de la regulación dispersa a la que venía a sustituir y contemplara instrumentos y procedimientos que aseguraran una adecuada gestión y un eficaz control de las subvenciones públicas¹⁶.

Añadía la parte expositiva que, con la aprobación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, se perseguía identificar los elementos nucleares, generales y fundamentales del régimen jurídico de las subvenciones públicas, lo que parecía lógico, teniendo en cuenta que se trataba de una herramienta de gestión a la que acudían recurrentemente todas las Administraciones públicas.

¹⁶ Ya en el año 1993, el Tribunal de Cuentas destacó la necesidad de que las subvenciones contaran con un marco regulatorio específico, por tratarse de una actividad administrativa a la que se le asociaba un importante gasto público. Sin embargo, y a pesar de que la nueva norma de rango legal se aprobó una década después y supuso un enorme hito, los informes que se emitieron por el Tribunal de Cuentas en los años posteriores a su aprobación continuaron poniendo de manifiesto la existencia de deficiencias e incumplimientos en la concesión de las subvenciones públicas y en su seguimiento y control, lo que conduce a pensar que la existencia de una norma de rango legal que aborde la actividad subvencional es condición necesaria, pero no suficiente para garantizar una correcta gestión de las subvenciones públicas.

De este modo, por afectar a la totalidad de las Administraciones públicas, se concibió como un instrumento legislativo de intervención administrativa general, proponiendo para todas ellas un tratamiento homogéneo.

Esta opción del legislador no fue bien recibida por todas las Administraciones públicas autonómicas, algunas de las cuales interpusieron incluso recursos de inconstitucionalidad contra la norma¹⁷.

Sin embargo, con el paso de los años, las Administraciones autonómicas, como se detallará más adelante, se han ido adaptando a este régimen jurídico, aceptando el marco básico y previendo especialidades propias cuando lo han considerado conveniente, dentro de las competencias de autoorganización que les han asignado sus respectivos estatutos de autonomía.

De hecho, todas las comunidades autónomas, excepto Andalucía, Asturias, Canarias y La Rioja, que lo han hecho a través de una norma de rango reglamentario, han aprobado una norma de rango legal que ordena las subvenciones públicas en su respectivo ámbito territorial¹⁸. Además, todas esas normas de rango legal, excepto las de Castilla-La Mancha, Cataluña y Madrid, son posteriores a la aprobación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

Estas normas autonómicas han establecido singularidades en algunas facetas procedimentales que, respetando el marco básico, han permitido adaptar la regulación de esta herramienta de gestión a las peculiaridades identificadas de sus respectivas Administraciones públicas.

¹⁷ En particular, tanto el Gobierno de Aragón como el Parlamento de Cataluña impugnaron la ley ante el Tribunal Constitucional en sendos recursos resueltos por las sentencias del Tribunal Constitucional del año 2013 (SSTC 130/2013, de 4 de junio, y 135/2013, de 6 de junio, respectivamente).

¹⁸ Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de concesión de subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía; Decreto legislativo 2/2023, de 3 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de subvenciones de Aragón; Decreto 71/1992, de 29 de octubre, por el que se regula el régimen general de subvenciones del Principado de Asturias; Decreto legislativo 2/2005, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de subvenciones de Illes Balears; Decreto 36/2009, de 31 de marzo, por el que se establece el régimen general de subvenciones de la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 10/2006, de 17 de julio, de subvenciones de Cantabria; Ley 5/2008, de 25 de septiembre, de subvenciones de la Comunidad de Castilla y León; Decreto legislativo 1/2002, de 19 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de hacienda de Castilla-La Mancha; Decreto legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña; Ley 6/2011, de 23 de marzo, de subvenciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones de Galicia; Decreto 14/2006, de 16 de febrero, regulador del régimen jurídico de las subvenciones en el sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; Ley 2/1995, de 8 de marzo, de subvenciones de la Comunidad de Madrid; Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ley foral 11/2005, de 9 de noviembre, de subvenciones (Navarra); Ley 20/2023, de 21 de diciembre, reguladora del régimen de subvenciones (País Vasco); Ley 1/2015, de 6 de febrero, de la Generalitat, de hacienda pública, del sector público instrumental y de subvenciones (Comunidad Valenciana).

De modo que, sin entrar a valorar en este punto la extralimitación que en su momento se atribuyó desde algunos sectores a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre¹⁹, actualmente, el sistema competencial parece bien resuelto desde el punto de vista del marco legal, sin que tenga que recurrirse apenas a los principios que resuelven la concurrencia de instrumentos normativos: el principio de jerarquía, el principio de competencia, el principio cronológico y el principio de especialidad²⁰.

Probablemente, esta pacificación de las relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos responde también al similar impacto que supone la aplicación de un marco jurídico u otro. Al fin y al cabo, estas normas de rango legal normalizan la arquitectura de la práctica subvencional, que presentan solo ligeras disimilitudes, sin que incidan en la esencia de las subvenciones públicas que, en realidad, concierne a la concreta política pública que se quiere fomentar.

Por último, resta reflexionar sobre el impacto de la legislación comunitaria sobre las subvenciones públicas financiadas por fondos europeos. Para estos supuestos, rige el principio de primacía del derecho de la Unión Europea, como indica el artículo 6 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, que expresamente señala que «Las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea se regirán por las normas comunitarias aplicables en cada caso y por las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquellas».

En definitiva, la identificación del régimen jurídico aplicable en función de cuál es la Administración pública promotora y con base en la financiación europea de las subvenciones públicas se halla aclarada.

No obstante, la duda que se plantea en este momento es otra y hace referencia a si una norma legal pensada para el contexto socioeconómico de hace dos décadas va a responder acertadamente a los desafíos surgidos en este último cuatrienio del siglo XXI.

2.2.2. La legislación excepcional fruto de la actual coyuntura: las subvenciones públicas a dos velocidades y el difícil equilibrio entre flexibilidad y control

Y la respuesta a este interrogante formulado parece responderse de forma negativa, a la vista de que se ha procedido a aprobar un régimen jurídico de carácter excepcional para el ámbito de las subvenciones públicas promovidas por las distintas Administraciones públicas y financiadas por fondos europeos, especialmente, por los vinculados al ya mencionado Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

¹⁹ Muy crítico con la norma de rango legal y con la interpretación constitucional de esta es Amerych Cano (2013).

²⁰ Referente en esta materia es la monografía de Santamaría Pastor (2004).

Así se infiere del análisis del Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del PRTR, que dispone, en los artículos 37 a 48, especialidades en materia de gestión y control presupuestario y en la tramitación de procedimientos, y en los artículos 60 a 65, iniciativas de agilización para las subvenciones financiadas con recursos europeos.

Estos preceptos que afectan a las subvenciones públicas han sido además declarados básicos²¹.

Debe subrayarse, asimismo, que quizá por referirse a dimensiones procedimentales de poca entidad o como consecuencia de encontrarse inmersas en las actuales difíciles circunstancias, no ha existido, que se conozca, una gran contestación autonómica cuestionando la regulación.

Lo que sí han hecho las comunidades autónomas, en esta misma dirección, y como receptoras de los fondos europeos, ha sido aprobar sus respectivas normativas de carácter excepcional²², en las que han tratado de flexibilizar aquellos elementos de sus propios pro-

²¹ No en todos los casos parece acertado haberlos declarado básicos, si se tiene en cuenta el contenido de dichos preceptos. Como muestra, cabe destacar el artículo 60.1 del citado Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, que hace referencia a una autorización del Consejo de Ministros y de Ministras de imposible aplicación en el ámbito autonómico.

²² La normas de rango legal aprobadas por las distintas comunidades autónomas (con excepción de Cantabria y el País Vasco) son el Decreto-Ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía; el Decreto-Ley 2/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas urgentes y extraordinarias para agilizar la gestión de los fondos procedentes del instrumento europeo de recuperación (*Next Generation EU*-MRR) para la reactivación económica y social de la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 4/2021, de 1 de diciembre, de medidas administrativas urgentes (Asturias); la Ley 4/2021, de 17 de diciembre, de medidas extraordinarias y urgentes para ejecutar las actuaciones y los proyectos que deben financiarse con fondos europeos en el marco del PRTR (Balears); la Ley 4/2021, de 2 de agosto, para la agilización administrativa y la planificación, gestión y control de los fondos procedentes del instrumento europeo de recuperación denominado «*Next Generation EU*», en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, y el Decreto-Ley 5/2022, de 28 de abril, de medidas urgentes para la agilización administrativa y la planificación, gestión y control de los fondos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación denominado «*Next Generation EU*», en el ámbito de la Agencia Tributaria canaria; la Ley 1/2021, de 22 de febrero, de medidas tributarias, financieras y administrativas (Castilla y León); la Ley 4/2021, de 25 de junio, de medidas urgentes de agilización y simplificación de procedimientos para la gestión y ejecución de los Fondos Europeos de Recuperación (Castilla-La Mancha); el Decreto-Ley 5/2021, de 2 de febrero, por el que se aprueban medidas urgentes para la implementación y gestión de los fondos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y del fondo REACT-EU para la Administración de la Generalidad de Cataluña y su sector público; el Decreto-Ley 3/2021, de 3 de marzo, de medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del PRTR (Extremadura); el Decreto

cedimientos subvencionales que han estimado que podían comprometer el éxito de esta técnica de fomento.

Por último, en cuanto al marco normativo de carácter excepcional diseñado, debe indicarse que, aunque no obligatoriamente en virtud de las mismas razones, también la Unión Europea ha remodelado su regulación jurídica estableciendo un nuevo marco adaptado a la presente coyuntura. En particular, desde el punto de vista presupuestario, como ya se ha apuntado *ut supra*, se han flexibilizado temporalmente los objetivos de déficit y endeudamiento vigentes y, desde la perspectiva jurídica, se han modificado las reglas comunitarias aplicables a las ayudas de Estado²³.

En definitiva, como puede comprobarse, las reglas de determinación de la norma aplicable a cada subvención pública responden a la misma mecánica descrita en el epígrafe anterior y, por tanto, no parece que sea complicado identificar el régimen jurídico que aplicar, tampoco respecto de la legislación aprobada con carácter extraordinario, para estos enloquecidos años veinte del siglo XXI.

Sin embargo, las dudas que surgen en relación con esta regulación excepcional en materia subvencional son de otra índole, tal y como va a exponerse a continuación.

Si se analiza el contenido de estas normas aprobadas para reorientar algunos aspectos del régimen jurídico de las subvenciones públicas, se extrae rápidamente la conclusión de que estas reformas responden a la preocupación que existe por parte de las Administraciones públicas de no poder llegar a tiempo para poner en marcha las medidas exigidas, a los efectos que interesan en este estudio, a través de subvenciones públicas, para la recuperación, transformación y resiliencia de nuestro país.

39/2021, de 8 de junio, por el que se aprueban medidas para la ejecución del PRTR y del Plan de Transformación de La Rioja; la Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia; la Ley 4/2021, de 23 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad de Madrid para 2022; el Decreto-Ley 6/2021, de 2 de septiembre, de medidas urgentes de impulso de la Administración regional para la gestión de los fondos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación (*Next Generation EU*) para la Reactivación Económica y Social de la Región de Murcia; el Decreto-Ley foral 4/2021, de 14 de abril, por el que se aprueban medidas urgentes para la gestión y ejecución de las actuaciones financiables con fondos europeos provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación; y el Decreto-Ley 6/2021, de 1 de abril, del Consell, de medidas urgentes en materia económico-administrativa para la ejecución de actuaciones financiadas por instrumentos europeos para apoyar la recuperación de la crisis consecuencia de la COVID-19 (Comunidad Valenciana).

²³ En particular, son importantes en este cuatrienio el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, y el Reglamento (UE) 2021/785 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, por el que se establece el Programa de la Unión de Lucha contra el Fraude y por el que se deroga el Reglamento (UE) 250/2014, y los marcos temporales de referencia aprobados con ocasión tanto de la COVID-19 como de la crisis energética.

Esta inquietud no proviene solo de una intuición o temor infundado, por el contrario, se fundamenta en la tradicional baja ejecución de los fondos europeos de cohesión que se le ha atribuido a España²⁴.

Probablemente esta sea la razón por la que, a la vista de la importante cuantía pública asignada y del corto periodo de tiempo dado para desplegar las actuaciones que implementar, se ha optado por revisar los distintos marcos jurídicos aplicables a las subvenciones públicas para agilizar y flexibilizar algunos requisitos y obligaciones previstas en la normativa general.

Eso sí, estos cambios legislativos conducen a realizar los siguientes cuestionamientos.

En primer lugar, si la necesidad de atemperar algunos trámites puede mermar los mecanismos de control de los recursos públicos, que deberían, *a sensu contrario*, reforzarse sobre la base de los mismos motivos que animan a facilitar los procedimientos: el enorme importe de gasto público puesto a disposición de las Administraciones públicas para ser gestionado en un breve periodo de tiempo.

Por eso, los beneficios que pueden imputarse a unos cambios legislativos que conducen a la flexibilización de los procedimientos de gestión pueden convertirse en perjuicios si se merman excesivamente los controles, especialmente, los jurídicos y los económico-presupuestarios²⁵.

Ahora bien, puede suceder también lo contrario y que, después de testarse las disposiciones excepcionales implantadas, se alcance la convicción de que estas reformas pensadas para acelerar el despliegue de las subvenciones públicas financiadas con fondos europeos han funcionado, sin menoscabar otros aspectos igualmente prioritarios relativos a una buena gestión de los fondos públicos.

De ser así, lo pertinente sería trasladar estas modificaciones inmediatamente al marco general que regula las subvenciones²⁶ porque, de no ser así, se podría inferir la alarmante

²⁴ Se pueden consultar estos datos de ejecución, por país, por periodo y por fondo en <https://cohesiondata.ec.europa.eu/funds/14-20>

²⁵ En esta misma dirección se pronuncia el Consejo de Estado en su Dictamen 783/2020, de 21 de diciembre, sobre el proyecto de Real Decreto-Ley por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del PRTR, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2020-783>. En este sentido, es fundamental, por ejemplo, que todos los expedientes se sometan al trámite de fiscalización previa. Podría llegar a ser preocupante que los gestores o incluso los propios órganos de control consideraran más operativo prescindir del trámite de fiscalización, por tratarse de expedientes de especial dificultad, que además requieren de una especial premura en su análisis. No hay que olvidar que la labor de fiscalización es la mejor garantía para el órgano que concede la subvención pública.

²⁶ Además, como las actuaciones flexibilizadoras no han sido idénticas, como se infiere de la multiplicidad de normas aprobadas, por ejemplo, por las comunidades autónomas, enumeradas en la nota a pie 22 de este mismo trabajo, deberían analizarse todas y generalizarse las que mejores resultados hayan conseguido.

idea de que existen subvenciones públicas de primera categoría, las financiadas con fondos europeos para lograr la recuperación, la transformación y la resiliencia de nuestro país, y de segunda categoría, es decir, el resto²⁷.

Hay que evitar que se produzca esa situación y, en todo caso, argumentar que la prioridad de las subvenciones públicas que se financian con fondos europeos no trae causa del origen de la financiación, sino del fin anhelado.

De modo que, si se han hecho bien los deberes y los proyectos financiados por la Unión Europea, a través del programa *NextGenerationEU*, son los que en mayor medida pueden contribuir a la recuperación, transformación y resiliencia del país²⁸, resulta lógico que se prioricen, con base en su conveniencia y, por supuesto, a su pretendido efecto tractor.

2.2.3. Las subvenciones públicas como herramienta de gestión: la equívoca naturaleza de los planes estratégicos de subvenciones

En los epígrafes precedentes se ha transcrito el concepto de «subvención pública» contenida en la legislación vigente en materia de subvenciones. Sin embargo, lo que solo se ha indicado de soslayo hasta ahora y parece imprescindible remarcar, en este punto, es que las subvenciones son herramientas de gestión a disposición de las distintas Administraciones públicas²⁹.

Esta afirmación, a primera vista quizá intrascendente por obvia, no lo es tanto, porque de ella se deriva, sin minusvalorar su importancia, que las subvenciones públicas, siempre y en todo caso, se encuentran supeditadas a las políticas públicas a las que sirven, no

²⁷ Jiménez Asensio (2020) decía en la entrada de su blog *La mirada institucional* (cerrado en este año 2024) que el Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre:

Todo lo más dibuja, en el caso de que tenga éxito, una Administración Pública a dos velocidades: por un lado, la Administración Pública que gestiona fondos europeos, pequeña en su tamaño, más flexible, aparentemente más moderna, con planes estratégicos, estructuras de proyecto y evaluación de objetivos y resultados colectivos e individuales; por otro, la Administración Pública convencional o tradicional, paquidérmica, mastodóntica, rígida y con lentitud exasperante en su gestión, que sigue siendo la absolutamente dominante en número y ámbitos de gestión. Habrá que ver si es capaz el pez pequeño de imponer sus reglas o, como suele suceder, termina siendo devorado por el pez grande, cuya voracidad es infinita y su capacidad de resistencia aparentemente eterna.

²⁸ Aunque, como ya se ha señalado, no es el objeto directo de este estudio, el PRTR se articula con base en 4 ejes, 10 palancas, 31 componentes, 111 reformas y 142 inversiones, que contienen numerosos proyectos trascendentales para los distintos territorios.

²⁹ Que se trata de un medio ya se señaló desde el inicio por Jordana de Pozas (1949, p. 42) cuando escribió que:

Para lograr la satisfacción de las necesidades generales (frase equivalente a la del buen orden de la cosa pública) se utilizan una gran variedad de medios, que pueden agruparse en cuatro grupos o modos: legislación, policía, fomento y servicio público.

siendo adecuadas o erróneas en sí mismas, sino en función de la finalidad que persigan y el uso que se haga de las mismas.

Por tanto, la recuperación, transformación y resiliencia a las que se aspira no se van a producir gracias a las subvenciones públicas, sino como consecuencia de las políticas públicas que se fomenten a través de dichas subvenciones públicas.

Esta cuestión merece especial atención por la confusión que pueden haber generado los planes estratégicos de subvenciones, tal y como han sido concebidos.

La necesidad de que las Administraciones públicas, para conceder subvenciones públicas, deban concretar en un plan, con carácter previo, algunos de los elementos clave de las mismas, se trata de un acierto y contribuye a cumplir con uno de los principios que deben respetar, en su actuación y relaciones con terceros, las Administraciones públicas, como es el principio de «planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas»³⁰.

En este sentido se pronuncia el artículo 8 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, cuando anuncia que los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán detallar en un plan estratégico de subvenciones «los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria».

Por contra, con lo que no se está tan de acuerdo de esta previsión es con que este documento de planificación que se promueve tenga carácter estratégico, porque, si las subvenciones públicas son solo una herramienta de gestión, no son estratégicas en sí mismas, sino solo en relación con las políticas públicas que impelen.

Por eso, aunque muchos autores proponen un reforzamiento del papel del plan estratégico de subvenciones³¹ y abogan por exigir su evaluación³², en todo caso, con carácter previo al impulso de estas dos destacadas acciones sugeridas, los planes estratégicos de subvenciones deberían ser objeto de una reorientación y revisión de su naturaleza que los

³⁰ Recogido en el artículo 1 g) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

³¹ Sobre la importancia de los planes estratégicos de subvenciones, léanse, por ejemplo, las conclusiones de Díaz González (2023, p. 424).

³² La evaluación de los planes estratégicos deberá centrarse, en buena medida, porque así lo señala la norma legal, en los aspectos relacionados con los costes previsibles y sus fuentes de financiación, es decir, en cuestiones que atañen a la eficiencia de las mismas. Sirvan de ejemplo sobre este aspecto las reflexiones de Vida Fernández (2023, pp. 478-479).

transformara en planes operativos de subvenciones³³ o, en su caso, en planes de uso estratégico de las subvenciones³⁴.

De este modo, quedaría mucho más nítida la separación entre los aspectos estratégicos, que se situarían en el ámbito de las políticas públicas, y los meramente operativos o de gestión, en los que se incardinarían las subvenciones públicas.

En todo caso, lo que se considera cierto y sí se comparte por completo es que ambos planos, el estratégico y el operativo, deberían planificarse y evaluarse³⁵, tal y como con posterioridad se tendrá oportunidad de señalar.

2.2.4. La Administración pública competente para establecer las bases reguladoras y las convocatorias de subvenciones: de los conflictos competenciales a la eficacia y eficiencia de la subvención pública

Tras abordarse en los anteriores epígrafes el marco jurídico general y excepcional, fruto de la actual coyuntura, de las subvenciones públicas, así como la necesidad de que se prevean en un plan algunos aspectos clave de las mismas, fundamentalmente de carácter económico, antes de su puesta en marcha, la reflexión prosigue naturalmente en este punto hacia la siguiente fase de interés en el devenir de una subvención pública, que no es otra que la de la aprobación de las bases reguladoras y las convocatorias públicas, que son los documentos que van a aquilatar sus rasgos esenciales.

Sucintamente, conviene recordar, en este momento, que las «bases reguladoras», en ausencia de concepto legal de las mismas, pueden definirse como el documento capital, en la gestión de una subvención pública, en el que se recogen sus propiedades en función de un contenido mínimo³⁶ que precisa nítidamente sus contornos.

³³ En este sentido se manifiesta la AIReF en su *spending review* dedicado a la evaluación de estrategia y procedimiento de subvenciones que puede consultarse en: https://www.airef.es/wp-content/uploads/2019/06/documentos-sr-prottegidos/01_Proyecto_01.pdf

³⁴ Como ha hecho, por ejemplo, Aragón, aprobando, en relación con la contratación pública, la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

³⁵ Entre otras muchas razones que se tratarán más adelante, porque la evaluación se configura en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, como un elemento esencial, si se atiende a la exposición de motivos, cuando indica que:

La ley establece un sistema de seguimiento a través del control y evaluación de objetivos, que debe permitir que aquellas líneas de subvenciones que no alcancen el nivel de consecución de objetivos deseado o que resulte adecuado al nivel de recursos invertidos puedan ser modificadas o sustituidas por otras más eficaces y eficientes, o, en su caso, eliminadas.

³⁶ Se establece el contenido mínimo de las bases reguladoras en el artículo 17.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, que, además, añade que las letras c), f), h), i), j), k), l), m) y n) del apartado 3 del artículo 17 son normativa básica.

De esta manera, las subvenciones públicas no pueden existir, en ningún caso, sin bases reguladoras, que son las normas que dotan de seguridad jurídica a todos los sujetos que intervienen en el buen fin de la subvención.

Y serán, por tanto, las bases reguladoras las que decidan cuestiones tan significativas dentro del diseño de la subvención pública como la selección de unos beneficiarios u otros o la cuantificación del importe con el que se subvencionará la contribución de dichos beneficiarios a la consecución de la utilidad pública o el interés social que se promueva desde las Administraciones públicas a través de dichas subvenciones públicas.

Por consiguiente, y aunque las bases reguladoras tienen naturaleza reglamentaria³⁷ y no legal, son, en realidad, respetando dicho marco legal en materia subvencional, las que verdaderamente fijan el régimen jurídico singular de una determinada línea de subvenciones públicas.

Asimismo, dando un paso más y siempre atendiendo a lo previsto en las bases reguladoras, las convocatorias, ya solo como meros actos administrativos, completan y detallan este régimen jurídico particular aplicable a cada subvención pública estableciendo definitivamente todos los elementos relativos al objeto, los beneficiarios, los requisitos, las obligaciones, las cuantías y cualquier otra característica de la subvención pública que deba conocerse³⁸.

Ahora bien, en relación con estos instrumentos normativos subordinados a la ley, pero que ostentan el auténtico poder para definir una subvención pública, pudiendo llegar a condicionar su éxito o su fracaso, pueden surgir algunos problemas de distinta naturaleza, como los que se exponen a continuación.

A) Los conflictos positivos de competencias

El primero de estos inconvenientes es el relativo al de la distribución competencial de las subvenciones públicas que, a pesar de no ser un tema nuevo³⁹, podría haber resurgido con fuerza tras las medidas adoptadas en este último y tempestuoso cuatrienio.

³⁷ Véanse, en este sentido, sobre la naturaleza jurídica de las bases generales, las últimas consideraciones del Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de septiembre de 2022.

³⁸ Algunas normas autonómicas también especifican cuál tiene que ser el contenido mínimo de las convocatorias de subvenciones públicas. Véanse, como ejemplos, el artículo 166 de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de hacienda pública, del sector público instrumental y de subvenciones (Comunidad Valenciana), o el artículo 20 de texto refundido de la Ley de subvenciones de Aragón, aprobado por el Decreto legislativo 2/2023, de 3 de mayo, del Gobierno de Aragón.

³⁹ Por el contrario, se trata de un asunto que viene de lejos y, en consecuencia, sobre el que se ha reflexionado mucho por la doctrina administrativista. Pueden consultarse prácticamente todas las perspectivas de este intrincado tema en Calonge Velázquez (2023); Fernández Farreres (1993); o en Palomar Olmeda (2018).

Por todos es sabido que el Estado y las comunidades autónomas tienen atribuidas diversas competencias por los artículos 148 y 149 de la Constitución española y que, además, el Estado tiene asignadas constitucionalmente facultades exclusivas en materias transversales de gran calado, entre las que resulta paradigmática, por ejemplo, la referida a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, recogida en el artículo 149.1.13.^a del texto constitucional⁴⁰.

Y claro, en un contexto de crisis como el descrito⁴¹, de tanta confusión, podría haber existido la tentación por parte de las Administraciones públicas de tratar de dar respuesta a las necesidades de la ciudadanía en virtud de estas competencias de carácter general o interpretando el reparto competencial llevado a cabo por la Constitución de forma laxa.

Al fin y al cabo, al Estado, en este último cuatrienio, se le ha exigido un liderazgo fuerte para hacer frente a la coyuntura, al mismo tiempo que ha adquirido relevantes compromisos, por ejemplo, con la Unión Europea, en relación con los fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia.

Sin embargo, estas circunstancias no pueden servir de fundamento para desmontar todo un entramado competencial que ha costado tantos años construir y sobre el que se han alcanzado importantes consensos y, por eso, estas competencias de carácter general no pueden desvirtuar el reparto competencial que la Carta Magna previó entre el Estado y las comunidades autónomas, como tampoco pueden entenderse adjudicadas automáticamente competencias o comprometer las ajenas con base en una pretendida capacidad de gasto omnímoda por parte del Estado⁴².

Desde luego, se trata de un dilema jurídico de gran trascendencia. Las disputas relativas a la delimitación competencial han formado parte de una tensión permanente entre el Esta-

⁴⁰ No solo este apartado ha servido de base al Estado para atribuirse competencias, sino que ha encontrado también esta habilitación para actuar en otros apartados de este listado de competencias exclusivas del Estado como, por ejemplo, los recogidos en el artículo 149.1.11.^a (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 3), 149.1.14.^a (STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 1), 149.1.23.^a (STC 201/1988, de 27 de octubre, FJ 2), 149.1.25.^a y 149.1.27.^a (SSTC 64/1989, de 6 de abril, FJ 3, y 189/1989, de 16 noviembre, FJ 2) y 149.1.30.^a (STC 84/1983, de 24 de octubre, FJ 2).

⁴¹ Los momentos de crisis son propicios para intensificar los movimientos recentralizadores. Es lo que sucedió, asimismo, con motivo de la crisis financiera que estalló entre los años 2007 y 2008. Basta analizar las pretensiones de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, o la propuesta de reforma de las Administraciones públicas planteada por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, publicada en junio de 2013, para vislumbrar el indisimulado espíritu recentralizador que subyacía también en aquella adversa coyuntura.

⁴² Fernández Farreres (1999, p. 169) fue ya muy crítico con esta interpretación extensiva del poder de gasto del Estado que propuso el Tribunal Constitucional (STC 13/1992, de 6 de febrero), que, en su opinión, resultaba contraria a los intereses autonómicos, puesto que, como sugirió, «sin necesidad de contar con título competencial, el Estado de hecho decide la orientación última de la propia política autonómica».

do y las comunidades autónomas y de ahí que exista una doctrina constitucional consolidada⁴³ sobre esta cuestión que trata de delimitar cuáles son las posibilidades de actuación de cada una de las Administraciones públicas, estatal y autonómicas, en materia subvencional.

Y por erigirse las bases reguladoras y después las convocatorias en los instrumentos que realmente condicionan las subvenciones públicas, muchos de los conflictos positivos de competencias presentados ante el Tribunal Constitucional se han apoyado en la posible invasión competencial por parte de las mismas⁴⁴.

Lo que puede ocurrir a partir de ahora, en un momento en el que la Administración general del Estado ha regulado, en el marco del PRTR, bases reguladoras e incluso convocatorias de subvenciones en asuntos como el transporte, la vivienda, la acción social, el turismo o el deporte, que son competencias exclusivas autonómicas contempladas en todos los estatutos de autonomía, es la incógnita que se plantea.

Quizá la gravedad de la situación sufrida reduzca la litigiosidad que estas decisiones estatales hubieran generado otrora en las comunidades autónomas, que han reivindicado constantemente su derecho a dictar sus propias bases reguladoras y convocatorias en materias de su competencia⁴⁵.

B) La eficacia y la eficiencia de la subvención

Por otro lado, no solo es relevante qué Administración pública es la que dicta las bases reguladoras y las convocatorias de las subvenciones públicas desde el punto de vista de

⁴³ Esta doctrina fue fijada fundamentalmente por la STC 13/1992, de 6 de febrero, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad 542/1988 y 573/1989 (acumulados), promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña en relación con las Leyes 33/1987, de 23 de diciembre, y 37/1988, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1988 y 1989, respectivamente.

⁴⁴ Por todas, la STC 20/2023, de 23 de marzo, como la más reciente publicada en el Boletín Oficial del Estado, que resuelve un conflicto positivo de competencias.

⁴⁵ Tal y como puede constatarse de la información proporcionada por el Boletín Oficial del Estado, a pesar del aumento, ya señalado reiteradamente en estas líneas, de la actividad subvencional de todas las Administraciones públicas, solo se han planteado seis conflictos positivos de competencias en estos locos años veinte del siglo XXI. Además, ninguno de los seis conflictos se presenta contra unas bases reguladoras o una convocatoria de subvenciones (el único relacionado, aunque tangencialmente, con las subvenciones públicas es el conflicto positivo de competencia número 3464-2023, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en relación con la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el PRTR). Frente a estos datos que indican el notable descenso de la litigiosidad entre Administraciones públicas en materia de subvenciones públicas, se contraponen los datos del año 2013, paradigmático en este aspecto, de los que se deduce que, de las 36 sentencias que dictó el Tribunal Constitucional en ese año sobre conflictos positivos de competencias, en 13 de ellas el objeto fueron bases reguladoras o convocatorias de subvenciones.

las relaciones competenciales, sino que también lo es desde la perspectiva de la eficacia y eficiencia requeridas a las mismas.

Este segundo problema es de carácter más práctico porque, si, como ya se ha adelantado, a través de las bases reguladoras y después de las convocatorias se decide qué se hace y cómo se hace y se parte de la base de que las políticas públicas sufragadas con fondos europeos van a ocupar la mayor parte de la agenda política durante la vigencia de los mismos, las Administraciones públicas autonómicas, a las que se les ha trasladado una parte muy sustancial de la gestión de estos recursos para poner en marcha los compromisos adquiridos, van a ver supeditadas sus actuaciones, al menos, hasta el año 2026.

Y esto puede suscitar algunos inconvenientes desde la óptica de la eficacia y la eficiencia exigibles a dichas políticas públicas.

Más aún, si se tiene en cuenta que esta financiación europea para la recuperación, transformación y resiliencia no puede sustituir a otros fondos europeos o nacionales ya preexistentes, sino que se ha ideado para complementarlos, puesto que, para cumplir con sus ambiciosos objetivos, se torna indispensable inyectar cuantías económicas adicionales al sistema.

En este sentido, al pretenderse con estos fondos la recuperación de la economía al mismo tiempo que el impulso de las transformaciones pendientes, puede suceder que las Administraciones públicas autonómicas tuvieran ya en marcha medidas coincidentes con las que ahora se propugnan como vitales.

En el caso de que esto fuera así, unas políticas públicas podrían interferir con otras y ocasionar efectos indeseados como la saturación del mercado en algunos sectores, con la consiguiente pérdida de eficacia y de eficiencia de la acción pública.

Asimismo, una política pública concebida de forma excesivamente alejada de un territorio podría no responder a las necesidades de sus destinatarios y devenir, en ese caso las subvenciones públicas puestas en marcha, ineficaces para la ciudadanía de aquel.

No hay que olvidar que optar por un modelo de Estado autonómico responde a una concepción específica de Estado en la que se prioriza la adaptación de las respuestas de las Administraciones públicas a las concretas circunstancias de los territorios en los que despliegan sus iniciativas por su mayor conocimiento y cercanía.

Además, la pérdida de eficacia y de eficiencia puede concernir no solo a la finalidad buscada por la subvención pública, sino que puede producirse, del mismo modo, en la fase de implementación.

De hecho, la tramitación por parte de una Administración pública autonómica de procedimientos subvencionales a partir de criterios fijados de modo centralizado puede conllevar también desventajas e impactar negativamente en las comunidades autónomas en términos de coste económico y social para la ciudadanía de dichas comunidades autónomas.

Y es que, cuando se diseñan unas bases reguladoras y las subsiguientes convocatorias, todos los elementos que configuran la subvención pública deben estar definidos. No pueden estar solo apuntados, porque, cuando los órganos que proyectan las subvenciones públicas son distintos a los que las aplican, encontrándose distantes, se pueden originar divergencias interpretativas que generen desigualdad territorial e inseguridad jurídica.

Este problema ha surgido, por ejemplo, en la gobernanza propuesta para las ayudas reguladas por el Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19.

Estas subvenciones públicas, aunque no se financiaban por fondos europeos, fueron promovidas por el Estado para coadyuvar a la recuperación de las negativas consecuencias provocadas por la pandemia.

El marco jurídico se desarrolló a través del mencionado Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo, con base, entre algunas otras, en la aludida competencia exclusiva estatal de establecimiento de las bases y la coordinación de la política económica general recogida en el artículo 149.1.13.^a de la Constitución española, transfiriendo los recursos económicos necesarios a las comunidades autónomas con la consigna de que procedieran a desplegar dicha línea de subvenciones públicas.

Este marco referido quedó solo condicionado por algunos aspectos que se introdujeron en la norma estatal, dejando a las Administraciones autonómicas la difícil tarea de exégesis de muchas otras cuestiones, lo que condujo a soluciones distintas para un mismo supuesto de hecho.

Unas reglas hermenéuticas comunes para configurar dichas subvenciones públicas nunca fueron facilitadas a las Administraciones autonómicas que, sin embargo, debieron ceñirse al acatamiento de determinados requisitos fijados de forma centralizada, dando lugar a cierta litigiosidad e incrementando sensiblemente los costes de gestión de las distintas Administraciones públicas.

Actualmente, estas Administraciones autonómicas, que se encuentran acometiendo las tareas de control y seguimiento de estas subvenciones públicas, se hallan a expensas de que su función interpretativa haya sido la correcta y, de no ser así, deberán asumir el impacto de las posibles sentencias judiciales estimatorias.

2.2.5. La gestión pública desde el punto de vista de los líderes de la organización: la capacidad requerida a los perfiles directivos de las Administraciones públicas

Si, hasta este momento, el énfasis de estas ideas para la reflexión sobre la práctica subvencional en estos críticos años veinte del siglo XXI se ha puesto en las normas y do-

cumentos que dotan a las subvenciones públicas de un marco regulatorio, es decir, en la capacidad regulatoria⁴⁶ de nuestro sistema subvencional, en las siguientes líneas el foco se traslada a los sujetos que intervienen en la gestión de las subvenciones públicas, que son también cruciales para el cumplimiento de la finalidad de las mismas y que se corresponden con las dos partes de la relación del empleo público, empleador y empleado.

Estos agentes que intervienen en el despliegue de las subvenciones, influyendo en el éxito o el fracaso de la política pública que incentivan desde la dimensión pública, pertenecen, por tanto, a dos niveles: el político, que interesa a los líderes de la organización, y el administrativo, que incumbe al personal técnico de la Administración pública de que se trate.

En realidad, en el seno de nuestras Administraciones públicas, la separación entre estos dos ámbitos no es, en la práctica, completamente nítida y existen zonas grises en las que conviven ambos.

Además, probablemente, resulta más conveniente que sea así. Al fin y al cabo, un gestor público excelente no debería perder de vista ninguno de los dos enfoques, integrando en su gestión la política y la administración.

Esta conjunción de los dos niveles de gestión conduciría, asimismo, a soslayar el axioma que en ocasiones se ha esgrimido de que la voluntad política puede convertirse en papel mojado si no existen estructuras administrativas que la llevan a la práctica y viceversa, es decir, que, sin líderes que promuevan adecuadas políticas públicas, la mera administración de la *res publica* no es suficiente para acometer las reformas transformadoras indispensables.

Por eso, y a pesar de que se pueden entender las razones que se aducen, no se comparte la teoría que sostienen algunos autores de que los gestores públicos que lideran las organizaciones públicas deben renunciar a seleccionar determinados proyectos, por ejemplo, los vinculados a estos fondos europeos para la recuperación, la transformación y la resiliencia de nuestro país, cuando crean que no se van a poder implementar fácilmente como consecuencia de una débil estructura administrativa⁴⁷.

En ningún caso puede aceptarse resignadamente que proyectos de calidad que sumen y contribuyan a generar un efecto tractor y transformador para nuestro país se rechacen por esta causa.

Por el contrario, es responsabilidad, precisamente de un buen líder, buscar las herramientas imprescindibles para revertir esa situación, exigiendo compromiso y competencia a las estructuras administrativas.

⁴⁶ Para profundizar sobre las clasificaciones que se proponen para medir la capacidad de nuestro país para absorber los fondos europeos puede consultarse Ares Castro-Conde (2022).

⁴⁷ De esta opinión es Hidalgo Pérez (2020).

Por ende, si una unidad administrativa no está preparada para asumir un reto, se tendrán que adoptar las soluciones necesarias para que lo esté, formando, motivando, coordinando y reordenando a las personas para que consigan los objetivos establecidos⁴⁸.

Sin embargo, el rol de líder en las Administraciones públicas se encuentra amenazado en virtud de las peculiaridades de las organizaciones públicas, al menos, por los dos siguientes argumentos.

En primer lugar, por la dificultad de abstraerse de las filias y las fobias propias del enfrentamiento político. El gestor público responde a un programa político en el que, por supuesto, subyace una ideología. No obstante, esta circunstancia debe resultar compatible con priorizar, en todo momento, la satisfacción de los requerimientos de la ciudadanía.

Por todo ello, en las Administraciones públicas debe presidir siempre la lealtad institucional⁴⁹, que se va a convertir en un elemento cardinal, por ejemplo, para lograr la recuperación, la transformación y la resiliencia de nuestro país que, por su configuración como Estado descentralizado, requiere de la participación de varias Administraciones públicas, con distinto programa político.

En segundo lugar, porque los líderes que despliegan las políticas públicas no pueden equipararse con empresarios al uso.

Por el contrario, en muchas ocasiones, la posición de las personas titulares de los órganos superiores y directivos dentro de las Administraciones públicas se encuentra bastante debilitada para adoptar ciertas decisiones. Esto es así porque las Administraciones públicas son organizaciones atípicas, en las que sus líderes no pueden gestionar a su personal con la libertad que lo hace un empresario privado, ni pueden regirse completamente por la autonomía de la voluntad de las partes, desde el momento en el que deben servir con objetividad al interés general y, por tanto, existen valores superiores que deben garantizar.

El propio Tribunal Constitucional ha sentenciado que las Administraciones públicas, como empleadoras, no se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que deben actuar con sometimiento a la ley y al derecho, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución española⁵⁰.

En este sentido, la identificación de quién ostenta la titularidad de los derechos de propiedad, que es una cuestión esencial para ejercer el poder de dirección en una organiza-

⁴⁸ Se estudian los distintos elementos que afectan a la gestión pública en Ortún Rubio (1995).

⁴⁹ La «lealtad institucional», junto con la buena fe y la confianza legítima es uno de los principios que rigen para todas las actuaciones de las Administraciones públicas, tal y como indica el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

⁵⁰ Por todas, puede consultarse la STC 161/1991, de 18 de julio.

ción, no es clara ni se corresponde con un sujeto concreto, puesto que, en el caso de las Administraciones públicas, el propietario es inexistente o, al menos, difuso.

Este es el motivo por el que los representantes de las Administraciones públicas no actúan como lo harían los empresarios privados, tampoco en relación con su personal.

Ahora bien, sí que tendrán que demostrar competencia, liderazgo y compromiso, siendo capaces, desde la perspectiva de este estudio, de velar por cumplir con las expectativas de la ciudadanía a través del impulso de políticas públicas idóneas; de trabajar porque la implementación de dichas políticas públicas, mediante subvenciones públicas, sea la correcta, y de buscar la aplicación de los principios de eficacia y eficiencia en la gestión de las mismas.

2.2.6. La gestión pública desde la perspectiva técnica: las capacidades demandadas a las estructuras administrativas de las organizaciones públicas

Una vez valorada la vertiente del empleador en la gestión de las subvenciones públicas, resulta conveniente, en este epígrafe, reflexionar sobre las capacidades exigibles a la otra parte de la relación del empleo público por desempeñar también un papel trascendental en el éxito de las mismas.

Como es sabido, las Administraciones públicas son piezas cruciales en nuestro modelo socioeconómico si se tiene en cuenta que el gasto público representa alrededor de la mitad del PIB nacional⁵¹.

La trascendencia económica y social que tiene su actividad y la importancia de sus actuaciones las convierten en actoras fundamentales para el desarrollo y bienestar de un país. Por eso, se puede establecer una relación directa entre la mayor eficiencia y eficacia en su gestión con un mejor comportamiento de la economía en su conjunto.

Si los recursos humanos son elementos estratégicos para todas las organizaciones, cuya correcta ordenación es esencial para un funcionamiento eficaz y eficiente de las mismas, las Administraciones públicas, que son organizaciones intensivas en capital humano, dependerán por completo del equipo de profesionales que las conformen: los empleados y empleadas públicas.

Por ende, a diferencia de lo que sucede en cualquier otra empresa mercantil, una adecuada gestión pública va a redundar en beneficio de toda la sociedad, que interactúa y recibe servicios de las Administraciones públicas de forma continua y permanente.

⁵¹ Según los datos del Plan Presupuestario para 2023, el gasto público representó en el año 2023 un 46,20% del PIB.

Y esta es la razón por la que incrementar la competitividad de las organizaciones públicas se ha convertido en una destacada meta por alcanzar, al erigirse en una cuestión que puede llegar a condicionar el potencial de un país.

Muchos autores han analizado los distintos factores que inciden en este asunto llegando a la conclusión de que existe una relación directa entre la baja capacidad administrativa y la escasa ejecución de los fondos europeos atribuida a España en los últimos años⁵².

La preocupación por esta cuestión es de tal envergadura que ha conducido al propio Ministerio de Hacienda a elaborar una hoja de ruta para el refuerzo de la capacidad administrativa en relación con la ejecución de los fondos europeos⁵³.

No obstante, compartiendo la afirmación de que impacta en el grado de absorción de los fondos europeos, muchos de ellos gestionados a través de subvenciones públicas, conviene valorar, de forma previa, la idoneidad de que la ejecución presupuestaria haya sido hasta ahora la única manera de medición de dicha absorción de recursos económicos.

Tras sucesivos programas operativos puestos en marcha por nuestro país, desde la entrada de España en la Unión Europea en el año 1986, parece que deberían haberse repensado los mecanismos de comprobación del éxito de los mismos, incorporando indicadores orientados a medir los resultados obtenidos.

Porque no hay que ignorar que la ejecución presupuestaria en sí misma no prueba el grado de eficacia alcanzado e incluso puede llegar a ser un indicio de ineficiencia en el cumplimiento de los fines perseguidos.

De ahí que se señale como un avance cualitativo, digno de celebrar, que estos fondos europeos vinculados al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia hayan cambiado de paradigma, considerándose correctamente ejecutados si se consiguen los hitos y objetivos preestablecidos.

En todo caso, lo que sí se comparte plenamente y debe ser objeto de ponderación en este epígrafe es la necesidad de aumentar la capacidad administrativa, como conjunto de características o atributos que debe tener la maquinaria administrativa de un Estado, extensible a las comunidades autónomas, principales administraciones gestoras en España, para funcionar de manera satisfactoria, principalmente en relación con la implementación de las políticas públicas⁵⁴.

⁵² Se analiza esta cuestión en Hidalgo-Pérez *et al.* (2022).

⁵³ Se encuentra disponible en https://www.fondoseuropeos.hacienda.gob.es/sitios/dgfc/es-ES/ipr/fcp2020/P2127/Documents/Principios_de_la_HR_EURECA.pdf

⁵⁴ La necesidad de elevar la capacidad administrativa se recoge en el Informe de la Comisión Europea (2020) *Roadmaps for Administrative Capacity Building*, que se encuentra disponible en <https://ec.europa>.

El rendimiento de las estructuras administrativas se ha considerado bajo por la doctrina por razones de diversa índole, entre las que han enumerado, por ejemplo, la falta de recursos, los efectos de la corrupción o los incompletos procesos de modernización de la Administración pública⁵⁵.

Lo que sucede es que la posibilidad de corromperse, la decisión sobre el destino de los recursos o la falta de propuestas modernizadoras, como un uso intensivo de la tecnología, solo se pueden imputar a las personas que forman parte de una organización y que son las que implantan las políticas públicas gestionadas a través de subvenciones.

Por consiguiente, sea cual sea el prisma desde el que se analice, con base en las distintas clasificaciones o indicadores aplicados, siempre se regresa a la importancia del empleo público, en este caso, desde el enfoque de la gestión.

El Banco Mundial⁵⁶, por ejemplo, ha elaborado tres dimensiones que redundan en su mejora: la capacidad para las políticas, las facultades de ejecución y la eficiencia operacional.

Las tres dependen de una manera u otra de los recursos humanos de la organización, lo que conduce a establecer, de nuevo, una relación directa entre las personas que gestionan en las Administraciones públicas y el éxito de una política pública, tanto desde el punto de vista de su diseño como de su implementación.

Las debilidades del empleo público, que llevan señalándose por los especialistas en la materia desde hace muchos años y de forma recurrente⁵⁷, tienen el riesgo de acentuarse, en una coyuntura como la actual, porque, si los recursos económicos que van a gestionarse, por ejemplo, a través de subvenciones públicas, como se ha señalado *ut supra*, se han duplicado en este último cuatrienio, es lógico que los problemas de gestión también se multipliquen.

eu/regional_policy/policy/how/improving-investment/roadmap-admin_en. También se remarca este hecho en el componente 11 del PRTR, que se encuentra plagado de referencias a la necesidad de reforzar las capacidades administrativas, señalando, por ejemplo, en una de esas alusiones, que:

Resulta prioritario fortalecer la capacidad de la Administración mediante la implantación de un modelo de recursos humanos basado en competencias, que favorezca la atracción y retención del talento mediante la articulación de una carrera profesional que asegure la igualdad entre mujeres y hombres, junto a una dirección pública profesional que evite una excesiva rotación y asegure una gestión pública orientada a resultados. Igualmente, es preciso desarrollar políticas de reclutamiento y selección que aseguren el relevo intergeneracional, orientadas a la captación de talento diverso y a la inclusión de grupos infrarrepresentados.

⁵⁵ Por todas las voces críticas que señalan estas causas, véase Villoria Mendieta y Jiménez Sánchez (2012).

⁵⁶ Se pueden consultar las estadísticas del Banco Mundial (*Worldwide Governance Indicators 2020*) en <http://info.worldbank.org/governance/wgi/>

⁵⁷ Hace ya muchos años que se vienen poniendo de relieve los desafíos a los que se enfrenta el empleo público por la doctrina. Por todos, Sánchez Morón (2011).

Para soslayar estos posibles déficits detectados, conviene que las Administraciones públicas introduzcan sin tardanza las reformas que apuntalen la capacidad administrativa de las organizaciones.

De este modo lo ha intentado el Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del PRTR, que, en los artículos 27 y siguientes, prevé iniciativas orientadas a reorganizar las estructuras administrativas con esta intención.

Lo que sucede es que, dentro de las propuestas para fortalecer los recursos humanos de las Administraciones públicas previstas por el Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, se encuentra la de contratar o nombrar personal temporal, lo que, a la vista del incremento notable de gestión que se iba a producir con motivo de la recepción de los fondos europeos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, podía parecer una opción lógica. Si las unidades administrativas estaban bien dimensionadas, era razonable pensar que, en una tesitura en la que debía tensionarse a la organización por el incremento de su actividad, dicha organización debía reforzarse de forma transitoria, hasta que la situación se superase.

Sin embargo, conocida la realidad de nuestras Administraciones públicas, no está tan claro que la solución sea acertada. Fundamentalmente, por las dos siguientes razones, que coinciden con las más importantes críticas que se le hacen al empleo público.

En primer lugar, por la elevada temporalidad que sufren nuestras Administraciones públicas y que se lleva años tratando de combatir⁵⁸. No es cuestión de profundizar, en este momento, en este problema tan complejo, pero sí que debe señalarse el desafío mayúsculo al que se enfrentan las Administraciones públicas españolas para reducirla, si se tiene en cuenta que la temporalidad se sitúa actualmente, en el sector público, en el 29,58 %⁵⁹ y el compromiso adquirido con la Comisión Europea es el de disminuir ese porcentaje hasta situarlo por debajo del 8 %⁶⁰.

En segundo lugar, porque se reprocha a las Administraciones públicas españolas estar sobredimensionadas. Y, aunque los estudios que comparan las organizaciones públicas españolas con las europeas no respaldan esta afirmación⁶¹, hay que velar por que el sector

⁵⁸ Ya con la aprobación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la Unice y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, se inició esta andadura.

⁵⁹ Últimos datos disponibles del Instituto Nacional de Estadística correspondientes al cuarto y último trimestre de 2023, que pueden consultarse en: <https://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?padre=979&capsel=982>

⁶⁰ Recogido en el componente 11 del PRTR y trasladado a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

⁶¹ Según los últimos datos disponibles de la OCDE, que pueden consultarse en https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode%3DSNA_TABLE11, en 2021, España se encontraba en la posición 21 de 32, con un 16,55 % de empleados públicos, muy lejos de Noruega, que se encontraba en primer lugar, con un 30,92 %.

público incrementa sus niveles de productividad y no los reduzca, lo que podría suceder si se aumenta la plantilla de las Administraciones públicas sin realizar antes las necesarias medidas de reestructuración que optimicen previamente los efectivos ya existentes⁶².

Por eso, en el caso de que fuera conveniente, este refuerzo temporal para incrementar plantillas debería hacerse de manera selectiva, completando los perfiles que pudieran ser imprescindibles por su grado de especialización y solo en aquellas unidades administrativas en las que estuviera justificado, por encontrarse infradotadas, tras el correspondiente análisis de su dimensión.

Asimismo, dentro de las iniciativas para reforzar los recursos humanos de las Administraciones públicas propuestas para hacer frente a la actual coyuntura, se ha aprobado también la disposición final trigésima cuarta de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2021, que modifica la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, para recuperar las agencias estatales como organismos públicos integrantes del sector público institucional⁶³.

No obstante, tampoco parece que vaya a ser esta la actuación que resuelva las necesidades perentorias de las Administraciones públicas.

En este sentido, hay que recordar que, en las últimas décadas, se ha producido la proliferación de entidades, muchas de ellas con personalidad jurídica privada, dependientes o vinculadas a una Administración pública de forma directa o indirecta. Este crecimiento, tildado en muchas ocasiones como excesivo, y no siempre bien justificado, ha sido criticado por gran parte de la doctrina administrativista al considerarlo una maniobra de estos entes, muy próximos a la órbita pública, para esquivar los controles propios del derecho administrativo⁶⁴.

Una cosa es promover, dentro de las Administraciones públicas, la gestión por proyectos con base en la observancia de hitos y objetivos, tal y como propone la normativa para las agencias, lo que, desde luego, parece acertado⁶⁵, y otra cosa bien distinta es volver a propugnar la creación de figuras satélites como estas, que incrementan las estructuras del sector público sin garantizar la consecución de las finalidades perseguidas con su nacimiento ni el incremento de la productividad.

⁶² Sobre la productividad de las Administraciones públicas puede consultarse el informe del Observatorio Económico del BBVA, del año 2018, sobre productividad y eficiencia del sector público español, disponible en: <https://www.bbvaresearch.com/publicaciones/productividad-y-eficiencia-del-sector-publico-espanol/>

⁶³ Debe recordarse que las agencias, como tales, se introdujeron en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de servicios públicos, y se suprimieron con la aprobación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

⁶⁴ En este sentido se pronuncia Chinchilla Marín (2017).

⁶⁵ Como se sostiene en VV. AA. (2021).

Por otro lado, el posible funcionamiento excelente de las agencias públicas no se vincula particularmente con la gestión de subvenciones, como interesa a los efectos de esta investigación, puesto que solo las Administraciones públicas, en sentido estricto, forman parte del ámbito subjetivo de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, tal y como está previsto en la actualidad⁶⁶.

Por eso, las iniciativas en materia de gestión pública que conduzcan hacia la mejora continua deberían ser de otra índole, apostando definitivamente por planificar y medir, transitando hacia la monitorización permanente de los perfiles disponibles, de las cargas de trabajo y del grado de cumplimiento de los objetivos asignados a las distintas unidades administrativas.

Solo así, a través del conocimiento real y permanente de las estructuras administrativas, se podrán adaptar y modelar estas en función de la coyuntura, para dar una adecuada respuesta a las necesidades cambiantes de la ciudadanía. La especialización, la formación y el reconocimiento del empleo público sobresaliente son factores fundamentales para ello.

2.2.7. Las virtudes de la colaboración público-privada: la obligada selección del mejor beneficiario para la subvención

Una de las ventajas más significativas que poseen las subvenciones públicas, como herramientas de gestión, es la concomitancia que se produce en ellas entre el ámbito público y el ámbito privado.

⁶⁶ De este modo se establece en el artículo 3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, cuando establece expresamente que:

Las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas se ajustarán a las prescripciones de esta ley. 1. Se entiende por Administraciones públicas a los efectos de esta ley: a) La Administración General del Estado; b) Las entidades que integran la Administración local; c) La Administración de las comunidades autónomas.

El resto de las entidades, entre las que se encuentran las agencias, no se consideran entes subvencionadores y se regirán por la norma legal, como señala el mismo artículo 3 en su apartado 2, del siguiente modo:

2. Deberán asimismo ajustarse a esta ley las subvenciones otorgadas por los organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas. Serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta ley y los de información a que se hace referencia en el artículo 20 al resto de las entregas dinerarias sin contraprestación, que realicen los entes del párrafo anterior que se rijan por derecho privado. En todo caso, las aportaciones gratuitas habrán de tener relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos.

Precisamente, la característica definitoria de esta actividad administrativa, a diferencia de lo que sucede en otras, es que permite aunar el conocimiento del sector público y el sector privado en una expresión temprana de lo que actualmente se ensalza y se persigue con tanto interés: la colaboración público-privada⁶⁷.

Sin embargo, esta virtud teórica puede tornarse en contra en la práctica subvencional porque la parte privada de una subvención pública desempeña un papel tan importante en la consecución de la utilidad pública o el interés social que se promueve con dicha subvención que una desacertada selección de los aliados que acompañen a la Administración pública puede afectar al éxito de la misma.

Por eso, es necesario cavilar sobre esta cuestión con carácter previo e introducir en las bases reguladoras y en las convocatorias unos objetivos claros y medibles que deban cumplirse por los beneficiarios, para que contribuyan de forma clara a la utilidad pública o interés social subyacentes y se comprometan, especialmente cuando se trate de personas jurídicas, con el bienestar general del país, como aspiración compartida con la parte pública de la relación subvencional.

En ese sentido, es crucial que se huya de las subvenciones públicas reiterativas o alentadas por la inercia, en las que apenas se sopesa sobre la finalidad pretendida por las mismas, que se ha desdibujado.

No puede olvidarse que, en un contexto de recursos económicos finitos, el análisis previo de la necesidad de incentivar una concreta actuación debe estar siempre presente, para evitar estimular un comportamiento que ya iba a producirse, sin necesidad de ser fomentado, debiendo priorizarse siempre, además, los proyectos más rentables, en términos socioeconómicos.

En este sentido, si los fondos invertidos no consiguen el efecto deseado o el resultado esperado no se produce de la manera más eficaz y eficiente, se debe meditar sobre las colaboraciones entabladas, a las que hay que exigirles resultados, más aún si se tiene en cuenta que promover una determinada actividad tiene consecuencias desde el punto de vista del comportamiento del resto de la ciudadanía⁶⁸.

⁶⁷ Reflexionan sobre estas cuestiones Alsina Burgués y González De Molina (2019) señalando que:

Frente a la constatación que, trabajando juntos, el sector público y el sector privado son capaces de generar valor público añadido, el dilema de colaborar o no colaborar, relacionando esta decisión a determinadas ideologías políticas, ha pasado a ser un debate estéril. La colaboración público-privada, en sus diferentes modalidades, tiene como objetivo alinear intereses diversos de múltiples actores estableciendo una misión común, de beneficio mutuo, y que facilite la promoción del interés público.

⁶⁸ De ahí la regulación sobre las ayudas de estado de la Unión Europea o los análisis de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recogidos, por ejemplo, en PRO/CNMC/001/16, Documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas, disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/1883905_13.pdf, donde se llega a señalar que:

El contexto es favorable para suscribir nuevas alianzas porque, como ya se ha apuntado en muchas ocasiones a lo largo de estas líneas, se ha puesto en circulación una importante cantidad económica para poner en marcha subvenciones públicas, muchas de ellas inéditas hasta el momento, que responden a los nuevos intereses, las distintas prioridades y las innovadoras estrategias exigidas para afrontar los embates de la actual coyuntura, fruto de los acontecimientos surgidos en estos alocados años veinte del siglo XXI.

Se trata de un momento propicio, en consecuencia, para hacer un esfuerzo adicional en todas las fases que debe transitar una política pública, gestionada a través de subvenciones públicas, también en relación con las entidades beneficiarias, sobre todo cuando se trate de personas jurídicas, introduciendo objetivos e indicadores que permitan seleccionar solo a aquellos beneficiarios que contribuyan nítidamente y de la forma más eficaz y eficiente al fomento de la actividad de utilidad pública o de interés social o a la promoción de la finalidad pública anheladas.

2.2.8. El retorno a la sociedad exigible a las subvenciones públicas: la perentoria necesidad de evaluar la actividad de las Administraciones públicas

Para terminar, debe abordarse este último punto, el más importante de todos por condicionar los demás, en el que va a reflexionarse sobre la evaluación de las políticas públicas impulsadas a través de subvenciones públicas.

Hace ya bastantes años que se señala por los más reputados organismos internacionales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos o la Unión Europea, la conveniencia de evaluar las políticas públicas, por los múltiples beneficios que conlleva, impactando positivamente en la rendición de cuentas a la ciudadanía, incrementando la calidad democrática y, de manera fundamental, posibilitando la toma de decisiones basada en datos.

El proceso de evaluación de las políticas públicas no ha llegado nunca a convertirse en una realidad generalizada de las Administraciones públicas españolas⁶⁹. En general,

La concesión de ayudas públicas constituye una forma de intervención del sector público en la economía que, sin perjuicio de la persecución de ciertos objetivos de interés público, si se utiliza de forma innecesaria o desproporcionada, puede alterar el funcionamiento de los mercados, introduciendo distorsiones e ineficiencias anti competitivas y perjudicando al bienestar económico general.

Se proporcionan ejemplos sobre estos posibles efectos en el apartado dedicado al análisis económico de las subvenciones del Informe sobre el Comercio Mundial de 2006, sobre subvenciones, comercio y OMC, en sus páginas 63 a 74, disponible en https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/wtr06-2c_s.pdf

⁶⁹ Las experiencias evaluadoras de las diferentes Administraciones públicas han sido de carácter sectorial y habitualmente han tenido carácter *ex post*, principalmente, a partir de las revisiones del gasto público

ha existido una considerable dispersión y falta de uniformidad de la práctica evaluadora, confundiéndose además con otras actividades relacionadas, pero no coincidentes con la evaluación de políticas públicas, como pueden ser las de control, auditoría o supervisión.

No obstante, también como consecuencia del PRTR, en este último cuatrienio se ha dado un paso decidido en esta dirección con la aprobación de la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración general del Estado⁷⁰.

El artículo 8 de la citada ley define la «evaluación de las políticas públicas» como:

el proceso sistemático y razonado de generación de conocimiento, a partir de la recopilación, análisis e interpretación de información, encaminado a la comprensión global de una política pública, para alcanzar un juicio valorativo, basado en evidencias, respecto de su diseño, puesta en práctica y efectos.

Por eso, a través de esta nueva regulación legal, se propone una evaluación de carácter integral y transversal que abarque todo el ciclo de despliegue de una política pública en cualquier sector y profundice en la valoración del impacto real que puede tener esa política pública, a los efectos de este trabajo impulsada a través de subvenciones públicas, en el devenir del bienestar de la ciudadanía y en el ejercicio de sus derechos.

De hecho, lo que parece llamativo es que, hasta ahora, las Administraciones públicas estén persiguiendo la consecución del interés general sin realizar, con carácter previo, un análisis de las evidencias.

Por consiguiente, resulta urgente empezar a evaluar, en todos aquellos ámbitos en los que todavía no se esté haciendo, para saber, con base en información robusta, si una subvención pública está cumpliendo eficaz y eficientemente con las finalidades que le han sido asignadas relacionadas con la política pública que promueve.

que le han encargado a la AIReF. De hecho, la Administración general del Estado ha impulsado ya dos periodos, el primero entre los años 2018 y 2021 y el segundo entre los años 2022 y 2026, en los que se ha solicitado a la AIReF realizar distintos *spending reviews* en temas tan diversos como las infraestructuras de transportes, los beneficios fiscales o el gasto farmacéutico, por poner solo algunos ejemplos. Algunos otros significativos avances de la Administración general del Estado en materia de evaluación de las políticas públicas pueden consultarse en <https://funcionpublica.digital.gob.es/evaluacion-politicas-publicas.html#quees>. En cuanto a las experiencias autonómicas, también algunas de ellas le han realizado encargos a la AIReF. Las conclusiones de estas revisiones del gasto público de las comunidades autónomas que han colaborado con la AIReF se encuentran disponibles en <https://www.airef.es/es/evaluaciones-comunidades-autonomas/>

⁷⁰ Véanse, a este respecto, los compromisos adquiridos en los componentes 11 y 29 del PRTR.

Para lograrlo, resulta obligado evaluar todas las fases de la política pública⁷¹, es decir, que el diseño, la implementación, los resultados y el impacto, con base en la introducción de objetivos e indicadores⁷² se midan y se evalúen periódicamente para conocer cómo está contribuyendo una específica línea de ayudas a la promoción de la actividad de utilidad pública, interés social o finalidad pública que persigue.

Tras lo expuesto, resulta evidente que, de todas las conclusiones extraídas en este estudio, esta es la que merece una mayor atención, aconsejándose que se acometa de forma urgente y prioritaria, por ser la más destacada y redundar en beneficio de todas las demás.

Al fin y al cabo, exclusivamente a través de una adecuada evaluación de diseño *ex ante* será posible valorar si una política pública requiere ser incentivada o no, proporcionando, en el caso de que la respuesta sea afirmativa, elementos de juicio suficientes para mejorar la calidad de la normativa que regula las subvenciones o el contenido de las bases reguladoras y de las convocatorias públicas.

A continuación, únicamente a partir de la evaluación intermedia de la fase de implementación de las subvenciones públicas podrá comprobarse si el despliegue y el progreso de la ejecución de la política pública ha sido o no el correcto, analizando los sistemas internos, los recursos empleados, así como la actuación de la gestión pública y las entidades beneficiarias de las subvenciones públicas, e introduciendo mecanismos de corrección en las mismas si fueran necesarios.

Y, por último, solo con una evaluación *ex post* de resultados e impactos se podrá verificar que se ha actuado de forma eficaz y eficiente, cumpliendo de forma óptima con la utilidad pública o el interés social perseguidos por dichas subvenciones públicas, analizando los efectos sobre sus destinatarios, sobre la población y sobre la economía en general.

3. Breves conclusiones: propuestas de mejora de la actividad subvencional

Como ya se ha puesto de relieve en las líneas precedentes, las subvenciones públicas han adquirido una enorme relevancia como consecuencia del elevado volumen de fondos públicos que las distintas instituciones y gobiernos han inyectado en la economía para hacer frente a las negativas consecuencias acontecidas en este último cuatrienio.

⁷¹ En el artículo 9 de la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, es en el que se establecen las distintas modalidades de evaluación en función de su contenido y su objeto, incluyendo entre las mismas la evaluación en la fase de diseño, en la de implementación y en la de resultados e impactos.

⁷² Los indicadores de realización, de resultado y de impacto son los enumerados por el artículo 12 de la Ley 27/2022, de 20 de diciembre.

Estos recursos económicos, muchos de ellos puestos en circulación para ser tramitados a través de subvenciones públicas, pueden lograr un impacto muy positivo en el PIB español si se utilizan adecuadamente.

De hecho, importantes instituciones, como el Banco de España⁷³ o la AIReF⁷⁴, han hecho estimaciones en las que se cuantifica este posible efecto sobre el PIB nacional de los fondos europeos asociados al PRTR advirtiendo cómo puede verse aumentado o reducido dicho efecto en función de cómo sean capaces las Administraciones públicas de invertir y gestionar estos fondos públicos para maximizar el propósito recuperador, transformador y resiliente ambicionado.

Por esa razón, en este estudio, se ha estimado conveniente repensar cómo se está desarrollando la actividad de fomento en nuestras Administraciones públicas a través de ocho elementos considerados clave en la gestión de las subvenciones públicas.

Resumidamente, y sin ánimo de repetir lo ya escrito, debe comenzarse, con carácter previo y antes de iniciar cualquier análisis sobre las subvenciones públicas, reflexionando sobre qué políticas públicas van a incentivarse en un contexto de recursos finitos. La selección acertada de unas finalidades públicas en detrimento de otras se convierte, en consecuencia, en la premisa de partida.

A continuación, sin entrar todavía a examinar su funcionamiento, debe valorarse la idoneidad de la subvención pública como herramienta de gestión para maximizar la utilidad pública o el interés social a promover.

Solo en ese momento, una vez alcanzada la convicción de estimular una determinada política y de hacerlo a través de las subvenciones públicas, habrá que velar por lograr que este mecanismo de fomento se despliegue de forma excelente, para lo que se tornará trascendental planificar, evitando así los riesgos asociados a la improvisación. Tanto el ámbito estratégico, propio de la política pública, como el plano operativo, vinculado a la subvención pública como instrumento de gestión, deberán prever sus rasgos esenciales con antelación.

⁷³ La estimación del Banco de España señala que el incremento del PIB podría incluso alcanzar el 1,75 % de promedio en los próximos cinco años, tal y como se explica en el artículo 12 del Boletín Económico 2023/T1, sobre el PRTR y su impacto macroeconómico desde una perspectiva sectorial, disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/23/T1/Fich/be2301-art12.pdf>. Reduce sus expectativas al 1,3 % si se producen rigideces en el proceso de reasignación de recursos entre sectores de actividad, lo que podría limitar el efecto macroeconómico de las inversiones contempladas.

⁷⁴ En cuanto a la AIReF, sitúa el incremento que puede suponer el efecto del PRTR en el último *Informe sobre las líneas fundamentales de los Presupuestos de las Administraciones Públicas 2024*, que puede consultarse en <https://www.airef.es/wp-content/uploads/2023/10/PRESUPUESTOS-2024/Informe-Li%CC%81neas-Fundamentales-Presupuestos-de-las-AAPP-2024.pdf>, en el 1,9 % del PIB para el año 2024.

A partir de lo planificado, deberá velarse por poner a disposición de las subvenciones públicas un marco jurídico lo suficientemente flexible para adaptarse a las distintas circunstancias socioeconómicas, pero que, a la vez, garantice los controles esenciales para su buen fin, fundamentalmente los atinentes a las cuestiones económico-presupuestarias y al cumplimiento de la finalidad de la subvención, en ocasiones algo relegada.

Será entonces cuando deba perfeccionarse el diseño de las subvenciones públicas a través de la aprobación de excelentes bases reguladoras y convocatorias, en las que se incorporen los elementos esenciales para aquilatar cómo se contribuye en mayor medida a la utilidad pública o al interés social perseguidos; cómo se puede ganar eficacia y eficiencia en la tramitación previendo un procedimiento ágil y flexible, que huya de las excesivas cargas administrativas e introduzca de forma intensiva la tecnología, o cómo se elige a los mejores aliados para emprender esta colaboración público-privada propia de la actividad de fomento.

Ahora bien, con base en estos atinados documentos, será trascendental que se apueste como condición *sine qua non* por la gestión pública con mayúsculas desde el plano tanto político como técnico. Los recursos humanos, como piezas vitales en el engranaje, deben poseer las capacidades necesarias tanto de liderazgo como de gestión. Para ello, los agentes que forman parte de la relación de empleo público que gestionen subvenciones públicas deben estar suficientemente formados y especializados. Asimismo, deben conocer el entorno, practicar la escucha activa y actuar de forma motivada, responsable, eficaz, eficiente y comprometida con la sociedad a la que se dirigen.

Para finalizar y para poder cumplir con todas las demás conclusiones extraídas, deben evaluarse todos y cada uno de los pasos dados. Solo así será posible conocer si la política pública cumple su misión y es necesaria en un determinado contexto, y la mejor manera de estimularla es a través de las subvenciones públicas; si la planificación estratégica y operativa realizada ha permitido maximizar la finalidad pública perseguida y hacerlo de modo factible, respetando el cronograma y los recursos económicos destinados; si el marco jurídico facilita la gestión al mismo tiempo que garantiza el correcto uso de las subvenciones públicas a partir de los adecuados controles; si las bases reguladoras y las convocatorias están bien diseñadas y han introducido todos los requisitos para su buen fin; si la gestión pública ha actuado eficaz y eficientemente, o si los beneficiarios de las subvenciones públicas son los mejores posibles.

El propósito es exigente, pero no puede posponerse. Debe recordarse que hay mucho en juego: el futuro de un país puede estar en sus manos.

Referencias bibliográficas

- Alsina Burgués, V. y González de Molina, E. (2019). La colaboración público-privada como vector de innovación: casos de éxito en España. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 3, 122-139.
- Amerych Cano, C. (2013). Subvenciones y estado autonómico: crítica de la última jurisprudencia constitucional. *Revista Vasca de Administración Pública*, 97, 221-257.
- Ares Castro-Conde, C. (2022). Capacidad administrativa e implementación de la política de cohesión de la UE. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 29, 52-71.
- Baena de Alcázar, M. (1957). Sobre el concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*, 54, 43-86.
- Calonge Velázquez, A. (2023). El reparto y la conflictividad competencial. En *20 años de la Ley general de subvenciones* (pp. 169-197). INAP.
- Chinchilla Marín, C. (2017). Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción? *Revista de Administración Pública*, 203, 17-56.
- Díaz González, G. M. (2023). Reflexiones sobre la eficacia invalidante de la omisión del Plan Estratégico de Subvenciones. En *20 años de la Ley general de subvenciones*. INAP.
- Fernández Farreres, G. (1993). La subvención y el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 38, 225-239.
- Fernández Farreres, G. (1999). La ordenación de los sectores económicos: El poder de gasto del Estado y de las comunidades autónomas. En *El funcionamiento del Estado autonómico: Curso sobre Administraciones Territoriales para Personal Directivo y Superior* (pp. 163-186). INAP.
- Fernández Farreres, G. (2009). *La actividad de fomento. Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo* (tomo III, vol. II, pp. 147-184). Iustel.
- Fuente Moreno, A. de la (2022). Compilación de las principales medidas económicas y sociales adoptadas en 2020-21 para paliar los efectos de la crisis. *Estudios sobre la Economía Española*, 13(1) [boletín de seguimiento de los aspectos económicos de la crisis del COVID, actualizado en julio de 2022]. <https://documentos.fedea.net/pubs/eee/2022/eee2022-01.pdf>
- Hidalgo Pérez, M. (1 de octubre de 2020). Cinco propuestas para una mejor absorción de los fondos europeos. Esade. <https://www.esade.edu/ecpol/es/publicaciones/esadeecpol-policy-brief-fondos-europeos/>
- Hidalgo Pérez, M., Manfredi Sánchez, J. L. y Benítez Palma, E. (2022). Capacidad administrativa y absorción de los fondos Next-Generation. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 29, 72-87.
- Jiménez Asensio, R. (27 de noviembre de 2020). Organización y recursos humanos en la gestión de los fondos europeos por las Administraciones públicas. *La mirada institucional* [blog].
- Jordana de Pozas, L. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, 48, 41-54.
- Martín-Aceña Manrique, P. (2011). *Pasado y presente de la Gran Depresión del siglo XX a la Gran Recesión del siglo XXI*. Fundación BBVA.

- Ortún Rubio, V. (1995). Gestión pública: conceptos y métodos. *Revista Asturiana de Economía*, 4, 179-193.
- Palomar Olmeda, A. (2018). Distribución constitucional de competencias en la materia. El concepto de poder de gasto subvencional en la doctrina del Tribunal Constitucional. En *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas* (pp. 111-188). Aranzadi.
- Sánchez Morón, M. (2011). El empleo público en España: problemas actuales y retos de futuro. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 13 [extra], 19-27.
- Santamaría Pastor, J. A. (2004). *Principios de derecho administrativo* (vol. I). Iustel.
- Vida Fernández, J. (2023). Disparar con pólvora del rey: el problema de la evaluación de la eficiencia de las subvenciones y ayudas públicas. En *20 años de la Ley general de subvenciones*. INAP.
- Villar Palasí, J. L. (1954). *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*. *Revista de Administración Pública*, 14, 11-121.
- Villoria Mendieta, M. y Jiménez Sánchez, F. (2012). La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 138(2), 109-134.
- VV. AA. (2021). *13 propuestas para reformar la Administración del Estado*. INAP.

Ana Vázquez Beltrán. Licenciada en Derecho y máster en Gestión Pública por la Universidad de Zaragoza. Obtuvo el diploma de estudios avanzados en el área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Zaragoza, donde fue becaria de investigación FPU y profesora ayudante, realizando estancias de investigación en la Università degli Studi di Palermo y en la Università degli Studi di Bari, y publicando artículos doctrinales sobre relaciones laborales y negociación colectiva en revistas jurídicas y en obras colectivas. En el año 2006 ingresó en el cuerpo superior de administradores superiores de la Comunidad Autónoma de Aragón. Es asesora técnica del Departamento de Hacienda y Administración Pública, desempeñando funciones relacionadas con la gestión sostenible.

Posible vulneración del derecho al honor en las expresiones de letrado ante tribunal

Comentario a la STS de 12 de marzo de 2024

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

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

1. La intervención letrada en los procedimientos judiciales puede determinar que, en ciertas ocasiones, bien de manera directa o indirecta, en la propia sala de audiencia como posteriormente ante los medios de comunicación, se realicen manifestaciones que sin ser ultrajantes o insultantes pueden ser valoradas por los afectados como una vulneración del derecho al honor, y den lugar a la interposición de demandad en derecho al honor de los afectados.

En este contexto es en el que se produce el asunto a que se refiere la sentencia seleccionada para comentar. El conflicto entre libertad de expresión y el derecho al honor tiene un ámbito de actuación claro en los supuestos en que en el ejercicio de la actividad profesional de abogado y en defensa de los intereses que representa pueden realizarse manifestaciones que podrían ser consideradas como vulneradoras del derecho al honor, de los que intervienen en los procedimientos concretos, sean jueces, fiscales, abogados o partes.

En la práctica no es inhabitual que se puedan presentar estos casos, donde una de las partes considera que se han vulnerado sus derechos fundamentales por expresiones manifestadas en medios de comunicación y que seguidamente se interponga una acción en defensa del honor de la persona que considera que ha sido ofendida por las expresiones que se dicen en los procedimientos, sean en las demandas o en cualquier escrito, en las querrelas, en las declaraciones en las manifestaciones o alegaciones que se realicen o fuera del tribunal ante los medios de información que pregunten sobre el procedimiento. En muchos casos pueden ser consideradas como parte del ejercicio de la función del abogado, pero en otros supuestos pueden dar lugar a vulneraciones efectivas y que finalmente produzcan

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 31 de marzo de 2024).

una condena por vulneración del derecho al honor. Entre otras razones el demandado alega que su intervención como letrado ampara su actuación.

Brevemente los antecedentes son los siguientes:

- El demandante considera que las expresiones que hizo el letrado, una vez terminado el juicio, afectan a su honor y que fueron difundidas por medios de comunicación atentando a su honor, en concreto diversos comentarios y la alusión de supuestas coacciones que afectaban a su reputación y buen nombre, solicitando una indemnización y la publicación de la sentencia a costa del demandado en los medios que difundieron las declaraciones.
- Tras la tramitación del procedimiento, el juez dictó sentencia desestimatoria por considerar que se enmarcaban en el ejercicio de la libertad de expresión, defendiendo que desacreditar al demandante forma parte de su actividad profesional.
- El demandante recurrió en apelación y la audiencia provincial la desestimó, ratificando la sentencia del juzgado y diciendo que los que ejercen actividades o cargos públicos están expuestos a una injerencia mayor en los derechos de la personalidad como el derecho al honor.
- El demandante interpuso recurso de casación que fue igualmente desestimado.

En este caso no se refiere el procedimiento a unas manifestaciones realizadas ante el tribunal, sino unos comentarios sobre la causa que se realizan tras la finalización del acto a la salida del juzgado.

2. En el supuesto de la sentencia que se propone, es importante tomar en consideración que la persona afectada por las manifestaciones del letrado era funcionario jefe de urbanismo del ayuntamiento del alcalde al que denunciaba, y en las mismas se indicaba que su actuación había sido la que denunciaba en los ayuntamientos en los que había estado.

En la presente sentencia es necesario mencionar la STC 77/2009, de 23 de marzo (NormaCEF NCJ048955), que dice que

el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión, al igual que el de información, garantiza un interés constitucional relevante como es «la formación y existencia de una opinión pública libre, que es una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, que encuentra un límite, constitucionalmente reconocido, en el derecho al honor de las personas, lo que no excluye la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4.º [NormaCEF NCJ040975]).

El derecho al honor garantiza

la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas (por todas, SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4.º y 9/2007, de 15 de enero, FJ 3.º [NormaCEF NCJ040975]).

Asimismo, protege también frente aquellas críticas o informaciones acerca de la conducta profesional o laboral de una persona que puedan 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» (STC 180/1999, FJ 5.º).

La protección del art. 18.1 CE solo alcanza «a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido» (STC 180/1999) (STC 9/2007, de 15 de enero, [NormaCEF NCJ040975]).

Es importante en el ámbito de derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión realizar un juicio de ponderación y en ese sentido es importante la doctrina del Tribunal Constitucional.

Así, es doctrina constitucional reiterada que la ponderación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y del derecho al honor y la determinación de sus límites requiere tener en cuenta diversas circunstancias como

el juicio sobre la relevancia pública del asunto, el tipo de intervención y, por encima de todo, el dato de si, en efecto, contribuyen o no a la formación de la opinión pública, incidiéndose en que este límite se debilita o pierde peso en la ponderación a efectuar cuando los titulares del honor ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública, siendo en estos casos más amplios los límites de la crítica permisible, pues estas personas están expuestas a un más

riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna [...]. También se ha puesto de manifiesto que, incluso en el ámbito en el que los límites de la crítica permisible son más amplios, la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, lo que significa que de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE, están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad, sean ofensivas o ultrajantes y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (por todas, STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4.º [NormaCEF NCJ040975]) (STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4.º [NormaCEF NCJ048955]).

Es relevante para determinar el carácter meramente ofensivo u oprobioso de una expresión su vinculación o desvinculación con el juicio de valor que se emite o con la información transmitida. Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 5.º (NormaCEF NCJ047944), entendimos que no podía considerarse el apelativo de xenófobo como vejatorio o humillante, pues se basaba en un hecho veraz (una denuncia a la policía por tal motivo) y no se trataba de una expresión formalmente vejatoria, en tanto que gratuita o innecesaria, para la información que se pretendía transmitir en aquel caso. Y recientemente, en el ámbito de lo penal, hemos considerado que la libertad de expresión amparaba la imputación a un edil de «concesión de licencias urbanísticas irregulares», «adjudicación de un puesto de recaudador municipal a un amigo personal», «obstrucción a la justicia en la persecución de dichas infracciones» (STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3.º [NormaCEF NCJ053688]).

3. 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 del CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar.

El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida 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» el descrédito de la persona. El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

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.

Sobre la notoriedad o proyección pública de las personas, es doctrina reiterada que las mismas se reconocen en general por razones diversas, no solo por la actividad política, sino también por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias, sin que a la hora de valorar el interés general informativo sea absolutamente determinante la naturaleza y contenido de los programas o publicaciones o su calidad televisiva, la cual no puede excluir *a priori* su trascendencia para la formación de una opinión pública libre, que no solo depende de programas o publicaciones en los que se aborde directamente información sobre temas políticos o se promueva la expresión de opiniones sobre estos, sino de todos aquellos que, cualquiera que sea su objeto o su formato, sean susceptibles de influir sobre la opinión pública.

El juicio de valor, amparado por la libertad de expresión, como recuerdan nuestras sentencias del Tribunal Supremo 429/2020, de 15 de julio y 471/2020, de 16 de septiembre, presupone la existencia de una base fáctica. Así lo exigió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 14 de junio de 2016, Jiménez Losantos c. España, cuando requiere:

[...] la existencia de una «base fáctica» suficiente en la cual se sustentan las palabras litigiosas: si no la hubiere, este juicio de valor podría revelarse excesivo (De Haes y Gijssels, anteriormente citada, § 47, Oberschlick c. Austria (no 2), n.º 20834/92, § 33, Compendio 1997-IV, Brasilier c. Francia, n.º 71343/01, § 36, 11 de abril de 2006, Lindon, Otchakovsky-Laurens y July, anteriormente citada, § 55).

En el juicio de ponderación entre el derecho fundamental a la libertad expresión versus derecho al honor (SSTS 400/2021, de 14 de junio [NormaCEF NCJ065587]; 290/2020, de 11 de junio [NormaCEF NCJ065002]; 429/2020, de 15 de julio; 471/2020, de 16 de septiembre; 670/2022, de 17 de octubre) hay elementos que hay tener en consideración para valorar si se sobrepasan los límites tolerables de la libertad de expresión:

- a) Cuando las opiniones o juicios de valor no versan sobre una cuestión de interés social o no gozan de una base fáctica suficiente.
- b) Se manifiesten a través de frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito.
- c) En cualquier caso, las expresiones han de ser objetivamente injuriosas, tenidas en el concepto público como afrentosas, con el consiguiente descrédito o menosprecio para el demandante; puesto que la libertad de expresión no implica un derecho al insulto. Además, las expresiones empleadas no deben analizarse según su estricto significado gramatical, sino en relación con el contexto donde pueden perder o ver disminuido su significado ofensivo o alcanzar una dimensión de crítica asumible (sentencias 338/2018, de 6 de junio; 540/2018, de 28 de septiembre [NormaCEF NCJ063659]; 273/2019, de 21 de mayo [NormaCEF NCJ064260], y 471/2020, de 16 de septiembre).

Respecto de los dirigentes políticos hemos señalado el Tribunal Supremo en sentencia 276/2020, de 10 de junio que:

Los dirigentes políticos –como el recurrido– deben tolerar un nivel de crítica superior a las demás personas, porque con su actividad se exponen voluntariamente a un mayor control (SSTS de 8 de julio de 1986, 1 de junio de 2010 y 15 de marzo de 2011). En contrapartida, a los políticos se le reconoce una mayor libertad a la hora de comunicar opiniones y juicios: «La libertad de expresión, preciosa para cualquier persona, lo es muy particularmente para un elegido del pueblo: representa a sus electores, expone sus preocupaciones y defiende sus intereses» (STEDH de 26 de abril de 1992; cuya doctrina reiteran las SSTEDH de 7 de noviembre de 2006, 8 de julio de 2008 y 15 de julio de 2010).

El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida 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» el descrédito de la persona. El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

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.

Las expresiones manifestadas y después publicadas no se pueden desvincular de los hechos de interés general que se difunden con los que la recurrente está directamente relacionada, y una persona con alta notoriedad o proyección pública, por su condición de alcalde, tampoco es una persona desconocida y que carezca de ella, por su implicación con dichos hechos, y por el protagonismo que voluntariamente adquirió a raíz de ellos en los medios de comunicación. Además tenían un interés relevante para el público al que iba dirigida, al tratarse de la declaración de un alcalde investigado por la denuncia de un empleado del ayuntamiento.

No parece que las manifestaciones sean en sí, inequívocamente, vejatorias o insultantes o injuriosas, sino relacionadas con la actividad profesional o política del denunciante, realizadas de manera genérica sin concretar, con carácter general tras la finalización de un acto procesal momentos antes y que no pueden ser consideradas excesivas ni sobrepasan la libertad de expresión.

Problemas de falta de conformidad del bien y ausencia de información sobre el derecho de desistimiento en compraventa a distancia de consumo

Laura Diéguez Aguilera

*Contratada predoctoral FPU adscrita al área de Derecho Mercantil,
Universidad de Córdoba (España)*

d72diagl@uco.es | <https://orcid.org/0000-0002-0957-3054>

1. Enunciado y cuestiones que se plantean

1.1. Enunciado

El día 2 de febrero de 2020 el señor Pérez Rocamón adquirió de la mercantil Camping, SA, a través de teléfono, una carpa de cinco por seis metros para su utilización personal en el jardín de su residencia habitual. Tras la entrega de la carpa en el domicilio del señor Pérez Rocamón, este constató su falta de conformidad, pues uno de sus laterales no tenía las medidas adecuadas (tal como figuraban en la página web en la que se ofertaba el producto), por lo que solicitó a la empresa Camping, SA que procediera a la subsanación del defecto en su domicilio. La entidad Camping, SA desestimó las reclamaciones del señor Pérez Rocamón por considerarlas carentes de fundamentación jurídica.

En relación con el contrato sumariamente descrito, han de tenerse en cuenta varios datos de interés, necesarios para plantear y resolver adecuadamente las diversas cuestiones a las que posteriormente aludiremos:

Nota: Este trabajo se inserta dentro del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación intitulado «Modernización y mejora de la protección jurídica de los consumidores en un mercado en creciente digitalización» (referencia: PID2020-117872RB-100) del que son investigadores principales los profesores doctores Luis María Miranda Serrano y Javier Pagador López, y del proyecto de investigación UCOLIDERA del Plan Propio de Investigación de la Universidad de Córdoba intitulado «La protección del consumidor ante los retos de la digitalización: aspectos contractuales y concurrenciales», del que es investigador principal el profesor doctor Antonio Casado Navarro.

- 1.º En primer lugar, que la mercantil Camping, SA, con domicilio social en Sevilla, es una empresa del ámbito del comercio minorista dotada de un sistema organizado de contratación de bienes a distancia, lo que le permite ofrecer sus productos a una buena parte de los consumidores residentes en los Estados miembros de la Unión Europea.
- 2.º En segundo lugar, que la referida entidad mercantil no informó al señor Pérez Rocamón de que, en caso de falta de conformidad del bien con el contrato, era necesario transportar el bien adquirido a su establecimiento mercantil con vistas a proceder a la subsanación de dicha falta; ni se ofreció a pagar por adelantado los costes derivados de dicho desplazamiento, ni dio información alguna al consumidor de que podía ejercitar un derecho de desistimiento negocial en el plazo de 14 días naturales a contar desde el momento de la recepción material del bien (la carpa).
- 3.º En tercer lugar, que en el momento de la celebración del contrato las partes no concretaron el lugar de la subsanación de la falta de conformidad del bien objeto del negocio (la carpa), existiendo, por tanto, sobre este extremo un vacío contractual.

Ante la falta de acuerdo entre las partes, el señor Pérez Rocamón solicitó a la empresa Camping, SA la resolución del contrato y el reembolso del importe de la carpa, a cambio de su devolución. La parte vendedora se opuso a tal requerimiento por no considerarlo conforme a derecho. Dicha oposición llevó al señor Pérez Rocamón a iniciar los trámites legales ante el tribunal de primera instancia del orden civil de Jaén (el lugar de su domicilio), a quién solicitó la resolución del contrato celebrado. En la tramitación del procedimiento, la empresa Camping, SA alegó, por vez primera, que era su domicilio social el lugar de subsanación de la falta de conformidad del bien sobre el que giraba la controversia.

El tribunal jiennense conocedor del asunto consideró que era esencial que las partes hubieran fijado en el contrato de compraventa el lugar de subsanación de la falta de conformidad del bien en cuestión, para poder comprobar si el señor Pérez Rocamón concedió o no a la empresa Camping, SA la oportunidad de proceder a la reparación o sustitución del bien, o le concedió para ello un plazo razonable. Además, el referido órgano jurisdiccional se planteó la duda de si los gastos de devolución del bien los debía anticipar la empresa vendedora (Camping, SA) o, por el contrario, debían ser asumidos por el consumidor (Sr. Pérez Rocamón).

1.2. Cuestiones que se plantean

Las cuestiones principales que se plantean en este caso pueden concretarse en las siguientes:

- 1.^a ¿En qué lugar debe poner el consumidor a disposición del comerciante el bien de consumo adquirido en una venta a distancia, con el fin de posibilitar a la parte

vendedora la aplicación de los remedios relativos a la falta de conformidad del bien con el contrato? ¿Ha de tratarse del domicilio social del comerciante o del lugar donde se encuentra el bien?

- 2.^a ¿En relación con la falta de conformidad, debe hacerse cargo el consumidor de los gastos de transporte de forma anticipada para la devolución del bien a la parte compradora, o, en cambio, ha de ser esta última quien deba adelantar su pago?
- 3.^a ¿Cuándo puede la parte compradora solicitar la resolución del contrato por falta de conformidad? o, si se prefiere, ¿cómo se soluciona jurídicamente el asunto de la jerarquía de remedios legales a ejercitar por el consumidor en el caso de falta de conformidad del bien con el contrato?
- 4.^a ¿Podría el sujeto que actúa en condición consumidora (señor Pérez Rocamón) ejercitar en este supuesto un derecho de desistimiento negocial?; en caso afirmativo, ¿durante qué plazo (duración y cómputo)?

2. Solución

2.1. Aclaraciones previas

Antes de ofrecer respuesta a las cuestiones que acabamos de plantear, es conveniente realizar algunas aclaraciones previas que ayudarán a comprender mejor las soluciones que se ofrecen a cada una de dichas cuestiones. En concreto, es necesario aclarar lo que sigue:

Primero. En 2015 la Comisión Europea anunció un conjunto de medidas destinadas a hacer frente a algunos de los retos de la revolución digital, con el objetivo principal de convertir el comercio electrónico en un motor de impulso económico para Europa (Gómez Pomar, 2023, p. 3). Esto explica que en el año 2019 fuesen aprobadas dos directivas comunitarias de gran calado e interés. De una parte, la Directiva (UE) 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales¹. De otra parte, la Directiva (UE) 2019/771 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes², que supuso la derogación de la longeva Directiva 1999/44/CE³. Con la aprobación de ambas directivas la Unión Europea pretende armonizar el Derecho

¹ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

² Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE.

³ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

contractual con el objetivo de crear un Mercado Único Digital (*Digital Single Market*) (Ferrer Guardiola, 2021, pp.172)⁴. Como se comprobará seguidamente, la solución a varias de las cuestiones planteadas en el caso práctico nos va a permitir desgranar algunos aspectos relevantes de la Directiva 2019/771, que opta por el principio de armonización máxima (artículo 4), a diferencia de su predecesora, que se regía por un criterio de mínimos (Morais Carvalho, 2020, p. 932; Gómez Pomar, 2023, p. 5). Y es que, en efecto, al originarse el conflicto sobre el que versa este caso práctico en un momento en el que aún no había sido incorporada al ordenamiento español la Directiva (UE) 2019/771 (lo que tuvo lugar a través del Real Decreto-Ley 7/2021) (Delgado Sáez, 2021, p. 855; Arnau Raventós, 2021, p. 2), las soluciones que se ofrezcan a las cuestiones relativas a la falta de conformidad del bien con el contrato habrán de construirse desde la perspectiva que ofrece esa nueva directiva comunitaria, según el principio de interpretación del derecho interno, de conformidad con el derecho de la Unión Europea.

Segundo. Junto a lo anterior, hemos de poner de manifiesto que el contrato litigioso sobre el que versa el caso práctico merece indubitadamente la calificación de contrato de consumo (contrato B2C), dado que es celebrado entre un consumidor y un empresario. Lógicamente, quien actúa como consumidor es la parte compradora (el señor Pérez Rocamón), pues adquiere un bien (en concreto, una carpa) al margen de una actividad empresarial o profesional o, si se prefiere (y con mayor fidelidad al modo en que definía al consumidor el artículo 1.3 de la derogada Ley de defensa de los consumidores y usuarios de 1984), sin finalidad de integrar dicho bien en procesos de mercado de carácter industrial, comercial o profesional (Miranda Serrano, 2006, pp. 200 y ss.; Cámara la Puente, 2011, pp. 102 y ss.)⁵. Frente al consumidor (señor Pérez Rocamón) se sitúa un empresario; en este caso un empresario mercantil con forma de sociedad anónima (Camping, SA), aunque ha de quedar claro que para la normativa de consumo pueden ser empresarios no solo los mercantiles (ya sean sociales o individuales), sino también los civiles (como agricultores, ganaderos y artesanos), así como los profesionales liberales (médicos, arquitectos, abogados, etc.) (Miranda Serrano, 2011a, pp. 1.470 y ss.). Además, se trata de un contrato de consumo a distancia, pues concurren en él las exigencias requeridas para estar en presencia de este sistema de celebrar contratos; a saber: 1.^a que el empresario cuente con un sistema *ad hoc* de celebración de contratos a distancia (por lo que no son contratos a distancia los negocios que, pese a celebrarse a distancia, revistan carácter meramente ocasional y aislado: caso, por ejemplo, de la venta ocasional celebrada por teléfono o fax entre un consumidor y un operador eco-

⁴ A estas normas armonizadoras han de añadirse otras también dirigidas a afrontar los retos de la digitalización. Entre ellas, cabe citar aquí, por ejemplo, la Directiva (UE) 2019/2161, que regula por vez primera en la Unión Europea, entre otras materias, las reseñas online de bienes y servicios emitidas por los consumidores y usuarios (asunto abordado de forma amplia por Miranda Serrano, 2023, pp. 155 y ss.).

⁵ Son también consumidores, en virtud del artículo 3 del TRLGDCU, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (Diéguez Aguilera, 2022b, pp. 7 y ss.)

nómico que utiliza habitualmente el sistema de contratación tradicional, al carecer de un sistema organizado que le permita contratar a distancia con todos sus clientes); y 2.^a, que en las fases precontractual y contractual (no en la poscontractual, de ejecución del negocio) las partes se valgan de un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza y, por tanto, el contrato se concluya entre ellas sin que estén presentes física y simultáneamente la una frente a la otra (Miranda Serrano, 2012, pp. 77 y ss.; Clemente Meoro, 2006, p. 166).

2.2. ¿En qué lugar debe poner el consumidor a disposición del comerciante el bien de consumo adquirido en una venta a distancia, con el fin de posibilitar a la parte vendedora la aplicación de los remedios relativos a la falta de conformidad del bien con el contrato? ¿Ha de tratarse del domicilio social del comerciante o del lugar donde se encuentre el bien?

En el caso que nos ocupa, las partes no habían concretado en el contrato de compraventa de la carpa el lugar donde se debía llevar a cabo la subsanación de la falta de conformidad del bien con el contrato, en el supuesto –lógicamente– de que esta aconteciera. El consumidor se negaba a transportar el bien hasta el domicilio social del vendedor y este, por su parte, no le había indicado, desde el principio, que era a él (señor Pérez Rocamón) a quien correspondía el deber de trasladar el bien hasta su domicilio social. La entidad vendedora, por otro lado, tampoco se había ofrecido a asumir los gastos que al señor Pérez Rocamón le supondría dicho desplazamiento.

Pues bien, uno de los inconvenientes que presenta el articulado de la actual directiva reguladora de las faltas de conformidad de los bienes con el contrato (Directiva 2019/771) consiste en que (al igual que su predecesora) no resuelve el inconveniente del lugar de cumplimiento de la subsanación de la falta de conformidad del bien con el contrato (Bermúdez Ballesteros, 2019, p. 2). Su artículo 14.1 c) se limita a disponer que la reparación o sustitución del bien defectuoso se debe llevar a cabo «sin inconvenientes significativos para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad para la que el consumidor necesitara los bienes».

De la lectura del precepto transcrito puede colegirse sin gran dificultad que dicha disposición no aporta demasiada claridad a la problemática que aquí se plantea. Si optásemos por la solución acogida por el señor Pérez Rocamón, podríamos convenir en que la reparación del bien defectuoso en su domicilio sería la opción menos perjudicial para él. Pero quizás los gastos que dicha solución generaría a la parte vendedora (Camping, SA) podrían considerarse desproporcionados (gastos de transporte, mano de obra, etc.). Por otra parte, si nos decantásemos por la solución contraria, es decir, por exigir al consumidor (señor Pérez Rocamón) que asuma la devolución del bien defectuoso y lo ponga a disposición de

la parte vendedora (Camping, SA) en su establecimiento mercantil, tendríamos que concluir que la subsanación de la falta de conformidad del bien supondría un inconveniente tal vez excesivo para la parte que actúa en condición consumidora (el señor Pérez Rocamón).

Frente a esta falta de claridad legal, parece procedente recurrir a la jurisprudencia con vistas a determinar si existen o no criterios judiciales relativos a esta controvertida cuestión. Y lo cierto es que dichos criterios existen. Han sido formulados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) quien, acogiendo la tesis sostenida por la doctrina, ha defendido que para resolver este asunto habrá de estarse a las circunstancias concurrentes en cada caso⁶. Por tanto, según esta tesis, cabría concluir lo que sigue:

- 1.º Si las partes han fijado en el contrato de compraventa el lugar donde se debe llevar a cabo la subsanación de la falta de conformidad, se deberá estar a lo pactado por ellas. De ahí que se considere conveniente no solo que se pacte el lugar, sino también que se fijen los deberes que ambos contratantes asumen. Por consiguiente, la autonomía privada de las partes se alza como el primer criterio para poder determinar el lugar de subsanación de la falta de conformidad del bien con el contrato (Izquierdo Grau, 2020, pp. 1.605 y ss.).
- 2.º Ahora bien, en ausencia de acuerdo entre las partes sobre este extremo, se estará al caso concreto, cumpliendo los presupuestos que recoge el artículo 14 de la Directiva 2019/771; a saber: que la subsanación o reparación del bien se produzca sin inconvenientes significativos para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad para la que el consumidor los necesita.

Por ejemplo, si el bien sobre el que versa el contrato celebrado a distancia es de pequeñas dimensiones, como un móvil o una *tablet*, el consumidor puede entregarlo fácilmente en el domicilio social del vendedor o remitirlo por mensajería. Aunque ello puede suponerle alguna molestia, lo cierto es que no le origina un grave inconveniente. En cambio, si el bien objeto del contrato es de dimensiones más grandes, por ejemplo, un electrodoméstico (como una lavadora o un frigorífico), es muy probable que la subsanación de la falta de conformidad se deba llevar a cabo en el lugar donde radica el bien. Razón por la cual en estos otros supuestos el consumidor debería tener derecho a que la reparación o sustitución del bien en cuestión se llevase a cabo en su domicilio, para cumplir así con lo dispuesto en el referido artículo 14 de la Directiva 2019/771.

Dado que en el caso que analizamos la carpa estaba prácticamente montada en el jardín del señor Pérez Rocamón (salvo el lateral, en el que se apreció la falta de conformidad por no reunir las medidas adecuadas), la solución más razonable

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 23 de mayo de 2019. *Christian Füllä contra Toolport* (caso C-52/18).

consistiría en exigir a la empresa vendedora (Camping, SA) el desplazamiento al domicilio del comprador (señor Pérez Rocamón) para proceder a la subsanación conforme a derecho de dicha falta de conformidad.

Acerca de la solución que acabamos de proponer, hemos de poner de manifiesto que los hechos a los que se refiere el caso acaecieron en febrero de 2020, esto es, previamente a que tuviera lugar la incorporación al ordenamiento español de la Directiva 2019/771. En ese momento, regía en nuestro derecho una normativa sobre garantías en la venta de bienes de consumo derivada de la ya derogada Directiva 1999/44, que nada recogía respecto del lugar de subsanación de la falta de conformidad del bien con el contrato.

Sin embargo, tras la incorporación al ordenamiento español de la Directiva 2019/771 (a través del Real Decreto-Ley 7/2021 de reforma del texto refundido de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios, TRLGDCU) se ha tratado de resolver dicho vacío legal. Así lo corrobora el actual artículo 118.5 del TRLGDCU, donde se dispone que cuando proceda la reparación o la sustitución del bien (medidas de subsanación de la falta de conformidad correspondientes al primer nivel, como tendremos ocasión de explicar más adelante), el consumidor o usuario lo pondrá a disposición del empresario y este, en su caso, recuperará el bien sustituido a sus expensas de la forma que menos inconvenientes genere para el consumidor o usuario, dependiendo del tipo de bien.

No es difícil colegir de la disposición a la que acabamos de referirnos que el comprador tiene el deber de poner a disposición del vendedor el bien defectuoso, asumiendo la parte vendedora (esto es, el empresario) los gastos derivados de la puesta a disposición de la forma que menos perjuicios o inconvenientes se generen para quien actúa como consumidor. Por consiguiente, la solución que hemos propuesto al problema de la falta de acuerdo de las partes en torno al lugar de subsanación del defecto sería la misma si los hechos hubiesen acaecido bajo la vigencia de la normativa sobre falta de conformidad vigente en nuestro país a partir de la transposición de la Directiva 2019/771.

2.3. ¿En relación con la falta de conformidad, debe hacerse cargo el consumidor de los gastos de transporte de forma anticipada para la devolución del bien a la parte compradora, o, en cambio, ha de ser esta última quien deba adelantar su pago?

Como indicamos *supra*, otra de las cuestiones que se plantean en este caso práctico estriba en determinar si el sujeto que actúa en condición consumidora (el señor Pérez Rocamón) debe asumir de manera anticipada los gastos de transporte necesarios para que se proceda a la subsanación de la falta de conformidad o, en cambio, ha de corresponder a la parte vendedora (Camping, SA) adelantar el pago de dichos gastos.

Al respecto, la normativa española previa a la incorporación de la Directiva 2019/771 disponía que la reparación y la sustitución del bien defectuoso debían ser gratuitas para el consumidor (en coherencia con la solución acogida por la ya derogada Directiva 1999/44, que empleaba los términos «sin cargo alguno» para la parte consumidora). Y a lo anterior añadía nuestro legislador que dicha gratuidad comprendía los gastos necesarios para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, especialmente los gastos de envío (aunque sin hacer mención expresa a los originados por el transporte), así como los relacionados con la mano de obra y los materiales.

Esa misma dirección –aunque con una regulación más exigua– ha seguido la Directiva 2019/771. Esta se limita a disponer que la reparación o sustitución del bien defectuoso debe realizarse de «forma gratuita». Por lo que hemos de preguntarnos si en esa expresión se ha de incluir el deber de la parte vendedora (Camping, SA) de anticipar los gastos de envío o de transporte de los bienes defectuosos en las compraventas a distancia, cuando para remediar la falta de conformidad del bien se deba enviar este (la carpa, en el caso que nos ocupa) al establecimiento mercantil o comercial del vendedor.

La respuesta a esta cuestión la ha ofrecido el TJUE, que se ha decantado por una solución proporcional o intermedia⁷. A su juicio, no siempre los vendedores tienen que anticipar de manera sistemática los gastos de la devolución del bien defectuoso (es decir, no debe ser la regla general que los vendedores deban anticipar tales gastos), pero sí deben asumirlos cuando los costes de los envíos puedan disuadir a los compradores-consumidores del ejercicio de sus derechos, lo que debe valorarse caso por caso, en función del coste que supone el transporte de los bienes y su valor (Bermúdez Ballesteros, 2019, p. 7). De modo que cuando el artículo 14 de la Directiva 2019/771 establece que la obligación de subsanar el defecto presente en el bien debe hacerse «de forma gratuita», es claro que lo que se pretende es evitar la imposición de cargas a los consumidores que puedan disuadirles de ejercer sus derechos ante una eventual falta de conformidad del bien con el contrato.

Un ejemplo nos permitirá comprender mejor lo que acabamos de expresar: supongamos que adquirimos por internet un congelador de grandes dimensiones para nuestra casa de campo. Y que cuando lo recibimos nos percatamos de su falta de conformidad con el contrato. Puede darse el caso de que la empresa radique en nuestra misma localidad. Pero también puede suceder que el domicilio social de la empresa se encuentre, por ejemplo, en Alemania. Pues bien, se puede deducir fácilmente que si es el comprador quien debe asumir los gastos de devolución del bien defectuoso, se vería disuadido en el ejercicio de sus derechos. Razón por la cual en este supuesto sería el vendedor quien debería cargar de manera anticipada con dichos gastos.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 23 de mayo de 2019. *Christian Füllä contra Toolport* (caso C-52/18).

En lo que concierne al caso objeto aquí de análisis, como hemos concluido en la cuestión precedente que es razonable (y conforme a derecho) que sea la parte vendedora (Camping, SA) la que haya de desplazarse al domicilio de la parte compradora (señor Pérez Rocamón) para dar solución a la falta de conformidad del bien con el contrato, habremos de concluir también que los gastos derivados de dicho desplazamiento habrán de ser asumidos por la entidad vendedora (Camping, SA).

A la solución que acabamos de exponer conduce la aplicación de la normativa vigente en el momento en el que acontecieron los hechos: febrero de 2020. Como hemos expuesto más arriba, dicha normativa derivaba directamente de la Directiva 1999/44, toda vez que se decantaba por establecer que la reparación y la sustitución del bien defectuoso habían de ser gratuitas para el consumidor. Y, además, precisaba al respecto que la aludida gratuidad abarcaba, entre otros gastos, los derivados del envío del bien.

Por último, no queremos poner punto final a esta cuestión sin dejar constancia de que idéntica solución a la expuesta habría de darse al asunto que nos ocupa en el derecho vigente, fruto de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2019/771. Así ha de ser por cuanto que, de forma similar al artículo 14 de la directiva que acaba de mencionarse, el legislador español ha dispuesto en el apartado cuarto del artículo 118 del TRLGDCU que las medidas correctoras de la falta de conformidad del bien con el contrato deben ser gratuitas para el consumidor y usuario, siendo la parte vendedora quien ha de asumir los costes que de ellas se deriven. A lo que ha añadido, con la finalidad de ser más preciso en torno a los extremos abarcados por la gratuidad, que esta comprenderá los gastos necesarios para que los bienes sean puestos en conformidad, mencionado expresamente entre ellos los derivados del «transporte» (junto con los de envío, mano de obra o materiales).

2.4. ¿Cuándo puede la parte compradora solicitar la resolución del contrato por falta de conformidad? o, si se prefiere, ¿cómo se soluciona jurídicamente el asunto de la jerarquía de remedios legales a ejercitar por el consumidor en el caso de falta de conformidad del bien con el contrato?

Una de las similitudes que presenta la actual directiva con la ya derogada Directiva 1999/44/CE consiste en que ambas establecen una jerarquía de remedios de los que dispone el consumidor ante la apreciación de una falta de conformidad del bien con el contrato. Actualmente, es el artículo 13.1 de la Directiva (UE) 2019/771 el que dispone los remedios que tiene el consumidor ante el vendedor: la reparación o sustitución del bien, por un lado, y la rebaja del precio o la resolución del contrato, por otro.

A la vista del contenido de este precepto, cabe afirmar que el consumidor cuenta con dos bloques o niveles de remedios en materia de falta de conformidad. En el primer nivel

se encuentra la reparación y la sustitución del bien. Pero si estos remedios no fueran suficientes para subsanar la falta de conformidad de la que adolece el bien o fueran imposibles o desproporcionados, el consumidor pasaría a contar con los remedios del segundo nivel: la reducción del precio o la resolución del contrato (Delgado Sáez, 2021, p. 865; Cámara la Puente, 2021, pp. 14 y ss.).

De modo que el consumidor no es libre a la hora de escoger el medio para solucionar la falta de conformidad. Los apartados segundo y tercero del artículo 13 de la Directiva (UE) 2019/771 imponen, claramente, un orden jerárquico al que el consumidor queda sujeto. El establecimiento de esta jerarquía de remedios obedece principalmente a los intereses de los vendedores, al ofrecérseles la oportunidad de subsanar la falta de conformidad del bien antes de que se proceda a la resolución del contrato, lo que no constituye sino una plasmación legal expresa del principio de conservación del negocio o contrato (Izquierdo Grau, 2020, p. 1.595).

Existe, no obstante, una excepción a esta jerarquización de las medidas correctoras. La misma se contempla en el artículo 3.7 de la Directiva 2019/771, donde se permite que los Estados miembros den la opción al consumidor (por tanto, sin jerarquía alguna) de elegir libremente el remedio si la falta de conformidad se manifiesta dentro de los 30 días siguientes a la entrega (Gómez Pomar, 2023, p. 5; Arnau Raventós, 2021, p. 12).

A continuación, vamos a referirnos, en un primer momento, a la reparación o sustitución del bien (primer nivel) y seguidamente a la rebaja en el precio o la resolución del contrato (segundo nivel):

A) Reparación y sustitución del bien

Como hemos indicado, la reparación o sustitución del bien es la primera opción de la que dispone el consumidor para subsanar la falta de conformidad (Verda y Beamonte y Muñoz Rodrigo, 2021, p. 6). Al respecto, la Directiva (UE) 2019/771 no aclara qué debemos entender ni por reparación ni por sustitución, a diferencia de lo que hacía el artículo 1.2 f) de la Directiva 1999/44/CE, que definía la reparación como la acción consistente en poner el bien en un estado que sea conforme al contrato de venta (Marín López, 2019, p. 14).

Si se opta por la reparación del bien defectuoso, nos podemos encontrar dos escenarios distintos:

- 1.º El primero consistiría en que, tras la reparación, el bien posea una nueva falta de conformidad de la misma naturaleza que la anterior o estrechamente relacionada con ella. En este caso el consumidor podría acogerse a alguna de las medidas del segundo nivel, ya que la reparación inicial no habría logrado poner el bien en conformidad con el contrato (aunque también, si lo desea, podría volver a optar por una segunda reparación).

- 2.º El segundo escenario estibaría en que el bien no fuera conforme con el contrato por presentar un nuevo defecto, diferente del anteriormente reparado. En este supuesto, como es natural, sería bastante más difícil defender que el consumidor pueda acogerse directamente a las medidas del segundo nivel (art 13.4 Directiva 2019/771).

Aunque la Directiva (UE) 2019/771 no define tampoco el término sustitución, puede intuirse que con él se alude a la acción consistente en reemplazar el bien defectuoso por otro idéntico o de similar naturaleza, que no esté afectado por ninguna falta de conformidad. Cabría preguntarse si el bien que se da en sustitución del anterior ha de ser completamente nuevo o, por el contrario, cabe que sea de segunda mano (dado el silencio que la directiva guarda sobre este asunto). Desde nuestro punto de vista, es aconsejable descartar la segunda solución (posibilidad de entregar un bien de segunda mano) en aras de ofrecer una adecuada protección a los intereses del consumidor.

En cuanto al periodo de tiempo en el que dicha disconformidad debe ser apreciada, la Directiva 2019/771 establece que si la falta de conformidad apareciera durante el primer año, se presume que el bien adolece de dicha falta desde la entrega (artículo 11); mientras que si la falta de conformidad se manifiesta pasado el primer año, se deberá demostrar por parte del vendedor que ese bien adolecía del defecto señalado desde su entrega. Por tanto, la presunción de que la falta de conformidad ya existía desde el momento de la entrega del bien opera durante el primer año a contar desde la entrega del bien (Delgado Sáez, 2021, p. 870).

Aclarado lo anterior, surge la cuestión de dilucidar si el consumidor es libre para decidir entre las medidas del primer nivel. La respuesta ha de ser negativa. El consumidor se ve, en cierta forma, constreñido a la hora de decidir entre la reparación o la sustitución del bien. Su decisión puede verse afectada si la medida por la que se inclina supone unos costes desproporcionados para el vendedor o resulta imposible (aunque los casos de imposibilidad, al menos en la sustitución, son muy escasos). Se debe atender a los requisitos que establece el artículo 13.2 de la directiva para saber qué medida es la más adecuada (Marín López, 2019, p. 14); a saber: a) el valor que tendrían los bienes si no hubiese existido la falta de conformidad; b) la relevancia que supone esa falta de conformidad en el bien; y c) si se puede aplicar la medida correctora de primer nivel sin mayores inconvenientes para el consumidor.

En conclusión, el vendedor se puede oponer a la reparación o a la sustitución del bien si la medida por la que opta el consumidor es desproporcionada. Por ejemplo, en el caso de que se tratara de un bien de escaso valor (piénsese en una batidora) es muy probable que su reparación merezca considerarse desproporcionada, puesto que los costes que generaría serían superiores al valor del bien en el mercado. Por ello, en este supuesto, el remedio más oportuno sería muy probablemente la sustitución.

Por otra parte, los dos remedios a los que acabamos de referirnos han de realizarse de «forma gratuita» para el consumidor. Se trata con ello de evitar que el consumidor sea di-

suadido en el ejercicio de sus derechos, como lo constata y argumenta la mayor parte de la doctrina. De modo que ha de ser el vendedor quien deba hacerse cargo de los gastos que haya tenido que asumir, en su momento, el consumidor para demostrar la falta de conformidad del bien con el contrato.

En todo caso, habría sido deseable que la actual directiva hubiera previsto reglas específicas para las compraventas a distancia. Sobre todo porque del artículo 14.1 pueden derivarse reglas poco equitativas para ambas partes. En concreto, en las compraventas a distancia habrá de tenerse en cuenta lo señalado por la jurisprudencia del TJUE, que opta por una solución intermedia, al repartir los gastos de recogida del bien entre las partes si el consumidor se encuentra muy alejado del domicilio social del vendedor⁸.

Imagínese el siguiente supuesto: un comprador que adquiere un vehículo de alta gama por internet a una empresa cuyo domicilio social radica en Francia y en el momento en el que el consumidor aprecia la falta de conformidad del vehículo se encontraba de vacaciones en Grecia. Si atendemos al tenor del artículo 14, ¿sería el vendedor el que debe hacerse cargo de los gastos de recogida del bien defectuoso, independientemente del lugar en el que se encuentre el bien en cuestión? ¿Serían dichos gastos desproporcionados?

Otro extremo importante al que se refiere el artículo 14 es el del plazo para la reparación o sustitución del bien. Según esta norma, dichas actuaciones deben llevarse a cabo en un «plazo razonable» desde el momento en que se informa al vendedor de la falta de conformidad por parte del consumidor. A la vista de esta regulación, cabe concluir que la Directiva 2019/771 no establece un plazo específico en el que se deba llevar a cabo la reparación o la sustitución, por lo que habrá de estarse al caso concreto. Ahora bien, en virtud de lo que señala el considerando 55 de la Directiva de 2019, el plazo habrá de ser el más breve posible, atendiendo a la naturaleza y complejidad del bien objeto de la reparación o de la sustitución.

B) Rebaja del precio y resolución del contrato

Como señalamos más arriba, el segundo nivel de remedios está conformado por la rebaja del precio o la resolución del contrato. Es el artículo 13.4 Directiva 2019/771 el que contempla las diferentes causas por las que el consumidor puede acudir a estos remedios:

Primero: que el vendedor no hubiera cumplido con el remedio del primer nivel más adecuado o se hubiera subsanado el defecto de manera incompleta (13.4 a).

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de junio de 2011. *Gebr. Weber GmbH contra Jürgen Wittmer* (C-65/09 [NormaCEF NCJ055099]) e *Ingrid Putz contra Medianess Electronics GmbH* (C-87/09 [NormaCEF NCJ055099]). Al respecto, Gómez Pomar (2023, p. 6).

Segundo: que la falta de conformidad del bien se mantenga pese al intento del vendedor de poner el bien en conformidad con el contrato (13.4 b).

Tercero: que la falta de conformidad, por su propia entidad, justifique la aplicación de una reducción del precio o la resolución del contrato, sin necesidad de acudir a los remedios de primer nivel (13.4 c).

Cuarto: que el vendedor admita (o así se desprenda de las circunstancias) que no va a cumplir con la puesta en conformidad del bien en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor (13.4 d).

Como puede observarse, existen diferentes escenarios de actuación. El artículo 13.4 a) recoge el supuesto de que el vendedor no lleve a cabo los remedios de primer nivel, esto es, la reparación o la sustitución del bien defectuoso, siempre que el consumidor lo haya puesto en su conocimiento de manera fehaciente (el considerando 50 establece que el consumidor debe utilizar un medio que garantice la recepción de la comunicación por parte del vendedor y la verificación de su contenido; piénsese –por ejemplo– en un correo electrónico) (Izquierdo Grau, 2020, pp. 1.611 y ss.).

Si el vendedor acepta subsanar la falta de conformidad del bien, ya sea mediante su reparación o bien por su sustitución, debe hacerlo en un plazo razonable y sin causar mayores perjuicios al consumidor. Ahora bien, estaremos en el supuesto contemplado en la primera mitad del artículo 13.4 a) si una vez acordada por las partes la forma de subsanación del bien, el vendedor incumpliera su promesa de reparar o sustituir el bien en cuestión.

Además, el artículo 13.4 a) también contempla el supuesto de que el vendedor haya cumplido «a medias» con su obligación de reparar o sustituir el bien defectuoso (subsanación incompleta). En estos supuestos, el consumidor tendrá derecho a una rebaja en el precio del bien (que debe ser proporcional a la diferencia entre el valor que el bien hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el bien tenga en el momento de la entrega, según lo dispuesto en el artículo 15) o a solicitar la resolución del contrato. Igualmente, el consumidor se podrá acoger a los remedios de segundo nivel si los del primero son imposibles o conllevan unos costes desproporcionados para el vendedor (Ferrer Guardiola, 2021, p. 215).

Por su parte, el artículo 13.4 b) contempla el supuesto de que, pese a que el vendedor ha intentado poner en conformidad el bien, el defecto subsiste. El consumidor, en ese caso, podría recurrir a los remedios del segundo nivel. No obstante, ello no implica que el consumidor no pueda volver a optar por los remedios del primer nivel, es decir, si el vendedor ha intentado reparar el bien, pero el defecto subsiste, ello no impide que el consumidor pueda solicitar la sustitución del bien por otro que no adolezca del defecto; de esta forma se le otorga al vendedor una nueva oportunidad antes de llevar a cabo la resolución del contrato. Esto dependerá de las circunstancias del caso concreto y del perjuicio que se le pueda

causar al consumidor por los diferentes intentos que se le hayan otorgado al vendedor para subsanar el defecto.

Es importante que nos preguntemos si el consumidor no puede acudir directamente a los remedios del segundo nivel, sin necesidad de tener que acudir previamente a la reparación o sustitución del bien. La respuesta la podemos encontrar en el apartado c) del artículo 13.4 y en el considerando 52 de la Directiva 2019/771, donde se establece que el consumidor podrá acogerse a la reducción del precio o a la resolución del contrato directamente, siempre y cuando el defecto del que adolezca el bien sea de especial gravedad⁹.

Por último, el artículo 13.4 d) permite al consumidor acogerse a los remedios del segundo nivel cuando el vendedor se niegue, o se desprenda de las circunstancias del caso, que no llevará a cabo la subsanación de la falta de conformidad del bien en un plazo razonable o sin causar mayores inconvenientes al consumidor. Como ya se ha mencionado, se deberá estar a las circunstancias concretas del caso, atendiendo a la naturaleza del bien defectuoso y los inconvenientes que le supondría al vendedor subsanar su falta de conformidad. Aunque cada Estado miembro ha de interpretar lo que debe entenderse por «plazo razonable», habría sido deseable que la directiva fijase un determinado plazo.

En todos los supuestos analizados, parece que el defecto del que adolezca el bien debe revestir una entidad suficiente para poder acogerse a los remedios del segundo nivel, así parece desprenderse del artículo 13.4, pues no sería proporcionado que el consumidor se acogiera a la reducción del precio o a la resolución del contrato si el defecto del bien fuera insignificante. En este sentido, no hemos de olvidar que el legislador persigue encontrar soluciones equilibradas entre las partes (considerando 53 Directiva 2019/771).

Por tanto, para poder optar por la resolución del contrato, la falta de conformidad del bien debe ser grave o esencial (otro aspecto poco determinado por la directiva, que no establece en qué casos se considera que la falta de conformidad es grave o reviste cierta entidad) (Casado Melgar, 2015, p. 3), bien entendido que corresponde al vendedor la prueba de que la falta de conformidad es de escasa relevancia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.5 de la Directiva 2019/771. Con esta regulación no es difícil advertir que lo que se pretende es que la resolución del contrato sea la última opción del consumidor frente a las faltas de conformidad, con vistas a tratar de mantener el vínculo contractual en interés también del vendedor.

No habrá falta de conformidad, en virtud del artículo 7.5 de la Directiva 2019/771, cuando en el momento de la celebración del contrato, el consumidor hubiese sido informado por

⁹ Por ejemplo, el consumidor podrá solicitar la reducción del precio o la resolución del contrato si en la compra de un teléfono móvil reacondicionado con una capacidad interna de 128 GB, finalmente tan solo posee una capacidad de 64 GB, o bien se encuentre la falta de conformidad en su sistema operativo. En estos casos, el consumidor no puede solicitar la reparación o sustitución del teléfono, por lo que directamente podría optar por los remedios del segundo nivel.

el vendedor, de manera específica, de que una determinada característica de los bienes se aparta de los requisitos objetivos de conformidad, y el consumidor hubiese aceptado, de manera expresa y por separado, esta circunstancia en el momento de celebración del contrato de compraventa. En este supuesto no podrá optar por las medidas correctoras que recoge la directiva (Marín López, 2019, p. 12).

Tras la exposición de los remedios legales por falta de conformidad que acabamos de efectuar, hemos de realizar un apunte final sobre la cuestión que aquí nos interesa, relativa a si la parte compradora (el señor Pérez Rocamón) está facultada para solicitar como primera y única medida la resolución del contrato por falta de conformidad. De lo expuesto parece claro que esta cuestión merece una respuesta negativa. Si el señor Pérez Rocamón desea utilizar los remedios legales por falta de conformidad (como ocurre en el caso), debe optar inicialmente por las medidas del primer nivel, consistentes –según hemos visto– en la reparación o sustitución del bien (la carpa). Y solo si estas medidas no hubiesen sido satisfactorias (en los términos fijados legalmente), procedería optar por la resolución contractual.

La anterior nos parece que es la solución que procede de aplicar el derecho vigente en el momento en el que acontecieron los hechos (febrero de 2020), de conformidad con la Directiva 2019/771. No en vano, dicha normativa (derivada de la ya derogada Directiva 1999/44) también optaba por la jerarquización de remedios ante la falta de conformidad del bien con el contrato. Lo hacía en el siguiente sentido:

- 1.º Ponía a disposición de la persona consumidora las medidas conformadoras del primer nivel (reparación o sustitución del bien) que podían ejercitarse, siempre que no fueran imposibles o desproporcionadas para la parte vendedora.
- 2.º También recogía –con carácter subsidiario– las medidas integrantes del segundo nivel (rebaja en el precio/resolución contractual), si bien optando expresamente por la improcedencia de la resolución negocial cuando la falta de conformidad fuese de escasa importancia.

En el derecho vigente, el artículo 118 del TRLGDCU dispone que si el bien presenta una falta de conformidad con el contrato, el consumidor o usuario, para poder ponerlo en conformidad, tendrá derecho a elegir entre la reparación o la sustitución del bien (primer nivel); a lo que podrá negarse el empresario cuando resulte imposible o suponga costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias (y especialmente el valor que tendrían los bienes si no hubiera existido falta de conformidad y la relevancia de la falta de conformidad). Además, se reconoce al consumidor o usuario la facultad de acogerse a la reducción del precio o resolución del contrato (segundo nivel), para lo cual deberá atender a lo dispuesto en el artículo 119 del TRLGDCU, que mantiene una redacción similar a lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Directiva 2019/771. Por último, el artículo 119 ter 2.º del TRLGDCU también establece que la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia.

A la vista de la regulación vigente en nuestro ordenamiento en materia de falta de conformidad, a la que acabamos de referirnos de forma muy sintética, no parece difícil concluir que el asunto que aquí nos preocupa, referente a si el comprador puede utilizar como primera y única medida la resolución del negocio, también se hace acreedor de una respuesta negativa, dada la jerarquía de remedios por la que opta la legislación española actual en coherencia con la dirección seguida por el legislador europeo en la Directiva 2019/771.

2.5. ¿Podría el sujeto que actúa en condición consumidora (señor Pérez Rocamón) ejercitar en este supuesto un derecho de desistimiento negocial?; en caso afirmativo, ¿durante qué plazo (duración y cómputo)?

Como se sabe, la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores¹⁰ derogó las directivas de 1997 y 1985 sobre los contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un régimen jurídico prácticamente idéntico para estos dos sistemas de celebrar contratos (Miranda Serrano, 2012, pp. 77 y ss.). Dicho régimen jurídico se incorporó al ordenamiento español a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios (Sosa Olán, 2015, p. 106).

Más recientemente, la Directiva (UE) 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, a la que nos referimos más arriba, ha fijado determinadas especialidades para el derecho de desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales (Miranda Serrano, 2021, pp. 1 y ss.; Diéguez Aguilera, 2022a, p. 11), aunque las mismas no han de ser tenidas en cuenta para responder a la cuestión que ahora nos planteamos, pues el contrato al que se refiere el caso que analizamos es una compraventa de una mercadería (en concreto, de una carpa) y, por consiguiente, no entra dentro de la categoría de contratos sobre contenidos digitales tal como es delimitada por la referida directiva de 2019.

Entrando ya en la respuesta a la cuestión planteada, hemos de poner de manifiesto que previamente a la Ley 3/2014, los plazos para desistir eran distintos dependiendo de que el contrato fuese a distancia o celebrado fuera del establecimiento mercantil (Miranda Serrano, 2011a, p. 1.515). En efecto:

- 1.º En el primer caso (contrato celebrado a distancia), el TRLGDCU fijaba dos plazos diversos (Bermúdez Ballesteros, 2014, pp. 112 y ss.): uno de siete días hábiles de

¹⁰ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

carácter general (arts. 71.1 y 101.1), y otro excepcional de tres meses, aplicable solo cuando el empresario incumplía los deberes de información que le imponía el artículo 69.1. Bien entendido que este último plazo de tres meses podía acortarse a siete días hábiles cuando el empresario cumplía los referidos deberes de información (arts. 71.3 y 101.1).

- 2.º En el segundo caso (el contrato era celebrado fuera del establecimiento mercantil), el plazo para desistir era de siete días naturales (art. 110.1). Y cuando en este otro sistema de concluir o celebrar contratos (Miranda Serrano, 2001, *passim*) el empresario incumplía el deber de informar al consumidor del derecho desistimiento, no se ampliaba el plazo para desistir, sino que se paralizaba su cómputo, posponiéndose su inicio al día en que se daba cumplimiento a dicho deber de información (es art. 69.1).

Ahora bien, la Ley 3/2014 ha reformado ampliamente este régimen jurídico. Dando debido cumplimiento a los mandatos de la Directiva 2011/83, ha dispuesto en esta materia que tanto en los contratos celebrados a distancia como en los concluidos fuera de los establecimientos mercantiles, el consumidor cuenta con un plazo de 14 días naturales para ejercitar el derecho de desistimiento (arts. 102 y 104 TRLGDCU). En nuestra opinión, ha de darse la razón a la doctrina que valora de forma positiva la unificación del plazo para ejercitar el derecho de desistimiento en los dos sistemas de contratación que comentamos, pues no parece razonable mantener diferencias en esta materia, ya que, aun cuando se acepte que los peligros que estos dos sistemas de contratación conllevan para los consumidores no son totalmente coincidentes, lo cierto es que ambos comparten «una cierta identidad de razón», al prescindir de los lugares donde habitualmente vienen celebrándose los contratos: los establecimientos mercantiles de los empresarios (Miranda Serrano, 2012, pp. 77 y ss.). Además, coincidimos también con esta doctrina cuando considera acertada la solución de ampliar el plazo para desistir de 7 a 14 días, pues ello tiene como consecuencia el aumento de la confianza del consumidor en estos dos sistemas de contratación, promoviendo la celebración de contratos a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles en los Estados miembros de la Unión Europea.

Excepcionalmente, sin embargo, el plazo para desistir se fija en 12 meses cuando el comerciante no facilita al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento en el modo exigido por esta normativa. Aunque si en este plazo excepcional de 12 meses el comerciante proporciona dicha información, el plazo para poner fin a la relación contractual (esto es, para desistir) vuelve a ser nuevamente de 14 días naturales contados a partir del momento en que la información es facilitada (art. 105 TRLGDCU).

En relación con este plazo excepcional de 12 meses, compartimos las críticas que esta solución de política legislativa ha suscitado a un sector doctrinal (Miranda Serrano, 2011b, pp. 475 y ss.), porque, al ser la información sobre este derecho esencial para su ejercicio (en los términos resueltos por el TJUE en el asunto *Martín Martín/EDP Editores SL*, donde pone de manifiesto que en el deber de informar al consumidor del desistimiento negocial

subyace un auténtico *interés público*¹¹, la omisión de dicha información no debería conllevar la ampliación (a 12 meses) del plazo para desistir, sino que habría de posibilitar al consumidor el ejercicio del derecho de desistimiento hasta tanto el empresario no cumpla sus deberes de información relativos al mismo. Y es que, si el consumidor no es informado de su derecho a desistir del contrato, lo más probable es que transcurran los 12 meses de los que habla la ley sin haberlo ejercitado.

En el caso objeto aquí de análisis, la empresa vendedora (Camping, SA) no informó al consumidor (señor Pérez Rocamón) de la existencia del derecho de desistimiento en los términos exigidos por la ley (en concreto, por el TRLGDCU). Por ello el señor Pérez Rocamón cuenta con un plazo de 12 meses para desistir. Dicho plazo se computa desde el momento de la recepción material del bien adquirido (la carpa) o, para ser más exactos y fieles al tenor literal de la norma que regula esta materia, a partir del día en que el consumidor o un tercero por él indicado (pero distinto del transportista) adquiriera la posesión material de los bienes (art. 9.2 Directiva 2011/83 y art. 104 TRLGDCU).

Por último, ha de quedar muy claro que el derecho de desistimiento se configura legalmente como un derecho *ad nutum*. Como se sabe, esto significa que puede ser ejercitado libremente por el consumidor sin tener que alegar causa o justificación alguna. En consecuencia, aunque la carpa adquirida hubiese estado en perfectas condiciones e incluso hubiese superado las expectativas que tenía el señor Pérez Rocamón al adquirirla, habría correspondido a dicho sujeto el derecho a desistir, al tratarse de un contrato celebrado a distancia y siendo el suyo un derecho irrenunciable (Sánchez García, 2021, p. 2). Ocurre, sin embargo, que en este caso la empresa Camping, SA omitió la información sobre el derecho de desistimiento requerida por la ley, lo que llevó al consumidor-adquirente (señor Pérez Rocamón) a poner en marcha los remedios legales por falta de conformidad del bien con el contrato, obviando el recurso a ese otro remedio que le habría permitido poner fin a la relación contractual de una forma bastante cómoda y fácil (cumplimentando el formulario de desistimiento y enviándolo a la parte vendedora, o de cualquier otro modo, siempre que le permita constituir una prueba a su favor de haber desistido del contrato dentro de plazo).

3. Consideraciones finales

La exposición hasta aquí realizada de las distintas cuestiones planteadas nos lleva a formular algunas consideraciones finales a modo de conclusión:

Primera. La Directiva (UE) 2019/771 ha dejado algunos extremos sin resolver con la claridad que hubiese sido deseable. Así ocurre, en particular, con el lugar en el que el consu-

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 17 de diciembre de 2009. *Eva Martín Martín contra EDP Editores, SL* (C-227/08 [NormaCEF NCJ050860]).

midor debe poner el bien a disposición del vendedor para que se proceda a la subsanación de la falta de conformidad. Al respecto, según lo sostenido por la doctrina y por la jurisprudencia del TJUE, ha de concluirse lo que sigue: (1.º) primeramente se deberá estar a lo pactado por las partes en el contrato, al corresponder a ellas la fijación del lugar de puesta a disposición del bien; (2.º) no obstante, en caso de que las partes no hubieran hecho uso de su autonomía de la voluntad en esta materia, se habrán de cumplir los presupuestos del artículo 14 de la Directiva 2019/771; a saber: que la subsanación o reparación del bien se produzca sin inconvenientes significativos para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad para la que el consumidor los necesita. En cambio, la normativa española derivada de la referida directiva ha sido más precisa en esta materia, al desprenderse de su regulación que corresponde al comprador el deber de poner a disposición del vendedor el bien defectuoso, asumiendo la parte vendedora los gastos derivados de la puesta a disposición de la forma que menos perjuicios o inconvenientes se generen para quien actúa como consumidor.

Segunda. Otra de las cuestiones que deja sin resolver el legislador europeo es la relativa a los gastos de transporte del bien defectuoso necesarios, en su caso, para que se proceda a la subsanación de la falta de conformidad. Por ello surge la duda de si esos costes deben ser asumidos por el consumidor, o bien deben ser adelantados siempre por el vendedor. Al respecto, el TJUE se decanta por entender que la regla general no debe ser que el vendedor adelante, siempre y en todo caso, los gastos de transporte al consumidor, pero que sí deberá hacerlo cuando dichos gastos supongan al consumidor un impedimento para el ejercicio de sus derechos. A lo que añade que ello debe valorarse caso por caso, en función del coste que supone el transporte de los bienes y su valor. Y es que cuando el artículo 14 de la Directiva 2019/771 dispone que la obligación de subsanar el defecto presente en el bien debe hacerse «de forma gratuita», es claro que lo que pretende no es sino evitar la imposición de cargas a los consumidores que puedan disuadirles de ejercer sus derechos ante una eventual falta de conformidad. De igual manera, en esta materia el legislador español ha sido más preciso que el europeo al incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2019/771. Así lo corrobora el que haya precisado, por un lado, que las medidas correctoras de la falta de conformidad del bien deben ser gratuitas para el consumidor, y, por otro lado, que la gratuidad comprenderá los gastos necesarios para que los bienes sean puestos en conformidad, mencionado expresamente entre ellos los derivados del transporte.

Tercera. Como hemos comprobado en las páginas precedentes, una de las similitudes que presenta la actual directiva con la ya derogada Directiva 1999/44/CE consiste en que ambas establecen una jerarquía de remedios de los que dispone el consumidor ante la apreciación de una falta de conformidad del bien con el contrato; a saber: la reparación o sustitución del bien (remedios de primer nivel) y la reducción del precio o resolución del contrato (remedios de segundo nivel). De modo que el consumidor no es libre a la hora de decidir entre los diferentes remedios que ofrece la ley para poner fin a la falta de conformidad del bien con el contrato. En primer lugar, deberá intentar la reparación del bien o su sustitución. Y solo en el caso de que estos remedios sean imposibles o desproporciona-

dos, o bien, cuando se cumpla alguno de los presupuestos del artículo 13.4 de la actual directiva, podrá acogerse a los remedios de segundo nivel (rebaja en el precio o resolución contractual). Pues bien, esta solución es la que rige en nuestro derecho tras la incorporación al TRLGDCU de la Directiva 2019/771. Por una parte, se dispone que, ante una falta de conformidad del bien con el contrato, el consumidor primeramente tendrá derecho a elegir entre la reparación o la sustitución del bien (primer nivel), y solo subsidiariamente podrá acogerse a la reducción del precio o a la resolución del contrato (segundo nivel). Todo ello con las oportunas precisiones legales que acomete el legislador español en una dirección muy similar a las que efectúa el legislador comunitario.

Cuarta. Por último, se ha de tener en cuenta que todo consumidor tiene derecho a desistir del contrato celebrado a distancia dentro del plazo legal de 14 días naturales a contar desde la recepción material de la cosa objeto del contrato. Este derecho de desistimiento se configura legalmente como un derecho *ad nutum*, lo que significa que puede ser ejercitado libremente por el consumidor sin tener que alegar causa o justificación alguna. Ahora bien, en el caso de que el consumidor no fuera informado por el vendedor de la posibilidad de ejercitar este derecho de desistimiento, el plazo para desistir se aumenta de 14 días naturales a 12 meses. Aunque si en este plazo excepcional de 12 meses el comerciante proporciona dicha información, el plazo para poner fin a la relación contractual vuelve a ser nuevamente de 14 días naturales contados a partir del momento en que le es facilitada la información. Dicho plazo de 12 meses se computa a partir del día en que el consumidor o un tercero por él indicado (pero distinto del transportista) adquiere la posesión material del bien. Aunque nos ponemos en el lugar del legislador comunitario europeo y comprendemos su preocupación por no dejar abierta *sine die* la posibilidad de que los consumidores no informados del desistimiento puedan poner fin a los contratos celebrados, compartimos la crítica doctrinal a la que no convence la medida legal de ampliar el plazo para desistir a 12 meses con el argumento de que si el consumidor no es informado de su derecho a desistir del contrato, lo más probable es que transcurran esos 12 meses sin haberlo ejercitado.

Referencias bibliográficas

Arnau Raventós, L. (2021). Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte? *Revista de Educación y Derecho*, 24, 1-30.

Bermúdez Ballesteros, M. S. (2014). La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la Ley 3/2014, de 27 de marzo,

por la que se modifica el TRLGDCU. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 9, 104-117.

Bermúdez Ballesteros, M. S. (2019). Falta de conformidad de un bien comprado a distancia: alcance de la obligación del ven-

- dedor de subsanarla sin cargo alguno, en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor (pp. 1-11). *Centro de Estudios de Consumo*.
- Cámara Lapuente, S. (2011). Comentario al artículo 3 TRLGDCU. En Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Colex.
- Cámara Lapuente, S. (2021). Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales. (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771). *Diario La Ley*, 9887.
- Casado Melgar, M. (2015). La falta de conformidad como causa de resolución de la compraventa de bienes de consumo. *Diario La Ley*, 8472.
- Clemente Meoro, M. (2006). El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia. *Revista de Derecho Patrimonial*, 16, 163-184.
- Delgado Sáez, J. (2022). La trasposición de la Directiva (UE) 2019/771 al ordenamiento jurídico español: falta de conformidad, remedios y plazos. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16, 854-873.
- Diéguez Aguilera, L. (2022a). Novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 24/2021 en el Texto Refundido de Consumidores en relación con el derecho de desistimiento y los mercados en línea. *La Ley Mercantil*, 97.
- Diéguez Aguilera, L. (2022b). Sobre la condición de consumidor mixto y su prueba a propósito de la STS 43/2022 y otras resoluciones judiciales. *Diario La Ley*, 10116.
- Ferrer Guardiola, J. A. (2021). Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la trasposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. *Revista de Derecho Civil*, VIII(4), 161-226.
- Gómez Pomar, F. (2023). El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44. *InDret*, 4.
- Izquierdo Grau, G. (2020). Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 779, 1.591-1.645.
- Marín López, M. J. (2019). *La Directiva 2019/771/UE, de 20 de mayo, sobre contratos de compraventa de bienes con consumidores*. Centro de Estudios de Consumo.
- Miranda Serrano, L. M. (2001). *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el derecho español*. Marcial Pons.
- Miranda Serrano, L. M. (2006). La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales. En Olivencia, Fernández-Novoa y Jiménez de Parga (Dir.), *Tratado de Derecho Mercantil: Tomo XXX. La contratación mercantil: Disposiciones generales. Protección de los consumidores*. Marcial Pons.
- Miranda Serrano, L. M. (2011a). Contratos celebrados a distancia. En Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRLGDCU adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009* (pp. 1.443-1.562). Iustel.
- Miranda Serrano, L. M. (2011b). El interés público del deber de informar al consumidor del desistimiento negocial: a propósito de la STJUE y la SAP Salamanca en el asunto Martín Martín/EDP Editores S.L. En Piloñeta Alonso e Iribarren Blanco (Coords.), *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas* (pp. 475-494). Thomson Reuters-Civitas.
- Miranda Serrano, L. M. (2012). La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para

- Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 11, 77-134.
- Miranda Serrano, L. M. (2021). El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales. *La Ley Mercantil*, 76.
- Miranda Serrano, L. M. (2023). Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios. *InDret*, 2, 155-253.
- Morais Carvalho, J. (2020). Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) - Ámbito de aplicación y grado de armonización. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(1), 930-940. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5230>
- Sánchez García, J. M. (2021). Casuística jurisprudencial del TJUE y el TS sobre el derecho de desistimiento en los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil. *Revista Vlex*, 203.
- Sosa Olán, H. (2015). Características del derecho de desistimiento en materia de contratación electrónica. *Ars Iuris Salmanticensis*, 3, 105-123.
- Verda y Beamonte, J. R. de y Muñoz Rodrigo, G. (2021). De la Propuesta de Directiva, 31 octubre 2017, a la Directiva 2019/771, 20 mayo 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes. <https://idibe.org/tribuna/la-propuesta-directiva-31-octubre-2017-la-directiva-2019771-20-mayo-2019-relativa-determinados-aspectos-los-contratos-compraventa-bienes/>

Competencia territorial en materia de estafas informáticas: la superación de la ubicuidad

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid (España)

an.medrano@poderjudicial.es | <https://orcid.org/0000-0003-4740-6836>

Enunciado

Entiendo que para la cuestión jurídica que se desarrolla en el presente caso, no es preciso concretar un relato de hechos (reales o inventados), pues la doctrina jurisprudencial novedosa que nuestra Sala 2.ª del Tribunal Supremo ha consolidado, y de la que tratamos de hacernos eco en este trabajo, nace a partir de hechos muy variados pero que todos ellos tienen un común denominador: la persona o personas estafadas han resultado engañadas por vía telefónica, o telemática o a través de los modernos medios de pago tipo Bizum y SMS.

Expuesto lo anterior, son los casos más frecuentes los de personas que adquieren en internet diferentes objetos en portales tipo Wallapop o Milanuncios o similares, y hacen entregas de cantidad a cuenta sin que terminen recibiendo el objeto en ningún caso; el engaño se ha ido tipificando y acuñando en ocasiones, como es el reiterado caso del llamado «hijo en apuros» que solicita con mucha urgencia una cantidad para algo a sus padres, a través del móvil de otro pues el suyo lo ha perdido o le ha sido robado, apercibiéndose los padres *a posteriori* del engaño. En otras ocasiones el interés lo es por el alquiler de inmuebles, adelantándose cantidades para dejar reservado el piso ante la gran demanda de alquileres económicos, sin que la persona llegue ni tan siquiera a poder visitarlo, pues el móvil con el que contactaron o al que pagaron con Bizum les bloquea rápidamente o se da de baja en la línea.

El problema es que, ante la denuncia de las personas estafadas, los juzgados de instrucción aplican unos u otros criterios sobre competencia territorial en detrimento de la tutela de los ciudadanos, y de ahí la importancia que pueda tener esta nueva doctrina jurisprudencial que destacamos.

Cuestiones planteadas:

- Problemática de la competencia territorial en las estafas informáticas.
- La doctrina jurisprudencial de la ubicuidad y su novedoso complemento de la doctrina de la eficacia.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Nos encontramos ante una estafa informática realizada a través del medio informático por parte de los presuntos investigados que emplean este medio, propiciando estos modelos delictuales cada vez más frecuentes, en los que los autores se refugian en la propia pantalla que constituye la red para delinquir y engañar sin hacerse patentes externamente y utilizando a víctimas que ignoran que lo son, para lograr su propósito criminal. Este es el contexto que motiva la propia evolución jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal y cuya aplicación se aplica cada vez en mayor medida.

Reproduciendo la fundamentación y doctrina nacidas del propio Tribunal Supremo en esta materia sobre competencia territorial, la evolución jurisprudencial en el ámbito de los delitos cometidos por medios informáticos por parte de nuestro Tribunal Supremo (ATS, Sala 2.^a, de 22 de febrero de 2018) es muy clara:

En estos supuestos de estafa informática no sirven para dirimir la competencia ni el «criterio de la emisión de correos», que supone el inicio de la trama defraudatoria, pues nos puede conducir al extranjero o a la «nube Informática», ni los criterios de residencia de los titulares de cuentas corrientes o domicilios de la víctimas del delito, puesto que lo verdaderamente relevante es el de «lugar de actuación y residencia del intermediario o mula», pues es allí donde la investigación policial puede tener algún éxito, donde se han realizado elementos del delito, donde puede operarse sobre los ordenadores informáticos y donde la instrucción puede ser eficaz. En definitiva, en los delitos informáticos, el criterio de la eficacia en la instrucción desplaza a la teoría de la ubicuidad.

Así pues, resulta inevitable la aplicación de la desarrollada doctrina, y en tal sentido, es la propia Sala 2.^a del Tribunal Supremo la que recientemente ha dado la razón a los juzgados de aquellos lugares en los que en su partido judicial estaba domiciliado el investigado, aun cuando el engañado residiese en otro lugar; precisamente en una cuestión de competencia con otro juzgado de instrucción en un asunto similar. El reciente auto de la Sala 2.^a de fecha 14 de diciembre de 2022 (auto 20780/2022) reitera sus tesis jurídicas de-

sarrolladas con anterioridad, ratificándose en la importancia del lugar de residencia de los investigados como elemento que facilita la investigación, al hacerla más ágil y con mayores opciones de éxito, ya que los investigados residen en Fuengirola, y además es allí donde los mismos tienen su empresa, aun cuando el Juzgado de Madrid sea el que primero ha conocido de la instrucción de los hechos. En este caso resulta especialmente interesante la tesis recogida en el auto citado, en el sentido de que esta discusión entre juzgados acerca de su competencia territorial no necesariamente ha de tener lugar al comienzo de las actuaciones, pues el retraso en acordar la inhibición no la impide: la jurisdicción es prorrogable (art. 8 LECrim.).

El aún más reciente auto de la misma Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de fecha 1 de febrero de 2023 (auto 20075/2023), resuelve en el mismo sentido que el previo en asunto similar a este, valorando la superación de la teoría de la ubicuidad a favor de la eficacia en la investigación, dando la razón de nuevo al Juzgado de Instrucción de Madrid que propuso la cuestión de competencia, destacando que la nueva doctrina puede desplazar a la de la ubicuidad, viniendo determinada la competencia por el lugar en el que la investigación pueda tener éxito, al hallarse en mejores condiciones para ejercer la persecución del delito, pues fue en Málaga donde se realizó la maniobra engañosa y donde se recibió el dinero, donde reside el autor de los hechos y donde concurre la mayor facilidad para la investigación.

De nuevo, y en la cuestión de competencia 20826/22, la Sala 2.^a del Tribunal Supremo ha dictado auto de fecha 13 de abril de 2023, dando la razón al criterio que hemos desarrollado a los juzgados de instrucción de Madrid y estableciendo que los juzgados competentes son los de Béjar (Salamanca), en el caso de la compra de un televisor a través del portal Milanuncios; el sospechoso tenía su domicilio en la localidad de Béjar, estando allí radicada también la cuenta bancaria beneficiada.

En la cuestión de competencia 20665/22, la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, en su auto 20205/23 de fecha 27 de marzo de 2023, concreta que entre las situaciones que pueden aconsejar la aplicación del principio de funcionalidad, y sin que sea una enumeración cerrada, podemos mencionar las siguientes: fraudes producidos en distintas provincias procedentes todos ellos de una misma persona, en cuyo caso es razonable atribuir la competencia al lugar del domicilio del investigado; fraudes en los que la mayor parte de los elementos típicos del delito de estafa se producen en el domicilio del investigado; fraudes en los que por su complejidad, los distintos hechos determinantes de la ilicitud se producen en distintas localidades y es en el lugar del domicilio del investigado donde se encuentran las pruebas o evidencias del ilícito y, finalmente, las estafas producidas por medios informáticos en donde resulta complejo determinar el lugar de comisión del hecho, al estar concernidos distintos lugares, incluso radicados en el extranjero. Estamos ante un nuevo criterio que complementa la teoría de la ubicuidad, y esta es el de la eficacia, de tal forma que la competencia vendrá determinada por el lugar donde la investigación policial puede tener algún éxito, donde se hayan realizado los elementos del delito, donde pueda operarse sobre los ordenadores informáticos y donde la instrucción pueda ser eficaz.

En la cuestión de competencia 21116/22, la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, en su auto 20395/23 de fecha 15 de junio de 2023, vuelve a dar la razón a este juzgado en asuntos idénticos de estafas informáticas, a favor del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Palma de Mallorca, consolidando el criterio prioritario del lugar del domicilio de los presuntos investigados. En la, todavía más reciente resolución de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de fecha 21 de septiembre de 2023, dictada en la cuestión de competencia 20070/2023, se vuelve a dar la razón jurídica a los juzgados de instrucción de Madrid, al establecer que «en los delitos cometidos a través de la red (estafa mediante la utilización de sistemas informáticos), la jurisprudencia ha precisado que esos criterios (teoría de la ubicuidad) han de completarse o modularse ponderando de forma prioritaria la mayor facilidad en la investigación, lo que nos remitirá al Juzgado de Fuengirola».

La Sala 2.^a del Tribunal Supremo ha vuelto a dar la razón a un Juzgado de Instrucción de Madrid en la cuestión de competencia 20145/2023, mediante el auto 20587/23 de 11 de octubre de 2023, en el que en una estafa realizada mediante Bizum en el portal Milanuncios, insiste en que «en el supuesto específico de las estafas por internet, la competencia cede ante el lugar donde la investigación puede tener éxito, donde se hayan realizado elementos del delito, donde pueda operarse sobre los ordenadores y donde la instrucción puede ser eficaz», otorgando la competencia al Juzgado de Instrucción n.º 4 de Guadalajara, al tener el presunto estafador su domicilio en una localidad de dicho partido judicial.

En fecha 30 de junio de 2023, la Sección 30.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en la cuestión de competencia 636/2023, entre el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Alcalá de Henares y el Juzgado de Instrucción n.º 47 de Madrid, estima inaplicable la doctrina de la ubicuidad a un caso similar al presente, «por cuanto en el partido judicial de Madrid solo se produce la denuncia del perjudicado».

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- AATS, Sala 2.^a, de 14 de diciembre de 2022, 1 de febrero de 2023, 27 de marzo de 2023, 13 de abril de 2023, 15 de junio de 2023 y 21 de septiembre de 2023.

Custodia compartida y fecha del devengo de pensiones

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

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

Enunciado

Interpuesta una demanda de separación, ninguno de los progenitores solicita la custodia compartida, ni durante la sustanciación del procedimiento ni en el acto de la vista oral; pero el juzgado la acuerda. Recurren en apelación utilizando como razonamiento esencial que no se puede acordar si ellos no lo solicitan, independientemente de que lo pida el Ministerio Fiscal –como así sucedió en la instancia–. Consideran que la ausencia de un debate contradictorio impide valorar la conveniencia de la custodia compartida. Al margen de lo anterior, se dice, en contra de la custodia compartida, que no se cumplen los requisitos para su concesión. Finalmente, se solicita por el progenitor paterno que la pensión de alimentos despliegue efectos desde que fue emplazado tras la demanda de separación, y no desde la fecha de la interposición efectiva de esta.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cómo debe interpretarse el artículo 92.8.º del CC sobre quién o quiénes pueden pedir la custodia compartida?
2. ¿Cómo se interpretan los requisitos para su concesión?
3. Fecha de retroacción de la pensión de alimentos.

Solución

1. ¿Cómo debe interpretarse el artículo 92.8.º del CC sobre quién o quiénes pueden pedir la custodia compartida?

La cuestión es interesante, pues partiendo del artículo 92.8 del CC, que regula la custodia compartida, parece que la interrogante que se produce tiene expresa previsión. Así, en el artículo citado, se dice:

Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Por consiguiente, la primera reflexión que nos produce el precepto es que la custodia compartida la tiene que pedir, al menos, uno de los progenitores; si la piden los dos, lo pueden hacer en el convenio regulador o en el transcurso del procedimiento. Eso es lo que indica el párrafo 5.º del mismo precepto:

Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

Si citamos jurisprudencia, nos podemos acoger a la siguiente STS 400/2016, de 15 de junio (NormaCEF NCJ061379), que dijo que

un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos, de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código Civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

Este artículo ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, suprimiendo –cuestión de matiz importante– exclusivamente el inciso «favorable» respecto del informe del fiscal, en consonancia con la STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (NormaCEF NCJ057489). Como es de apreciar en el caso, el fiscal la solicitó. Tuvo, en consecuencia, un informe favorable, sin que ahora, aparentemente, sea necesario sentirse vinculado por el dictamen favorable del Ministerio Fiscal. En cualquier caso, parece deducirse que la petición aislada de la custodia compartida por el Ministerio Fiscal no está expresamente prevista.

Si seguimos centrados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la misma línea la STS 229/2012, de 19 de abril (NormaCEF NCJ057012) dice:

El art. 92 CC establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite «excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco», acordar este tipo de guarda «a instancia de una de las partes», con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión «excepcionalmente», véase la STS 579/2011, de 22 de julio [NormaCEF NCJ055530]). En ambos casos, un requisito esencial para

acordar este régimen es la petición de uno, al menos, de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

En cuanto al plan contradictorio que se menciona en el supuesto, es importante señalar que es un criterio añadido. Debe solicitarse por los padres y, en todo caso, al valorar la conveniencia para su otorgamiento, el plan, es decir, las bases sobre las que se asiente la custodia compartida (horarios, domicilios, trabajos, etc.), tienen que estar presentes.

Una vez más, nos apoyamos en la jurisprudencia que nos aclara este comentario: la STS 400/2016, de 15 de junio (NormaCEF NCJ061379), nos dice, al referirse a la imperatividad de la petición de parte que

de no existir esta por ninguno de los progenitores, difícilmente puede valorarse un plan contradictorio, adecuadamente informado, sobre el qué decidir con fundamento en el interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia (o la sentencia de 9 de marzo de 2016, rec. núm. 1849/2014 [NormaCEF NCJ061134]).

Sin embargo, a pesar de lo dicho, la intervención del Ministerio Fiscal, garante de los intereses de los menores que deben ser valorados por encima de cualquier otro, ha de ser objeto de análisis diferenciado, porque podríamos plantearnos si, a pesar de la dicción literal del artículo 92.8 del CC, donde la mención al fiscal es posterior a la petición a «instancias de los progenitores», es trascendente y excepciona la regla de exclusividad indicada de que solo cabe la custodia compartida si la piden los dos (el padre o la madre).

Pues bien, puede predicarse del fiscal que no sea un mero dictaminador sin legitimación alguna para pedir custodia compartida, aunque no haya sido solicitada por nadie. Desde una dimensión procesal de legitimación activa del fiscal, en estos procesos, vetar su intervención por ser un requisito de procedibilidad es improcedente. Intentaremos fundarlo: el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, dispone que

todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos, primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Invocar este precepto nos permite flexibilizar el rigor de la conclusión alcanzada desde el principio.

Si el fiscal pide una custodia compartida, aunque no haya sido solicitada por los progenitores, y su petición se ampara en datos probados que la aconsejan o la hacen conveniente, no es descartable que el juez la pueda acordar valorando el interés del menor. Conclusión que no parece desacertada si el artículo anterior lo ponemos en relación con el 749 de la LEC en su párrafo segundo, que nos dice: «En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad o esté en situación de ausencia legal». Artículo comprendido dentro del libro IV, del título primero, del capítulo primero de la LEC sobre los procesos matrimoniales y de menores, entre otros

Otro argumento a favor de las amplias facultades de intervención del Ministerio Fiscal, en este tipo de materias, lo podemos encontrar en la siguiente STC 178/2020, de 14 de diciembre (NormaCEF NCJ065273):

En síntesis, se debe señalar que en cualquier procedimiento de familia en el que se examinen cuestiones que afecten a bienes o derechos de los menores, sometidos a la tutela del orden público, ha de considerarse tempestivo u oportuno que el juez o el tribunal de oficio pueda adoptar las decisiones y medidas que estime ajustadas a los intereses tutelados, aunque no formen parte de las pretensiones deducidas en los escritos rectores del procedimiento o sean contrarias a las mismas y sin sujeción al principio de perpetuación de la jurisdicción. Porque al tratarse de una cuestión de orden público, no deben prevalecer las pretensiones de los progenitores, sino exclusivamente el real beneficio del hijo menor.

Por tanto, si es una cuestión de orden público que prevalece por encima de las peticiones de las partes, la solicitud del fiscal puede tener acogida porque atiende a la situación del menor. El estatuto del menor es de orden público (STC 141/2000, FJ 5.º [NormaCEF NCJ051961]).

Igualmente, el Tribunal Supremo, en su sentencia 705/2021, de 19 de octubre, nos recuerda:

Esta jurisprudencia de la sala está en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha reiterado que «el principio del interés superior del menor debe inspirar y regir toda la actuación jurisdiccional que se desarrolla en los procesos de familia y que, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental (STC 65/2016, de 11 de abril [NormaCEF NCJ061173]), quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4.º [NormaCEF NCJ051746]). Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe

ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2)», tal como resume recientemente la STC 178/2020, de 14 de diciembre (NormaCEF NCJ065273), y esta sala ha venido reiterando hasta la saciedad.

En definitiva, aun cuando al principio parecía que el tenor literal del precepto (art. 92.8 CC) prohibía la solicitud aislada del fiscal, que debe pronunciarse después de la petición de las partes, la cuestión primordial del orden público, el interés del menor y la singular intervención del fiscal en este tipo de procedimientos de menores o matrimonios o parejas de hecho nos permiten decidir, con carácter definitivo, que puede prosperar esta singular petición de custodia compartida si, tras la valoración judicial, deviene aconsejable.

2. ¿Cómo se interpretan los requisitos para su concesión?

- a) En cuanto a la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor se dice que consta en la demanda que el padre abandonó el domicilio familiar en el año 2018 dejando el hijo a su cargo (madre), cuya custodia se le atribuyó en el auto de medidas provisionales. Añade que la sentencia de la audiencia recoge que ha sido la principal cuidadora.
- b) Respecto a la existencia de criterios comunes de los progenitores en relación con el menor, se alega que, desde la atribución de la guarda y custodia compartida, se han ido produciendo numerosas controversias entre los progenitores y que solo se comunican por correo electrónico, según consta en la página 8 del informe forense.
- c) Sobre los deseos del menor, se alega que sus manifestaciones no pueden ser concluyentes por estar viciados por la influencia paterna. Hace referencia a la página 12 del informe de la psicóloga forense, en el que se dice que «en el listado de Preferencias Infantiles el menor ha mostrado una opinión totalmente polarizada hacia la figura paterna eligiéndola en todas las opciones, no siendo esta una respuesta adecuada ni congruente con las manifestaciones vertidas durante la exploración, [...] muestra una autoestima negativa». Y también se hace referencia a un escrito en el que la recurrente informó al juzgado de que el menor manifestaba que el padre le hacía decir «cosas feas» de su madre y además las grababa.
- d) Sobre el respeto mutuo en las relaciones personales entre los progenitores se dice que no se da en este caso, aludiendo a las acusaciones del padre contenidas en su demanda y a que en el informe de la psicóloga forense se recogió que el padre tenía una imagen distorsionada de la madre, no considerándola capacitada para ocuparse del menor, mostrando una actitud muy negativa, tratando de descalificarla y habiéndola acusado de ser adicta al alcohol.

Y concluye que todo lo anterior, unido al informe elaborado por la psicóloga forense, hace que no pueda considerarse que la guarda compartida sea lo más beneficioso para el hijo.

La STS 393/2017, de 21 de junio (NormaCEF NCJ062622), ha declarado que:

Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (sentencias 579/2011, de 22 de julio [NormaCEF NCJ055530]; 578/2011, de 21 de julio [NormaCEF NCJ055538]; 641/2011, de 27 de septiembre [NormaCEF NCJ055827]; 431/2016, de 27 de junio [NormaCEF NCJ061583], entre otras). El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados para adoptar la medida que ahora se cuestiona no son contrarios al interés del hijo, sino todo lo contrario, conforme a las circunstancias concurrentes examinadas.

Señala la STS 757/2013, de 29 de noviembre, que

las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor (STS 22 de julio de 2011), como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación «no tienen buenas relaciones», no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de los menores.

Y dice la STS 442/2017 (NormaCEF NCJ062656), de 13 de julio, que

tiene declarado la sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien la sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (SSTS de 18 de enero de 2011, rec. núm. 1728/2009; 9 de septiembre de 2015, rec. núm. 545/2014 [NormaCEF NCJ060266]; 135/2017, de 28 de febrero).

Así ha obrado la citada sentencia pues ha valorado el informe psicosocial a fin de indagar y motivar el interés de los menores, en conjunción con las manifestaciones de las partes, y ha hecho suyas las conclusiones de aquel.

Cuando tantas veces se ha repetido la necesidad de un informe psicosocial que auxilie al tribunal en su decisión, no puede obviarse este sin una motivación rigurosa, sobre todo si se aprecia una metodología tan precisa como en la obrante en autos.

Con arreglo a lo anterior se considera que la sentencia de la audiencia, si se respetan los hechos declarados probados en la resolución, ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, y no de forma irracional, aparente o estereotipada, la conveniencia del sistema de guarda y custodia compartida. La audiencia ha analizado el informe pericial en su conjunto y en relación con el resto de la prueba y justifica detalladamente y de forma coherente las razones por las que se aparta de sus conclusiones. Ha valorado que los progenitores cuentan con las habilidades necesarias para atender al hijo, la falta de rechazo de este a relacionarse con los progenitores y el que las discrepancias en cuestiones sanitarias y de educación del menor que han existido carecen de relevancia. El informe del perito judicial, pese a considerar que ambos progenitores estaban capacitados para el cuidado del hijo, propuso la custodia materna atendiendo principalmente a considerar que el padre no favorecía el desarrollo de la relación de los hijos con el otro progenitor, algo que puede explicarse por sus reticencias hacia la idoneidad de la madre para el cuidado del hijo por su convencimiento de que esta tenía problemas con el alcohol. La audiencia explica que no comparte las conclusiones del informe porque el amplísimo régimen de visitas señalado en el auto de medidas provisionales, con pernoctas entre semana, se ha desarrollado normalmente y sin que consten incidentes surgidos con ocasión de este. Esta última circunstancia, unida a la capacidad de ambos padres para el cuidado del hijo en todos los aspectos de su vida, son las que motivan principalmente su decisión.

La parte recurrente introduce hechos no tenidos en cuenta en la sentencia y que ni siquiera están acreditados en el procedimiento. Así, menciona que los progenitores solo se comunican por correo electrónico cuando este dato solo se recoge en el informe pericial como simple relato de la madre. O alude a una posible manipulación del menor por parte del padre, que tampoco se menciona en la sentencia ni se desprende de la pericial.

En definitiva, el motivo se convierte en una serie de alegaciones sobre la valoración de la prueba que simplemente reflejan un criterio particular y subjetivo, obviando los hechos probados y la razón de decidir de la sentencia y creando su propia razón decisoria con arreglo a sus valoraciones, apartándose de los hechos probados y alterando la base fáctica de la sentencia, pretendiendo una tercera instancia, lo que lleva a que se solicite su desestimación.

3. Fecha de retroacción de la pensión de alimentos

La jurisprudencia sobre la retroactividad de las pensiones y por resumir el estado de la cuestión jurisprudencial pueden citarse:

La STS núm. 17/2022, de 13 de enero (Norma CEF NCJ066004) declara lo siguiente:

La doctrina jurisprudencial que debe ser considerada es la que se recoge en las resoluciones citadas por el recurrente y por el fiscal. Según esta doctrina:

«no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y,

por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía [...].

En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual "debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda". Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.

En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, rec. núm. 1088/2013, que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente". Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en esta", razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente».

La STS núm. 146/2022 (NormaCEF NCJ065972), de 23 de febrero estableció:

no es necesario que la parte fije el *dies a quo* de la pensión alimenticia, pues de acuerdo con el art. 148 del C. Civil, se habrá de fijar desde la interposición de la demanda, cuando, como en este caso, es la primera vez que se determina, unido ello a que de acuerdo con el art. 93 del C. Civil, el juez determinará la pensión alimenticia a los menores «en todo caso», lo cual significa que no está condicionado a la petición de las partes.

La STS núm. 86/2020, de 6 de febrero declara que:

Esta Sala mantiene una doctrina constante en relación con la retroactividad de la pensión alimenticia, entendiendo que cuando se plantea procedimiento de modificación de medidas, la pensión que en él se fije (si es diferente a la de primera instancia) opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación.

Sin embargo, cuando la pensión se fija en la primera instancia, la pensión se ha de abonar desde la fecha de interposición de la demanda (art. 148 del C. Civil).

La STS núm. 113/2019, de 20 de febrero declara que:

La primera resolución que fije la pensión de alimentos podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda, y en este caso es la resolución dictada por la Audiencia –recurrida– la que por primera vez impone a la demandada el pago de una pensión alimenticia, por lo que no modifica otra que viniera satisfaciendo con anterioridad. Solo en este último caso señala la jurisprudencia de esta sala que los efectos de la modificación tendrían lugar desde el momento en que se dicta la sentencia que así lo establece [...], es correcto hacer coincidir la obligación con la fecha de interposición de la demanda, pues ya en tal fecha se daba la situación que justifica el nacimiento de la misma a cargo de la demandada.

Con mayor claridad, la STS núm. 575/2019, de 16 de octubre declara que:

Las resoluciones que modifiquen los alimentos solo son operativas desde que se dicten, por lo que la cantidad que se fija en apelación solo es exigible desde la fecha de la sentencia de segunda instancia.

El ATS de 10 de julio de 2019, rec. núm. 180/2019, realiza un resumen:

«Esta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional sobre la misma cuestión jurídica que ahora se suscita en recientes SSTs de 26 de marzo de 2014, rec. núm. 1088/2013, y 19 de noviembre de 2014, rec. núm. 785/2012 (Norma CEF NCJ059142). [...] «Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y, por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía [...]. En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual «debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda». Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando

se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces [...]. En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, rec. núm. 1088/2013, que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que «cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente». Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los «los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo», y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de enjuiciamiento civil dispone que «los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en esta», razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente».

3. Entendemos que tal interpretación no es acorde con la jurisprudencia y contraría el interés superior del menor.

4. La jurisprudencia permite fijar una fecha posterior pero solo sobre la base de los supuestos en los que se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento. La ratio es clara: evitar que se paguen los alimentos dos veces.

5. La audiencia basa su decisión de limitar la retroactividad de este primer reconocimiento de la pensión en que:

i) La demanda fue presentada ante los juzgados de Badalona, aun cuando el último domicilio familiar había radicado en Barcelona, donde residía el demandado, lo que originó que el juzgado planteara su inhibición, emplazándose al demandado el 7 de febrero de 2017.

ii) La actora no solicitó pieza separada de medidas coetáneas.

iii) Consta que el demandado realizó diversos pagos en este periodo.

Concluye literalmente la audiencia con que «la responsabilidad en la demora no puede ser atribuida al demandado».

Décimo segundo.- 1. Entendemos que la audiencia utiliza para restringir la retroactividad unos parámetros que ni son acogidos por la jurisprudencia ni –en nuestra opinión– tienen fundamento lógico y que además son contrarios al interés superior del menor, en cuanto se le priva de pensiones a las que tendría derecho.

2. Consideramos que el único parámetro válido para restringir la retroactividad sería el de los pagos efectuados con anterioridad. En efecto, conforme a la jurisprudencia, la regla de la retroactividad podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento.

3. Sin embargo, la audiencia se limita a declarar que «consta que [el demandado] realizó diversos pagos en este periodo».

La sentencia no especifica ni a qué período se refiere (si los pagos fueron anteriores a 2015 ningún efecto podría tener respecto a la retroactividad de la pensión), ni cuántos pagos realizó, ni a cuánto ascendió el importe de los pagos.

Esta –limitada– constatación respecto de los pagos realizados sería notoriamente insuficiente para restringir la retroactividad de la pensión, trasladando su eficacia desde la fecha de presentación de la demanda en 2015 al 7 de febrero de 2017.

4. En cuanto a que la tramitación de la causa y el emplazamiento se retrasara por la inhibición, entendemos que en ningún caso justificaría que se restrinjan las pensiones a las que el menor tiene derecho.

Tampoco justificaría la privación del devengo de pensiones en favor del hijo menor el hecho de que la madre no hubiera solicitado medidas provisionales.

5. El progenitor tiene una obligación natural de contribuir a la manutención de su hijo, de la que no puede verse exonerado por el hecho de que el procedimiento en el que se reclama esta prestación se demore –sea cual sea la causa– ni por el hecho de que la representante legal no inste medidas provisionales. Los criterios de la audiencia para excluir la retroactividad no casan con la naturaleza de la pensión a los hijos para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE. Como se declara en la STS núm. 484/2017, de 20 de julio (Norma CEF NCJ062657), la obligación legal que pesa sobre los progenitores [...] está basada en un principio de solidaridad familiar y [...] tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y [...] es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico [...], más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención».

Décimo tercero.- En definitiva, entendemos que el razonamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona contraría la jurisprudencia del Tribunal Supremo e intro-

duce unos parámetros restrictivos del derecho a los alimentos del hijo menor que discurren por razonamientos contrarios a su superior interés, por lo que consideramos que el recurso debe admitirse a trámite.

Como se expone *ad exemplum* en la STS núm. 484/2017, de 20 de julio (NormaCEF NCJ062657).

el interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo «en todo caso», conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 92.8, 106 y 146.
- Ley Orgánica 1/1996 (protección jurídica del menor), art. 2.1.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 749 y 774.5.
- SSTS de 18 de enero de 2011, rec. núm. 1728/2009; 578/2011, de 21 de julio (NormaCEF NCJ055538); 579/2011, de 22 julio (NormaCEF NCJ055530); 641/2011, de 27 septiembre (NormaCEF NCJ055827); 229/2012, de 19 de abril (NormaCEF NCJ057012); 9 de septiembre de 2015, rec. núm. 545/2014 (NormaCEF NCJ060266); 9 de marzo de 2016, rec. núm. 1849/2014 (NormaCEF NCJ061134); 400/2016, de 15 de junio (NormaCEF NCJ061379); 431/2016, de 27 de junio (NormaCEF NCJ061583); 135/2017, de 28 de febrero (NormaCEF NCJ062267); 393/2017, de 21 de junio (NormaCEF NCJ062622; 442/2017, de 13 de julio (NormaCEF NCJ062656); 484/2017, de 20 de julio (NormaCEF NCJ062657); 113/2019, de 20 de febrero; 575/2019, de 16 de octubre; 17/2022, de 13 de enero (NormaCEF NCJ066004); 146/2022, de 23 de febrero (NormaCEF NCJ065972).
- SSTC 4/2001, de 15 de enero (NormaCEF NCJ051746); 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (NormaCEF NCJ057489); 65/2016, de 11 de abril (NormaCEF NCJ061173); 141/2000, de 29 de mayo (NormaCEF NCJ051961); 178/2020, de 14 de diciembre (NormaCEF NCJ065273).

Principios de legalidad y tipicidad en el procedimiento sancionador administrativo

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

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

Enunciado

Primero. Con fecha 22 de mayo del año RRR, el director general, competente en materia de Consumo y Sanidad –cargo ficticio–, obrando en el ejercicio de sus competencias, notificó providencia de apremio a don ABC, titular de un establecimiento de alimentación, por no haber hecho efectiva la sanción de clausura del establecimiento por plazo de tres meses y multa de 12.000 euros impuesta porque en su establecimiento comercial, su hermano, socio de la empresa constituida entre los dos bajo la modalidad de SRL, estaba suministrando pan sin envoltorio y sin envasar –según consta en el acta de la inspección realizada–.

Don ABC alega no haber recibido con anterioridad notificación alguna de la resolución sancionadora definitiva de forma personal y fehaciente porque, mientras estaba sustanciando el procedimiento sancionador, el ayuntamiento había procedido al cambio de denominación de la calle, que de llamarse de una manera pasó a denominarse de otra, lo cual fue comunicado a todas las Administraciones públicas electrónicamente.

En dicho procedimiento sancionador estuvo personada la Asociación Local de Empresarios, Consumidores y Usuarios, cuyo ámbito de actuación era el municipio donde se ubicaba la panadería en cuestión. Sus productos eran vendidos, con posterioridad, a establecimientos del ramo. De la misma formaban parte empresas privadas, SRL, cuyo objeto social era la elaboración de pan y productos de pastelería que luego vendían con ánimo de lucro. El objeto de la misma era la defensa de los intereses de consumidores y de empresarios del ramo.

Personado en la Administración ejecutante, a don ABC le proporcionaron copia del Boletín Oficial del Estado, en donde se procedió a la publicación de la resolución definitiva, al no haberse podido realizar la notificación personal. Aquel, al examinar el expediente, comprueba que aparece un sobre en donde consta la siguiente expresión: «devuelto por dirección inexistente». Igualmente fue informado de que la sanción traía su causa en que el 12 enero del año anterior al año RRR se había levantado acta de inspección constatando la presunta infracción ya comentada.

Don ABC solicitó su derecho, a partir de ese momento, de relacionarse electrónicamente con la Administración, pero lo cierto es que las comunicaciones y notificaciones que la Administración le hizo, a partir de ese momento, no fueron objeto de acceso por parte del interesado, que se dio por notificado, normalmente, mediante comunicación por una persona, funcionaria de la Administración, que tenía conocimiento de las resoluciones de forma inmediata.

Dicha resolución se fundamenta en el artículo 10 del Real Decreto 00/00, que dispone que:

El envoltorio unitario de los productos en los casos previstos en la presente disposición, así como su embalaje para el transporte, deberán ser realizados en los lugares de producción a fin de garantizar la higiene y los derechos del consumidor. Las sanciones podrán consistir en amonestación, multa que podrá oscilar entre 600 y 15.000 euros, dependiendo de la gravedad, así como la clausura temporal o definitiva del establecimiento.

Este precepto se dictaban en desarrollo del artículo 20 de la Ley 00/00, que establece: «Constituyen infracción todas aquellas conductas que puedan poner en peligro la higiene y los derechos del consumidor de acuerdo con las normas legales reglamentarias que se dicten al efecto».

Con posterioridad a la fecha de la comisión de la infracción administrativa se ha dictado una nueva normativa por la que se reduce la cuantía con que se sancionó a don ABC. Por ello, este dirige escrito al órgano resolutorio que le deniega dicha reclamación mediante notificación, por vía electrónica, efectuada el día 22 de abril.

Ante ello, el día 23 de mayo de igual año, toda vez que el día 22 de mayo era fiesta local en el lugar de su residencia, interpone recurso de alzada, vía electrónica. Otro director general de su ministerio, en quien había delegado el ministro correspondiente, que, a su vez, delegó la firma en el secretario general técnico, dicta resolución del recurso ratificando la desestimación. Es de hacer constar que este secretario general técnico era hermano de don ABC. El recurso de alzada se le notificó personalmente en su domicilio, recogiendo él mismo aquella, pero haciendo constar que no se daba por notificado porque había solicitado que, en todo momento, se le notificara por vía electrónica.

Es de hacer constar que había abonado en concepto de multas coercitivas 3.000 euros en total, recogidas en el Real Decreto 00/00 por cada día que transcurriera sin cerrar el establecimiento comercial que le había sido impuesto en la sanción. Una vez abonada aquella cantidad, solicita su devolución y reingreso al haber cumplido con el cierre del establecimiento.

Segundo. Por parte del referido ministerio, competente en materia de Consumo, fue adjudicado, a través de un procedimiento restringido, un contrato de servicios, por plazo de dos años improrrogables y por un valor estimado de 35.000 euros, a una persona física dedicada

a esa finalidad, con el objeto de proceder a la limpieza de su sede. En un momento dado, la adjudicataria constituyó una sociedad limitada unipersonal (todas las acciones pertenecen al mismo que es único administrador). Ante esta circunstancia, el órgano de contratación le solicita a Vd., destinado en la asesoría jurídica, le informe sobre la posibilidad de transmitir los derechos y obligaciones dimanantes del contrato administrativo a esta nueva sociedad, como desea la contratista. ¿Y si la solicitud se produce antes de la adjudicación del contrato?

En ese procedimiento licitó una unión temporal de empresas formada por dos mercantiles SRL, cumpliendo el requisito de la solvencia técnica una sola de ellas. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se establecía que las dos debían cumplir con los requisitos de la solvencia técnica. Se le solicita informe sobre si basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida o si la solvencia es exigible de forma individual a cada uno de los integrantes de la unión temporal de empresas, ya que lo prescribía el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

En el PCAP se estableció que sería causa de resolución:

El incumplimiento de la obligación principal del contrato. Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, considerándose como tal la obligación de abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

Informe sobre el ajuste a derecho de esta cláusula que ha sido recurrida por varios licitadores, en recurso de reposición, por considerarla no ajustada a derecho.

Finalmente, otra cláusula del pliego estableció la exigencia en los pliegos de un seguro de responsabilidad civil, por importe de un millón de euros, dada su consideración de gasto general, para la cobertura de los daños causados durante la ejecución del contrato. Se hizo constar expresamente como condición especial de ejecución para cubrir posibles daños materiales y personales de sus trabajadores y de terceras personas. Un licitador recurrió, también mediante reposición, la misma, basado en:

- La consideración de gasto general no es ajustada a derecho.
- La exigencia en los pliegos de un seguro de responsabilidad civil para la cobertura de los daños causados durante la ejecución de un contrato debe hacerse constar expresamente como condición especial de ejecución; extremo que no se hizo constar en el anuncio de licitación.
- La cuantía es excesiva y debe motivarse debidamente en el expediente su cuantía.

Se solicita informe sobre si el recurso debe o no ser estimado con base en los argumentos del recurrente.

Cuestiones planteadas:

A) En relación con los hechos descritos bajo la rúbrica «primero»

Comente, de forma razonada, las cuestiones jurídicas y sus consecuencias expuestas en el relato de hechos. En concreto, analice y resuelva las siguientes:

- a) Opinión sobre que se permitiera la personación de la asociación local de consumidores en el procedimiento sancionador.
- b) Análisis de los artículos 20 de la ley y 10 del Real Decreto 00/00 desde el punto de vista de los principios de legalidad y tipicidad y determinación de sus consecuencias.
- c) Consecuencias jurídicas de la vulneración del ordenamiento jurídico y forma de su restablecimiento.
- d) Ajuste a derecho de las sanciones establecidas en el real decreto.
- e) Ajuste a derecho de la actuación administrativa en el procedimiento sancionador y la notificación realizada.
- f) Ajuste a derecho de la sanción impuesta a don ABC.
- g) Analice el recurso de alzada interpuesto.
- h) Ajuste a derecho de la delegación de firma y si tiene alguna incidencia que el secretario general técnico fuese hermano del interesado.
- i) ¿Es ajustada a derecho la notificación personal de la resolución del recurso de alzada?
- j) ¿Podría don ABC, al cambiar la normativa, si no le dieron la razón en las vías de impugnación oportunas, exigir ante el Tribunal Constitucional la aplicación retroactiva de esta norma más favorable?
- k) Comente todo lo concerniente a la multa coercitiva impuesta y a la solicitud de don ABC de devolución de lo pagado una vez cerrado el establecimiento.

B) En relación con los hechos descritos bajo la rúbrica «segundo»

- a) Informe sobre la posibilidad de transmitir los derechos y obligaciones dimanantes del contrato administrativo a esta nueva sociedad limitada unipersonal como desea la contratista.
- b) ¿Basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida, acumulándose entre sus miembros, o la solvencia es exigible de forma individual, a cada uno de los integrantes de la unión temporal de empresas, como prescribía el PCAP?

- c) ¿Resulta ajusta a derecho la cláusula incluida en el pliego sobre una causa de resolución del contrato impugnada por varios licitadores?
- d) Se solicita informe sobre si el recurso debe o no ser estimado con base en los argumentos del recurrente.

Solución

A) En relación con los hechos descritos bajo la rúbrica «primero»

- a) Opinión sobre que se permitiera la personación de la asociación local de consumidores en el procedimiento sancionador

El artículo 23.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, señala que

son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes o servicios determinados.

Según el artículo 33.1 del Real Decreto legislativo 1/2007,

las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una comunidad autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo.

Tras su denominación, estas asociaciones de consumidores y usuarios indicarán su número de inscripción registral.

De manera que la asociación local a que se refiere el caso no debería figurar en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, sino que debería hacerlo en el de la comunidad autónoma correspondiente, con arreglo a su legislación específica, o bien, tan solo, en el Registro de Asociaciones Municipal, puesto que su ámbito de actuación venía delimitado a ese territorio.

Con relación a que formaban parte de la asociación empresas cuyo objeto social era la producción de pan y productos de pastelería, que luego vendían, el artículo 27 del mismo

texto legal, relativo a los requisitos de independencia señala que «en el cumplimiento del deber de independencia, las asociaciones de consumidores no podrán: a) Incluir como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro».

Por su parte, el artículo 35 señala que:

1. La realización por las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de alguna de las actuaciones prohibidas por los artículos 23.3, 27 [en la que incurre la asociación del caso] y 28 dará lugar a su exclusión de dicho registro, previa tramitación del procedimiento administrativo previsto reglamentariamente.
2. La resolución de exclusión del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios determinará la pérdida de esta condición, en todo caso, y por un periodo no inferior a cinco años desde la fecha de la exclusión, sin perjuicio del mantenimiento de su personalidad jurídica con arreglo a la legislación general de asociaciones o cooperativas.

Por lo tanto, no le es aplicable, en principio directamente, esta legislación, porque desarrollaba su función la asociación dentro de su comunidad autónoma, exclusivamente.

Ahora bien, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (dictada en desarrollo del artículo 22 CE) señala en su artículo 1 que «el derecho de asociación se regirá con carácter general por lo dispuesto en la presente Ley Orgánica, dentro de cuyo ámbito de aplicación se incluyen todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico». El artículo 10 de la misma especifica que «1. Las asociaciones reguladas en la presente Ley deberán inscribirse en el correspondiente Registro, a los solos efectos de publicidad».

Por tanto, varias consecuencias se pueden extraer de lo indicado:

- Que esa asociación no era, en exclusiva, de consumidores y usuarios, sino, también, de empresas del ramo que tienen ánimo de lucro. El artículo 3 señala que se regulará por su legislación específica, entre otras, las asociaciones empresariales.
- Que no tenía carácter estatal, sino local.
- Que incurría la prohibición dispuesta en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho de asociación, al estar compuesta por empresas con ánimo de lucro.
- Que no debió permitirse su inscripción en el registro. En este sentido el artículo 30.3 dispone que «cuando la entidad solicitante no se encuentre incluida en el ámbito de aplicación de la presente Ley o no tenga naturaleza de asociación, la Administración, previa audiencia de la misma, denegará su inscripción en el co-

respondiente Registro de Asociaciones e indicará al solicitante cuál es el registro u órgano administrativo competente para inscribirla. La denegación será siempre motivada».

- Que si estaba inscrita solo en virtud del artículo 38 de la Ley orgánica reguladora del derecho de asociación, solo por resolución judicial motivada podía ser disuelta o suspendida.

En conclusión, aunque la asociación no estuviera inscrita debió permitirse la actuación, como interesada, en el procedimiento sancionador, porque señala el artículo 5 que

el acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado. Con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10.

[en este sentido, señala el apartado 4 que] sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación, los promotores de asociaciones no inscritas responderán, personal y solidariamente, de las obligaciones contraídas con terceros. En tal caso, los asociados responderán solidariamente por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos frente a terceros, siempre que hubieran manifestado actuar en nombre de la asociación.

Otra cuestión es que sea considerada secreta la asociación –prohibida por el art. 22 CE– y sea causa de disolución.

Respecto a su condición de interesada (art. 4.b de la Ley 39/2015), para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, exclusivamente), no se puede poner en duda, dado su objeto social, aunque, en este caso, sea parcial al incluirse a empresarios con ánimo de lucro.

- b) Análisis de los artículos 20 de la ley y 10 del Real Decreto 00/00 desde el punto de vista de los principios de legalidad y tipicidad y determinación de sus consecuencias

El principio de legalidad en materia sancionadora no ejerce su concreta regulación en una norma con rango de ley, sino que es posible que el reglamento colabore con la ley en los términos establecidos en el artículo 27 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), que señala:

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites

de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

Ahora bien, para que esta operación resulte acorde con el principio de legalidad no basta con la existencia de una ley previa ni que con esta se remita al ulterior reglamento. Con carácter general debemos señalar que no resulta acorde con el principio de legalidad cuando la ley se limita a establecer un tipo de infracción de forma residual, es decir, en relación con otros preceptos descritos, lo que hace incierto impredecible que otras conductas, no previstas en los tipos de la ley, pudieran ser objeto de regulación reglamentaria e integrar así el tipo residual de infracción. Es preciso que la ley reconozca las conductas que resultan sancionables, por tanto, es inconstitucional y va contra el artículo 25 de la CE la imprecisa delimitación operada por la ley que ha de servir de cobertura al reglamento y la falta de especificación de los límites que han de pasar la labor del reglamento.

Por todo ello cabe concluir que la norma en que se fundamenta la sanción es insuficiente para regular un tipo de infracción, pudiéndose afirmar que la conducta sancionada no se encuentra tipificada en el precepto aplicado, ni en la normativa sancionadora de rango adecuado, por lo que se produciría la nulidad del acuerdo sancionador.

c) Consecuencias jurídicas de la vulneración del ordenamiento jurídico y forma de su restablecimiento

Respecto a la manera de establecer el ordenamiento jurídico vulnerado sería:

- Anulando la resolución sancionadora por infracción del principio de legalidad – reserva de ley– (art. 25 CE, «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento») y tipicidad (art. 27 LPAC, «Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley»).
- Recurriendo, si no fuera posible de forma directa, de forma indirecta el real decreto por ser nulo, al vulnerar los principios anteriormente establecidos. Este recurso indirecto consistiría en impugnar directamente la resolución sancionadora, basado en la ilegalidad de la disposición general, es decir, el reglamento ejecutivo de la ley. En este sentido, el artículo 26 de la LJCA señala:

1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la

impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.

Por su parte, el artículo 27:

1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.
2. Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra esta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.
3. Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma.

d) Ajuste a derecho de las sanciones establecidas en el real decreto

El real decreto no solo puede resultar ilegal por carecer de cobertura legal en el sentido anteriormente razonado, sino por el grado de indeterminación de las sanciones administrativas que prevé, lo que no satisface la exigencia de la *lex certa* por las siguientes razones:

- No se especifica adecuadamente el límite de la posible sanción pecuniaria.
- No contiene escala gradual y la correlación entre infracciones y sanciones.
- No establece los criterios de graduación para fijar el tipo de sanción a aplicar ni la gravedad de la misma.
- Deja márgenes demasiado amplios de discrecionalidad administrativa, que al no estar sujeta a un criterio legal previo del limitado, permite por unos mismos hechos o simplemente amonestar o clausurar el establecimiento. Este margen de discrecionalidad está reñido con el principio de *lex certa*, pues no se permite al sujeto infractor conocer de antemano cuáles van a ser las consecuencias de su conducta.

e) Ajuste a derecho de la actuación administrativa en el procedimiento sancionador y la notificación realizada

Como ha afirmado el Tribunal Constitucional (entre otras, en sentencia 128/2008, de 27 de octubre [NormaCEFL NCJ046835]), entre las garantías del artículo 24 de la CE, que son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador, están los derechos de defensa y a

ser informado de la acusación, cuyo ejercicio presupone que el implicado se ha emplazado o le sea notificada debidamente la incubación del procedimiento, pues solo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la imputación de una presunta infracción.

En presente caso la Administración omitió y vulneró los más elementales derechos de defensa de don ABC porque:

- En primer lugar, según el relato de hechos solo intentó notificarle la providencia de apremio en ejecución forzosa de la sanción impuesta, sin que conste que se le diera posible intervención en el procedimiento administrativo sancionador desde el acuerdo de iniciación, a lo que tenía derecho como interesado principal del procedimiento. Por tanto, se actuó, bordeando el derecho más elemental a la defensa proclamado en el artículo 24 de la CE y prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Constituyendo esta actuación por sí misma una infracción de nulidad de pleno derecho a tenor de lo establecido en el artículo 47.1 a) y e) de la Ley 39/2015 (LPAC). Por lo tanto, podría interponer el oportuno recurso contencioso-administrativo por la vía ordinaria o de protección jurisdiccional de derechos fundamentales (arts. 114 y ss. LJCA) y, posteriormente, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.
- En segundo lugar, se infringieron las normas relativas a la notificación contempladas en los artículos 14.2 de la Ley LPAC (como empresa que era, estaba obligada la Administración a la notificación electrónica) y 40 y siguientes del mismo texto legal, pues, según consta en el relato de hechos, mientras se tramitaba el procedimiento el propio ayuntamiento había procedido al cambio de denominación de las calles, por lo que le era exigible haber tenido en cuenta este cambio para, en todo caso, no ceder a una notificación personal ajustada a derecho. Pero, repetimos, lo que procedía era la notificación electrónica, y así lo podía exigir el sancionado.
- En tercer lugar, llama también la atención que habiéndose cometido la presunta infracción administrativa por la empresa que era una sociedad de responsabilidad limitada, no se haya dirigido el procedimiento administrativo contra la misma y no contra los socios individualmente considerados. En este sentido, la Ley 40/2015, LRJSP, en su artículo 28.2 señala que:

solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.

El respaldo de lo anterior vemos como las sanciones previstas son amonestación, multas y clausura del establecimiento, todas ellas compatibles con la presunta autoría de la persona jurídica.

f) Ajuste a derecho de la sanción impuesta a don ABC

Con independencia de lo que hemos indicado anteriormente respecto a la autoría de la presunta infracción cometida, es lo cierto que en nuestro derecho administrativo sancionador no basta la realización de cualquier acto coincidente con cualquiera de las conductas tipificadas para que ello implique la aplicación automática de la correspondiente sanción, sino que se requiere que la infracción se haya cometido como consecuencia de un comportamiento doloso o culposo, exigiéndolo; así, el artículo 28.1 antes citado (LRJSP). De aquí se deduce que la responsabilidad ha de ser personal, es decir, que solo procede la sanción como reproche punitivo por hechos propios y no por hechos ajenos en principio. La Ley LRJSP establece el principio de responsabilidad y culpabilidad.

De cualquier forma, los apartados 3 y 4 de la LRJSP señalan:

Quando el cumplimiento de una obligación establecida por una norma con rango de Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. No obstante, cuando la sanción sea pecuniaria y sea posible se individualizará en la resolución en función del grado de participación de cada responsable.

2. [...].

3. [...].

4. Las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores podrán tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación. Asimismo, podrán prever los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas.

Pero en el caso que nos ocupa, el incumplimiento se ha producido solo por uno de los obligados y si se considerara a los dos, es indudable que se ha producido un distinto grado de intervención. Para estos casos, la jurisprudencia exige que la Administración incurra el expediente sancionador frente a todos los obligados, precisamente con el objeto de indagar la responsabilidad de cada uno de los hechos y poder así individualizar la que corresponda a cada sujeto.

g) Analice el recurso de alzada interpuesto

El recurso de alzada era el recurso procedente porque el acto del director general de Consumo no agotaba la vía administrativa.

Ahora bien, fue extemporáneo, ya que, si se notificó el 22 de abril, el plazo del mes para recurrir vencía el 22 de mayo y no rige la regla del artículo 30.6 (LPAC), en el sentido de

que cuando un día fuese hábil en el municipio o comunidad autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso.

Por lo tanto, el recurso se resolverá no admitiéndose por extemporáneo, y esto impide que pueda, con posterioridad, interponer otro tipo de recursos.

h) Ajuste a derecho de la delegación de firma y si tiene alguna incidencia que el secretario general técnico fuese hermano del interesado

El artículo 12.1 de la Ley LRJSP señala que

los titulares de los órganos administrativos podrán, en materias de su competencia, que ostenten, bien por atribución, bien por delegación de competencias, delegar la firma de sus resoluciones y actos administrativos en los titulares de los órganos o unidades administrativas que de ellos dependan, dentro de los límites señalados en el artículo 9.

Se sujeta a los mismos límites que la delegación, pero aunque las mismas son paralelas, no operan recíprocamente. Por ello, es posible delegar la firma que se ejerce por delegación.

La delegación de firma es irrelevante a efectos de abstención y recusación, que toma como referencia al órgano delegante, que es el que declara su voluntad, determina el contenido del acto, aunque delegue la firma. Por ello, aunque concurre la causa de abstención o recusación del artículo 23 b) de la LRJSP, al no serlo respecto al órgano delegante, ninguna incidencia tiene en este caso.

Por lo tanto, ninguna incidencia jurídica negativa tienen estas dos circunstancias para la validez de la resolución.

i) ¿Es ajustada a derecho la notificación personal de la resolución del recurso de alzada?

Es cierto que el artículo 14 de la LRJSP contempla el derecho a ser notificado por vía electrónica y el artículo 13 lo recoge como un derecho el poder relacionarse con la Administración por vía electrónica. Pero también es verdad que el artículo 41 b) del mismo texto legal establece que se podrá realizar la notificación por medio no electrónico, aun cuando se trate de un supuesto en que resultó obligatoria tal relación «cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración».

Evidentemente este supuesto está pensado para aquellas situaciones donde la notificación electrónica supone un obstáculo para la actuación administrativa, bien por su dificultad, bien

por la posibilidad cierta de que el notificado no acceda al contenido de la notificación. El supuesto más frecuente será en los procedimientos iniciados de oficio, como en el caso que nos ocupa, que es un procedimiento sancionador, donde el notificado puede dificultar darse por enterado de una notificación de un procedimiento que es restrictivo de sus derechos e intereses.

El acto de comunicación de las resoluciones administrativas pretende, fundamentalmente, que su ausencia o su irregular realización puedan perjudicar los derechos de defensa del interesado. Pero, en este caso, resulta obvio que al notificarle con arreglo a derecho la resolución del recurso de alzada en su domicilio y recogerla, quedó enterado de aquella y no puede alegar ningún tipo de indefensión, por falta de notificación, puesto que se le entregaría copia de la resolución dictada y se haría con todos los requisitos exigibles para que una notificación resulte ajustada a derecho.

También es cierto que lo dispuesto en el citado artículo 41 b) (LPAC) es una excepción a la regla general, por lo que la Administración notificante deberá motivar la elección de este modo de notificación personal, en lugar de la electrónica, a lo que tenía derecho el interesado.

Señala el relato de hechos que las comunicaciones y notificaciones que la Administración le hizo, a partir del momento en que don ABC manifestó que deseaba ser notificado electrónicamente, no fueron objeto de acceso por parte del interesado, que se dio por notificado, normalmente, mediante comunicación por una persona, funcionaria de la Administración, que tenía conocimiento de las resoluciones de forma inmediata. Por lo que resulta lógico, que, ante procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, la Administración pretendiera, por el bien de sus intereses, tener constancia de que se le notifica la resolución del recurso de alzada. En conclusión: estaba justificado que la administración hubiera acudido a esta forma de notificación, aunque debió quedar constancia motivada en el expediente que se tramitaba.

j) ¿Podría don ABC, al cambiar la normativa, si no le dieron la razón en las vías de impugnación oportunas, exigir ante el Tribunal Constitucional la aplicación retroactiva de esta norma más favorable?

Desde luego, en aplicación de los artículos 9.3 de la Constitución, que establece la «irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictiva de derechos», y en el artículo 26 de la LRJSP, que señala:

1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.
2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición.

Por lo tanto, debió aplicársele la reducción de la sanción.

Respecto a la posibilidad de que prosperara el recurso de amparo interpuesto, con independencia de lo dicho anteriormente respecto a la extemporaneidad del recurso de alzada, como hemos dicho anteriormente, el artículo 26 de la LRJSP consagró el principio de retroactividad *in bonam partem*, que se deduce igualmente de lo establecido en el artículo 9.3 de la CE, con la consiguiente consecuencia de generalidad y de aplicación obligatoria para todos los poderes públicos, al preceptuar que las disposiciones sancionadora producirán efectos favorables en cuanto favorezcan al presunto infractor y que las disposiciones sancionadora no se aplicarán con efecto retroactivo, salvo cuando favorezcan al presunto infractor.

Sin embargo, este reconocimiento no los convierte en derechos susceptibles de amparo constitucional, en tanto que el artículo 25 de la CE no contiene un derecho fundamental a la retroactividad de la ley penal y sancionadora más favorable, como ha reconocido con reiteración el Tribunal Constitucional (sentencia 38/1994, 177/1994, 99/2000 o 72/2002), por lo que la retroactividad de la norma más favorable no es susceptible de ser invocada mediante el recurso de amparo (sentencias 8/1981, 131/1986 y 85/2006).

k) Comente todo lo concerniente a la multa coercitiva impuesta y a la solicitud de don ABC de devolución de lo pagado una vez cerrado el establecimiento

A la multa coercitiva como medio de ejecución forzosa se refiere el artículo 100.1 c) de la LPAC.

En concreto, el artículo 103.1 señala que:

Cuando así lo autoricen las Leyes, y en la forma y cuantía que estas determinen, las Administraciones Públicas pueden, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos:

- a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado.
- b) Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente.
- c) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.

En el caso que analizamos se ha producido por parte de la Administración actuante la vulneración de lo establecido en el artículo reseñado. En primer lugar, esta medida restrictiva de ejecución solo puede ponerse en marcha cuando lo autorice una ley, y no un real decreto, como ha ocurrido en el caso que analizamos.

En segundo lugar, no concurría ninguno de los tres supuestos que, en principio, justifican esta medida de ejecución forzosa, porque lo que debía haber hecho la Administración

es, ante el incumplimiento de don ABC del cierre del establecimiento, acordar la ejecución subsidiaria, puesto que el acto no era personalísimo, eso sí, a costa del obligado a ello. Por tanto, esta imposición de multas coercitivas supone una actuación en vía de hecho por parte de la Administración, cuya consecuencia debe ser la nulidad absoluta, por utilizar un procedimiento inadecuado para el fin que se pretendía, que equivale a prescindir total y absolutamente del procedimiento que se contempla en el apartado e) de la LPAC, como supuestos de nulidad de pleno derecho.

Respecto a la exigencia de devolución de la cantidad pagada, en concepto de multas coercitivas, en el supuesto de que su aplicación hubiere sido ajustada a derecho, debemos señalar que la solicitud de don ABC debe resolverse en el sentido de desestimatorio.

La finalidad de la imposición de multas coercitivas no es otra que impulsar al obligado al cumplimiento voluntario de sus obligaciones. Como señaló el Tribunal Constitucional en sentencia 239/1998, de 14 diciembre, la multa coercitiva es «una medida de constreñimiento económico, adoptará previo el oportuno apercibimiento, que puede reiterarse por lapso de tiempo y cuyo propósito es obtener la acomodación de un comportamiento o gustativo del destinatario del acto a lo dispuesto en una decisión administrativa». Esta postura la ha venido manteniendo recientemente, por ejemplo, en el Auto 126/2017, de 20 septiembre.

Por tanto, la imposición de multas coercitivas no tiene como finalidad obtener la financiación para la ejecución de una actividad administrativa, sino que el obligado cumpla con la obligación impuesta por la resolución administrativa. Otra cosa es que, ante el incumplimiento de esta obligación y pese a las multas coercitivas no cumpla, ordenándose la ejecución subsidiaria, que se hará a cargo del obligado.

En conclusión, aunque el afectado abone el importe total de la multa coercitiva y, por tanto, haya procedido al cumplimiento de la obligación impuesta, ese cumplimiento posterior no supone que deban devolverse los importes cobrados, ni que no deban cobrarse los importes pendientes, puesto que, aunque la naturaleza de las multas coercitivas no es equiparable a una sanción, su objeto era que cumpliera, en tiempo y forma, con la obligación impuesta. El retraso en el incumplimiento fundamenta las multas impuestas reiteradamente y no procede su devolución porque su fundamento, que era el constreñimiento económico para cumplir, se ha constatado ante el incumplimiento del obligado.

B) En relación con los hechos descritos bajo la rúbrica «segundo»

a) Informe sobre la posibilidad de transmitir los derechos y obligaciones dimanantes del contrato administrativo a esta nueva sociedad limitada unipersonal como desea la contratista

Podemos distinguir tres supuestos, puesto que el supuesto de hecho no distingue si se produjo antes de la formalización del contrato o después, aunque ya había sido adjudicado:

1. Antes de la formalización del contrato, pero ya adjudicado.

Respecto a la sucesión durante la tramitación del procedimiento de contratación es un supuesto contemplado en el artículo 144 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), que regula la sucesión empresarial consecuencia de aquellas operaciones societarias que se producen «durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato».

En tal caso, para que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio o rama de actividad, pueda suceder a la sociedad que está participando en la licitación, la ley exige que aquella «reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación».

La comunicación al órgano de contratación habría de realizarse desde el momento en que sea efectiva la operación societaria, a partir de la correspondiente inscripción registral.

2. La sucesión una vez adjudicado y formalizado el contrato.

Conforme al artículo 98 de la LCSP, la subrogación en los derechos y obligaciones frente a la Administración de quien ya es contratista, esto es, cuando ya hay un contrato vigente, se producirá directamente en caso de fusión.

Y, en caso de escisión o transmisión del patrimonio o de ramas de actividad de una empresa, la subrogación se producirá siempre que o bien la sucesora reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar y la solvencia exigida al acordarse la adjudicación, o bien ambas sociedades se responsabilicen solidariamente de la ejecución del contrato.

En caso de que estas circunstancias no pudieran producirse, ello conllevaría la resolución del contrato por culpa del adjudicatario. Aunque la ley menciona en este caso únicamente la ausencia de condiciones de solvencia, la resolución debería extenderse también a la ausencia del compromiso de responsabilidad solidaria, habida cuenta la configuración de ambos requisitos como alternativos.

El último párrafo del artículo 98.1 de la LCSP contiene una previsión, consistente en la posibilidad de que la garantía definitiva sea renovada o reemplazada por una nueva que se suscriba por la sociedad que se subroga en el contrato.

Respecto a la segunda subpregunta planteada, esto es, si se refiere a un momento anterior a la adjudicación, la empresa sería solo, entonces, licitadora o candidata, y no adjudicataria. La cuestión entonces no puede solventarse a través de la figura de la cesión del contrato, regulada en el artículo 214 de la LCSP que señala:

1. Al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 274.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 275, la modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente.

A tales efectos, los pliegos establecerán necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, letra b), no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.

Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados.

Es decir, solo se prevé cuando la empresa sea ya contratista y adjudicataria del contrato. Prueba de ello es que el número 2 de dicho precepto exige en la letra b) «que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato».

Por tanto, se ha denegar la solicitud del empresario porque, si ha transcurrido el plazo de presentación de las proposiciones, es otra persona que la que se crearía como licitadora (la sociedad limitada unipersonal) sin que proceda, legalmente, ningún supuesto de subrogación contemplado en la LCSP. Otra cuestión es que, dentro del plazo de presentación de proposiciones, ese licitador retire su proposición y, en plazo todavía, presente una nueva, ahora, como sociedad limitada unipersonal.

b) ¿Basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida, acumulándose entre sus miembros, o la solvencia es exigible de forma individual, a cada uno de los integrantes de la unión temporal de empresas, como prescribía el PCAP?

El Tribunal Supremo, por auto de 13 de septiembre de 2019, acordó admitir la cuestión y resolverla.

En una cuestión así planteada tendrían cabida supuestos muy distintos. Baste pensar en el caso de que ninguna de las empresas que integran la unión temporal de empresas cumple los requisitos de solvencia técnica requeridos pero sí los cumplen si se las considera de forma conjunta; o en un supuesto en el que, por razón del objeto del contrato, el pliego de cláusulas establece especificaciones técnicas muy concretas que han de reunir todas las empresas que pretendan intervenir en la prestación del servicio, aunque concurran agrupadas en una unión temporal.

La casuística imaginable es variada, como variado es también el posible objeto de los contratos o el elenco de circunstancias cuya toma en consideración conduciría a que diésemos distintas respuestas a la cuestión planteada.

El Tribunal Supremo no da respuesta a la cuestión, reconociendo que la determinación de la solvencia técnica de las UTE plantea problemas que han de resolverse caso a caso.

Ahora bien, en general, en el recurso de casación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, sentencia 886/2021 de 21 de junio de 2021, rec. núm. 7906/2018), una de las empresas integrantes de la unión temporal de empresas cumplía por sí sola y con holgura los requisitos de solvencia técnica exigidos, resultando, por tanto, contrario al principio de proporcionalidad negar que la unión temporal de empresas haya justificado su solvencia técnica por la sola circunstancia de que la otra empresa integrante de la unión no tenga acreditada la experiencia requerida en ese concreto sector de actividad.

El Tribunal Supremo no advierte ninguna razón o circunstancia que justifique que el requisito de experiencia que se establece en el pliego de cláusulas administrativas deba considerarse referido de forma individualizada a cada una de las empresas que integran la unión temporal, y que tales empresas no puedan sumar sus capacidades, declarando haber lugar al recurso de casación.

En nuestro caso, el objeto del contrato es la limpieza de locales, o sea, nada complejo y, en principio, sin que sea preciso especificaciones técnicas especiales.

Ahora bien, debería haberse recurrido en tiempo y forma esta cláusula del pliego (en reposición potestativa, en un mes desde su publicación o, en vía contencioso-administrativa, en dos meses) porque, en caso contrario, estamos ante un acto propio y consentido y las cláusulas del pliego son formes e irrecurribles. La única vía sería el recurso indirecto contra dicha cláusula en los casos excepcionales en los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo (sentencia 438/2021, de 24 de marzo) han admitido en casos excepcionales cuándo la misma sea nula de pleno derecho y no haya sido establecida de forma clara, induciendo a error a los licitadores, o no se haya podido constatar su ilegalidad hasta un momento posterior.

- c) ¿Resulta ajusta a derecho la cláusula incluida en el pliego sobre una causa de resolución del contrato impugnada por varios licitadores?

El artículo 211.1 f) de la LCSP establece que es causa de resolución del contrato:

El incumplimiento de la obligación principal del contrato. Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

La interesante Resolución 1122/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) estima un recurso contra los pliegos que establecen como obligaciones esenciales, a efectos de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 211.1 f):

- Respetar los principios de libre mercado y de competencia competitiva, y abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.
- La obligación del contratista adjudicatario durante la ejecución del contrato y hasta su liquidación de mantenerse en situación de no incurso en prohibición de contratar.

El tribunal entiende, en primer lugar, que del literal del artículo 211.1 f) de la LCSP resulta evidente

que solo pueden ser calificadas como tales las obligaciones vinculadas al contrato y a su ejecución.

De conformidad con lo expuesto, se puede fijar un primer requisito que ha de reunir una obligación para poder ser calificada como esencial: que su cumplimiento resulte indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte. *A sensu contrario*, obligaciones ajenas al objeto del contrato y a su ejecución no pueden elevarse a la categoría de obligación esencial de este.

Un segundo requisito es que se identifiquen de forma expresa y deliberada, por ello, el órgano de contratación ha de señalarla de forma clara, inequívoca y expresa, para que su contenido y alcance no susciten dudas, dadas las consecuencias que la ley anuda a su incumplimiento: la resolución contractual o la imposición de penalidades.

Y se remite además a lo señalado por el Consejo de Estado en su dictamen núm. 3428/1999, de 18 de mayo de 2000, por cuanto:

una obligación no deviene esencial por ser calificada como tal en el pliego y en el contrato, sino que esta debe serlo *ab initio*, esto es, debe estar íntimamente vinculada al objeto y elementos de un contrato en particular, de manera que constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes.

Pues bien, sobre si la obligación de abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia reúne los requisitos para configurarse como una obligación esencial, considera el TACRC que dicha obligación puede enmarcarse en el genérico deber que el artículo 132.3 de la LCSP impone al órgano de contratación de velar «en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia», y que con independencia de los efectos que pudieran derivarse del incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia con carácter previo o durante el procedimiento de contratación, no cabe apreciar la necesaria vinculación con el objeto del contrato, pues se impone un cumplimiento abstracto de los principios del libre mercado y de concurrencia competitiva, «anudándose a su incumplimiento, sin vinculación alguna con el objeto del contrato, consecuencias en la esfera jurídica del contrato, como la imposición de penalidades o su resolución».

No puede aceptarse, en este sentido, el argumento del órgano de contratación, de entender que dicha cláusula viene impuesta por el artículo 6 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, pues dicho precepto tiene por objeto asegurar que los fondos correspondientes al PRTR se han utilizado de conformidad con las normas aplicables, en particular, en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, no una mera defensa abstracta de la legalidad de defensa de la competencia.

El TACRC entiende también que aun prescindiendo de su falta de vinculación con el objeto del contrato, dicha cláusula tampoco supera su examen a la luz del principio de transparencia, pues está redactada de forma genérica, sin establecer de forma precisa e inequívoca la obligación que debe cumplir el adjudicatario, tal como exige el artículo 211.1 f) 2.º de la LCSP, refiriéndose de forma abstracta al deber de cumplimiento de los «principios del libre mercado y de la concurrencia competitiva», deber que solo cabe concretar por remisión a las normas de defensa de la competencia, de modo que dicha cláusula no estaría estableciendo ninguna obligación concreta en relación con el contrato, pues dicho deber ya estaría impuesto a los licitadores por las indicadas normas.

Sobre la obligación del contratista adjudicatario de mantenerse en situación de no incurrir en prohibición de contratar, el tribunal entiende que dicha cláusula no precisa ni directa ni indirectamente qué debe entenderse por «encontrarse incurso» a los efectos de su apli-

cación. La cláusula no se encuentra redactada de forma precisa, clara e inequívoca, lo que conduciría *per se* a su anulación, y ha de ser anulada también ante la ausencia de vinculación con el objeto de contrato, al rechazar el TACRC que encontrarse incurso en una prohibición para contratar, cuya declaración deriva de situaciones ajenas a la ejecución del contrato en cuestión, pueda configurarse como obligación esencial de este.

Para terminar, resulta importante recordar, como hace el tribunal, que, existiendo una normativa expresa en la LCSP, no es admisible que los pliegos puedan apartarse de la misma y establecer como causa autónoma de resolución no encontrarse incurso en prohibición para contratar, y la de no abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, al amparo del principio de libertad de pactos, pues a diferencia de la posibilidad que establecía la letra h) del artículo 223 i) del TRLCSP, de que los órganos de contratación o las entidades contratantes en los PCAP, en función y específicamente para el contrato que se adjudicaba, «las establecidas expresamente en el contrato», dicha posibilidad ha desaparecido en el artículo 211.1 de la vigente LCSP:

Por tanto, la situación actual es sumamente restrictiva, *ex lege*, a admitir la creación de cláusulas en los pliegos que introduzcan causas de resolución del contrato diferentes a las señaladas en la LCSP, y así este Tribunal ha anulado distintas cláusulas que contravenían dicha prohibición, como así hicimos en las resoluciones antes citadas y en otras tantas.

d) Se solicita informe sobre si el recurso debe o no ser estimado con base en los argumentos del recurrente

1. No constituye gasto general

En el artículo 101.2:

En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial.

En este sentido, el artículo 131.1 a) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (La Ley 1470/2001), que aprueba el Reglamento de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, define este concepto como aquellos «gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato».

Así, se considera que los gastos generales son aquellos costes relacionados con la empresa que se producen de forma continuada y que, siendo necesarios para el funciona-

miento del negocio, inciden en el coste de las obras pero son independientes del volumen de proyectos en ejecución.

Se entiende que, de la legislación vigente, se puede deducir que el concepto de gastos generales responde, en todo caso, al concepto del gasto generado por el mero hecho de tener una actividad en funcionamiento. En este sentido, se considera que los gastos derivados de un contrato de seguro no constituyen un gasto general, pues responde por los riesgos derivados de la ejecución de este contrato concreto y no de otras actividades de la empresa y que, por tanto, una correcta determinación del presupuesto debería haber incluido su coste. Por tanto, es motivo de estimación del recurso planteado.

2. Es una condición especial de ejecución

Las condiciones especiales de ejecución están reguladas en la Ley de contratos del sector público 9/2017, de 8 de noviembre, más concretamente en el artículo 202 (son aquellas que se encuentren relacionadas con consideraciones de tipo: 1. Económicas (como nuestro caso), 2. de innovación, 3. medioambientales (que persigan, a modo de ejemplo, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero) o 4. sociales o relativas al empleo (contratar un número de personas con discapacidad superior al que se exige en la ley nacional). En este artículo se establece la obligatoriedad de introducir condiciones especiales de ejecución en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

La consideración de obligaciones esenciales se establecen en el artículo 76.2 de la Ley 9/2017.

Las condiciones especiales de ejecución son cláusulas o disposiciones contractuales que se añaden al contrato público para regular aspectos específicos del mismo. Estas condiciones complementan y adaptan las disposiciones legales y normativas generales que rigen la contratación pública. Pueden incluir términos relacionados con el plazo de entrega, garantías, pagos, penalizaciones, responsabilidades y otros aspectos relevantes para la ejecución adecuada del contrato.

¿Cuándo operan las condiciones especiales de ejecución? Las condiciones especiales de ejecución empiezan a operar desde el momento en que el contrato es formalizado y firmado por ambas partes. Es importante tener en cuenta que estas condiciones deben ser aceptadas por el contratista como parte integral del acuerdo. Por lo tanto, antes de firmar el contrato, es fundamental revisar y comprender todas las condiciones especiales de ejecución establecidas en el documento.

Son sus requisitos:

- Han de estar vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145 y relacionadas con la fase de ejecución del contrato.

- No ser directa o indirectamente discriminatorias y ser compatibles con el derecho de la Unión Europea.
- Se han de indicar en el anuncio de licitación, concretamente en el anexo I al PCAP y en los pliegos.
- Se han de supervisar durante la fase de ejecución y fijar sanciones para posibles incumplimientos.
- Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo (art. 202.4 LCSP).

De manera opcional:

- Posibilidad de atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 211 f) de la LCSP.
- Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP.

La exigencia en los pliegos de un seguro de responsabilidad civil para la cobertura de los daños causados durante la ejecución de un contrato debe hacerse constar expresamente como condición especial de ejecución; sus costes deben figurar en el presupuesto; debe hacerse constar tal exigencia en el anuncio de licitación; y debe motivarse debidamente en el expediente su cuantía.

3. *No motivación del importe y exceso del mismo*

Tiene razón. El artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, exige la motivación de los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos o aquellos que se dicten en virtud de potestades discrecionales de la Administración.

Por otra parte, como efectivamente la cuantía del recurso es exagerada, 1.000.000 de euros, teniendo en cuenta el valor estimado del contrato y la duración del mismo, que es de 2 años improrrogable.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 9, 22, 24 y 25.
- Ley Orgánica 1/2002 (reguladora del derecho de asociación), arts. 1, 10 y 38.

- Ley 29/1998 (LJCA), art. 114 y ss.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 14, 40, 30, 47, 100 y 103.
- Ley 40/2015 (régimen jurídico del sector público), arts. 3, 4, 9, 12, 13, 14, 25, 26, 28, 35 y 41.
- Ley 9/2017 (contratos del sector público), arts. 71, 76, 98, 101, 132, 144, 202, 211 y 214.
- Real Decreto legislativo 1/2007 (TR Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), arts. 5, 23, 27, 33 y 35.
- Real Decreto 1098/2001 (Rgto. Ley de contratos de las Administraciones públicas), art. 131.
- SSTC 131/1986, 8/1991, 38/1994, 177/1994, 239/1998, 99/2000, 72/2002, 85/2006, 126/2017, 438/2021 y 886/2021.
- ATS, Sala 3.^a, de 13 de septiembre de 2019.
- Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 1122/2022.
- Dictamen del Consejo de Estado núm. 3428/1999, de 18 de mayo de 2000.



CURSOS DE **FORMACIÓN A MEDIDA PARA EMPRESAS**

✓ **Nos adaptamos a las necesidades formativas de la empresa**

Escuchamos las necesidades formativas de pequeñas, medianas y grandes empresas para ofrecer una propuesta global a medida, trabajando en estrecha colaboración para que sus planes de formación alcancen la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales. Adaptamos para ello los contenidos según sus necesidades específicas, atentos siempre a los horarios y ubicaciones geográficas que demanden.

✓ **Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)**

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente, o incluso desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a lo largo del año.

Nuestros datos
desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 14.425

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 68.500

Profesionales formados

+ 342.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

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 - Psicología General Sanitaria - Psicopedagogía - Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas - Dirección Comercial y Marketing - 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 - 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 - Seguridad, Defensa y Geoestrategia



Si necesitas volar,
SOMOS TUS ALAS
Contigo, somos uno.