

# CEFLegal

## Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 285 | Octubre 2024

ISSN: 2697-1631

**La protección de los acreedores en las fusiones nacionales en supuestos de modificación del contenido del proyecto inicial por las juntas generales**

Rodrigo León Nardo

**El derecho del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: ¿evolución del derecho público a través de un nuevo *spending power*?**

Silvia Díez Sastre y Ester Marco Peñas

**El riesgo operacional como factor diferenciador del contrato de concesión de servicios**

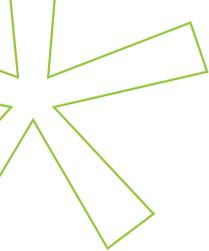
José Enrique Candela Talavero

**Teoría y práctica del efecto incentivador de las subvenciones: una aplicación del método del caso a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía**

Francisco A. Aranguren Baena

**Las personas jurídicas «penalmente» responsables por los delitos cometidos por sus integrantes: supuestos problemáticos**

Lucas G. Menéndez Conca



# udima

La universidad online más cercana

## 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 – Neuropsicología – Psicología General Sanitaria – Psicopedagogía – Tecnología Educativa

### **Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales**

Asesoramiento Financiero y Bancario – 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 – 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

## Títulos Propios y Doctorados

Consultar en [www.udima.es](http://www.udima.es) 

## Grados Oficiales

### **Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería**

Ingeniería de Organización Industrial – 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**

Relaciones Laborales y Recursos Humanos – Criminología – Derecho

### **Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**

Historia



**Juntos hacia  
tu objetivo**

# CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 285 | Octubre 2024

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> 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

Francisco Javier Arias Varona. Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Rey Juan Carlos

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

José Luis Blanco Pérez. Director adjunto de la Asesoría Jurídica Sociedad Española de Sistemas de Pago

José María Blanco Saralegui. Magistrado del Tribunal Supremo y Counsel de Uría Menéndez Abogados

Borja Carvajal Borrero. Gómez Acebo y Pombo Abogados

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

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

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

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

Itziar Gómez Fernández. Profesora de Derecho Constitucional. UC3M y letrada del Tribunal Constitucional

Nicolás González Deleito. Socio de Cuatrecasas Abogados

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

María Medina Alcoz. Profesora titular de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos

Luis Mingo Benedicto. Socio del Área Mercantil en KPMG Abogados

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

Nieves Moralejo Imberón. Catedrática de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid

María José Morillas Jarillo. Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid

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

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

José Luis Zamarró Parra. Socio de Clifford Chance

## 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](mailto: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](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://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

La protección de los acreedores en las fusiones nacionales en supuestos de modificación del contenido del proyecto inicial por las juntas generales 5-40

*The protection of creditors in domestic mergers in cases of amendment of the draft terms by the general meetings*

**1.º Premio Estudios Financieros 2024**

Rodrigo León Nardo

#### Constitucional-administrativo

El derecho del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: ¿evolución del derecho público a través de un nuevo *spending power*? 41-78

*The law governing Spain's Recovery, Transformation and Resilience Plan: evolution of public law through a new spending power?*

**1.º Premio Estudios Financieros 2024**

Silvia Díez Sastre y Ester Marco Peñas

El riesgo operacional como factor diferenciador del contrato de concesión de servicios 79-100

*The operational risk as a differentiating factor of the service concession arrangement*

José Enrique Candela Talavero

Teoría y práctica del efecto incentivador de las subvenciones: una aplicación del método del caso a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 101-124

*Theory and practice of the incentive effect of public grants: an application of the case method to the jurisprudence of the Superior Court of Justice of Andalusia*

Francisco A. Aranguren Baena

## Penal

- Las personas jurídicas «penalmente» responsables por los delitos cometidos por sus integrantes: supuestos problemáticos 125-150  
*Legal persons «criminally» liable for crimes committed by their members: problematic cases*  
Lucas G. Menéndez Conca

## Comentarios de resoluciones

### Civil-mercantil

- El derecho a la intimidad del menor no puede modularse por el hecho de que los progenitores sean famosos (Comentario a la STS de 24 de julio de 2024) 151-157  
Casto Páramo de Santiago
- Impugnación de la tutela automática, o resolución administrativa en materia de protección de menores (Comentario a la STS de 20 de junio de 2024) 158-164  
José Ignacio Esquivias Jaramillo

## Casos prácticos

### Civil

- Normativa MiFID y límites a la legitimación activa de las asociaciones de consumidores 165-175  
Adelaida Medrano Aranguren

### Administrativo

- Contratación administrativa y contrato de suministro. Procedimiento de subvenciones y reintegro 176-216  
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>

# La protección de los acreedores en las fusiones nacionales en supuestos de modificación del contenido del proyecto inicial por las juntas generales

Rodrigo León Nardo

Trainee en J&A Garrigues (España)

[rodrigo.leon.nardo02@gmail.com](mailto:rodrigo.leon.nardo02@gmail.com) | <https://orcid.org/0009-0003-2485-8431>



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2024** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don José María Blanco Saralegui, don Francisco Javier Arias Varona, don José Luis Blanco Pérez, doña María Medina Alcoz, don Luis Mingo Benedicto, doña Nieves Moralejo Imbernón y doña María José Morillas Jarillo.

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

## Extracto

Las fusiones empresariales pueden afectar negativamente a los acreedores cuando impliquen una reducción de la solvencia de la sociedad resultante o absorbente en relación con las participantes en el proceso. Tradicionalmente, este riesgo se ha mitigado en España mediante la configuración de un derecho de oposición que les permitía, hasta cierto punto, paralizar la operación hasta obtener una seguridad en el cobro sus créditos. El Real Decreto-ley 5/2023 ha supuesto una evolución del régimen de protección, eliminando definitivamente el derecho de oposición y sustituyéndolo por un derecho a obtener garantías adecuadas. A la vez, permite inequívocamente que el proyecto de fusión sea modificado por las juntas sin que sea necesario un reinicio del procedimiento. El objeto de este trabajo es estudiar la compatibilidad entre la modificabilidad del proyecto y el nuevo régimen de protección de los acreedores instaurado. Como veremos, surgen ciertas incoherencias de la redacción del real decreto-ley que deválían varias de las novedades introducidas. Analizaremos estas cuestiones, proponiendo tanto soluciones a futuro como una interpretación *de lege lata* que permita garantizar un nivel de protección suficiente de los acreedores en supuestos de modificación del proyecto.

**Palabras clave:** protección de acreedores; modificación del proyecto de fusión; garantías adecuadas.

Recibido: 03-05-2024 / Aceptado: 15-09-2023 / Publicado: 03-10-2024

**Cómo citar:** León Nardo, R. (2024). La protección de los acreedores en las fusiones nacionales en supuestos de modificación del contenido del proyecto inicial por las juntas generales. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 285, 5-40. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.22121>



# The protection of creditors in domestic mergers in cases of amendment of the draft terms by the general meetings

Rodrigo León Nardo

This paper has won the **1<sup>st</sup> Financial Studies 2024** Award in the category of **Civil and Commercial Law**.

The jury members were: Mr. José María Blanco Saralegui, Mr. Francisco Javier Arias Varona, Mr. José Luis Blanco Pérez, Mrs. María Medina Alcoz, Mr. Luis Mingo Benedicto, Mrs. Nieves Moralejo Imbernón and Mrs. María José Morillas Jarillo.

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

## Abstract

Corporate mergers may adversely affect creditors' interests when it leads to a reduction in the solvency of the new or acquiring company in relation to that of the merging companies. Traditionally, this risk has been mitigated in Spain through the establishment of a right of opposition that allowed creditors, to a certain extent, to paralyze the execution of the merger until they obtained adequate safeguards. The Royal Decree-Law 5/2023 has brought about an evolution of the protection regime, eliminating the right of opposition, and replacing it with a right to obtain adequate guarantees. Simultaneously, it unequivocally allows the draft terms of the merger to be modified by shareholders meetings, without this constituting a restart of the whole procedure. The purpose of this paper is to study the compatibility between the modifiability of the draft terms of the merger and the new protection regime for creditors. As we shall explain, certain inconsistencies arise from the wording of the Royal Decree-Law that devalue several of the novelties introduced. We will analyse these issues, proposing both future solutions and an interpretation *de lege lata* that ensures a sufficient level of creditor protection in cases of amendment of the draft terms of the merger.

**Keywords:** protection of creditors; amendment of the draft terms of merger; adequate safeguards.

Received: 03-05-2024 / Accepted: 15-09-2023 / Published: 03-10-2024

**Citation:** León Nardo, R. (2024). La protección de los acreedores en las fusiones nacionales en supuestos de modificación del contenido del proyecto inicial por las juntas generales. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 285, 5-40. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22121>

## Sumario

1. Introducción: las deficiencias en la protección de los acreedores como consecuencia de la modificación de su régimen de protección y de la admisibilidad de los cambios en el proyecto por las juntas generales
2. El derecho a la obtención de garantías adecuadas como mecanismo general de protección en el RDLME
  - 2.1. De la oposición de los acreedores en la LME a la exigencia de garantías adecuadas en el RDLME
  - 2.2. Naturaleza jurídica
  - 2.3. Presupuestos para el ejercicio del derecho a la obtención de garantías adecuadas
  - 2.4. El ofrecimiento de garantías en el proyecto de fusión
    - 2.4.1. El derecho de información de los acreedores
    - 2.4.2. Las garantías en el proyecto de fusión
    - 2.4.3. El derecho a formular observaciones sobre las garantías ofrecidas
    - 2.4.4. Valoración de la adecuación de las garantías en el informe del experto independiente
  - 2.5. Exigencia ante el Registro Mercantil o el juzgado de lo mercantil de la concesión de una garantía adecuada
    - 2.5.1. Procedimiento
    - 2.5.2. Plazo
    - 2.5.3. Forma
    - 2.5.4. Legitimación pasiva
3. La posibilidad de modificar el proyecto de fusión por las juntas de las sociedades que han de aprobarlo
  - 3.1. La modificabilidad del proyecto por las juntas: una cuestión controvertida
  - 3.2. La admisión expresa de la modificabilidad del proyecto por las juntas en el RDLME
4. Repercusión de la modificación del proyecto por las juntas en la posición y los derechos de los acreedores
  - 4.1. La ampliación del círculo de los acreedores con derecho a ser protegidos
  - 4.2. La afectación de los derechos de información y formulación de observaciones ante una aprobación modificativa del proyecto
  - 4.3. La pérdida de valor informativo y presuntivo del informe de experto independiente
  - 4.4. La completa desprotección de los acreedores ante una modificación del proyecto por las juntas como consecuencia de los plazos establecidos en el RDLME para la exigencia registral o judicial del derecho a la obtención de garantías
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

## 1. Introducción: las deficiencias en la protección de los acreedores como consecuencia de la modificación de su régimen de protección y de la admisibilidad de los cambios en el proyecto por las juntas generales

La fusión, por su naturaleza, puede dar lugar a consecuencias desfavorables para los acreedores de las sociedades implicadas en la operación. Tanto las fusiones que resultan en la creación de una nueva sociedad como las fusiones por absorción suponen para los acreedores de todas las sociedades intervinientes o, al menos, para los de las sociedades absorbidas, una novación del deudor que comporta un riesgo de reducción de la solvencia que afecta negativamente a los acreedores. En las novaciones producidas en el marco de una modificación estructural, los acreedores no tienen a su alcance los instrumentos de protección generales que prevé el Derecho privado en caso de sustitución del deudor o de cesión de créditos<sup>1</sup>, pues no se cohonesta con las exigencias propias del tráfico mercantil<sup>2</sup>, por lo que, en las fusiones, rige el principio de sucesión universal. Para los acreedores de la sociedad absorbente también existe un importante riesgo, puesto que aunque no se produce una novación del deudor, puede aumentar significativamente su pasivo al adquirir las deudas y obligaciones de las sociedades absorbidas, incrementando su riesgo de insolvencia y disminuyendo las posibilidades de cobro de los créditos de sus propios acreedores<sup>3</sup>. De ahí que la protección de los acreedores no encuentre su fundamento único en la posible novación del deudor, sino más bien en la confusión de los patrimonios que se unifican y deberán cubrir a todos los acreedores<sup>4</sup>. Por todo esto, resulta necesario establecer un sistema específico de protección de los acreedores que, tradicionalmente, se había configurado en España como un derecho de oposición atribuido a todos los acreedores afectados.

El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida

---

<sup>1</sup> El artículo 1205 del Código Civil (en adelante, CC) exige el consentimiento expreso del acreedor para que pueda operar la novación.

<sup>2</sup> García Sanz (2017), apartado II; Esteban Ramos (2017), capítulo II, apartado I.

<sup>3</sup> Esteban Ramos (2017), capítulo II, apartado I; Gilotta (2023), p. 5.

<sup>4</sup> García Sanz (2017), apartado II; Esteban Ramos (2017), capítulo II, apartado I.

profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (en adelante, RDLME), ha supuesto una súbita modificación del régimen de protección de los acreedores, al sustituir el tradicional derecho de oposición por un sistema basado en el ofrecimiento de garantías adecuadas. Este nuevo régimen de protección encuentra su origen, en gran medida, en el Anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales de marzo de 2023 (en adelante, el Anteproyecto), que se encontraba en tramitación<sup>5</sup> para la trasposición de la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (en adelante, Directiva 2019/2121).

La Directiva 2019/2121 es una directiva «de mínimos» que permite a los Estados establecer mecanismos de protección adicionales siempre y cuando se respeten los contenidos mínimos exigidos en ella, así como el derecho a la libertad de establecimiento. En materia de protección de los acreedores, la directiva únicamente exige la introducción de este régimen de exigencia de garantías, que resulta novedoso en España, para las modificaciones estructurales transfronterizas<sup>6</sup>, y ha sido el legislador español el que ha decidido incorporarlo también a las operaciones internas y derogar el régimen anterior. Esta opción ha sido valorada como un acierto por la doctrina<sup>7</sup>, dado que no hacerlo habría supuesto una desigualdad en los derechos de los acreedores dependiendo de la naturaleza transfronteriza o interna de la operación. No obstante, esta incorporación del régimen establecido en la Directiva 2019/2121 en las operaciones internas ha sufrido ciertas modificaciones, especialmente en cuanto a los plazos, por lo que persisten algunas diferencias en cuanto al régimen de protección de los acreedores en las operaciones internas y en las transfronterizas.

Además, el RDLME ha supuesto otro giro en el parecer del legislador respecto de la legislación anterior, ya que se posiciona inequívocamente a favor de la modificabilidad del proyecto de fusión; una cuestión que ha venido siendo discutida por la doctrina desde el régimen anterior a la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME)<sup>8</sup>. En la LME, el legislador pareció posicionarse a favor de la inmodificabilidad, con la adición del adverbio «estrictamente» en su artículo 40.1<sup>9</sup>. Ahora, con el

---

<sup>5</sup> Nos referimos al Anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

<sup>6</sup> Véanse los considerandos 23 y 24 y el artículo 126 ter de la Directiva 2019/2121, en el caso de la fusión.

<sup>7</sup> Álvarez Royo-Villanova (2023b), apartado X, punto 1.

<sup>8</sup> Véase Largo Gil (2000, pp. 508-528).

<sup>9</sup> En este punto, la doctrina estaba dividida. Había un sector que consideraba que esto ponía punto final a la cuestión, y que el proyecto era estrictamente inmodificable (Muñoz García, 26-09-2023), mientras que otro sector defendía que el proyecto seguía siendo modificable (Martí Moya, 2011). Se profundizará

nuevo artículo 8.7 del RDLME y la adición de la palabra «unilateralmente» en el artículo 47.1 del RDLME (antiguo 40.1 LME), el legislador ha cambiado su postura, posicionándose claramente a favor de la modificabilidad, siempre que los cambios no se introduzcan de forma unilateral.

La modificabilidad supone, lógicamente, un riesgo para los acreedores, ya que ahora no pueden confiar plenamente en la información que les proporciona el proyecto de fusión. Pero, además, debemos conjugar la modificabilidad con un régimen de protección completamente nuevo, basado en la posibilidad de solicitar de garantías «adecuadas», cuando se considere que las ofrecidas en el proyecto no lo son, régimen que ha sustituido al tradicional derecho de oposición. Como veremos, surgen relevantes incoherencias al intentar compaginar ciertos aspectos del nuevo régimen con la posible modificación del proyecto por las juntas generales.

El objeto de este trabajo es valorar cómo incide la modificabilidad del proyecto en la efectividad de la exigencia de garantías por los acreedores. Para ello analizaremos, en primer lugar, el nuevo régimen de protección contenido en el artículo 13 del RDLME, que ha supuesto un cambio integral respecto del derecho de oposición. En segundo lugar, examinaremos qué significa realmente la admisión de la modificabilidad del proyecto, cómo se ha llegado a esta posición y cuál es su alcance. Finalmente, expondremos cómo compatibilizar el nuevo régimen de protección instaurado y la posibilidad de modificar el proyecto de fusión, aportando soluciones a las dudas relativas al ámbito de protección, los derechos de información y la formulación de observaciones, el informe del experto independiente y los plazos para el ejercicio del derecho, proponiendo tanto una interpretación integradora de la redacción actual del RDLME como una posible mejora *de lege ferenda*.

## 2. El derecho a la obtención de garantías adecuadas como mecanismo general de protección en el RDLME

### 2.1. De la oposición de los acreedores en la LME a la exigencia de garantías adecuadas en el RDLME

La protección de los acreedores ante fusiones que puedan mermar sus posibilidades de cobro es una cuestión regulada en todos los países de nuestro entorno, pero con soluciones y mecanismos de protección muy dispares. A grandes rasgos, la doctrina ha diferenciado entre sistemas de protección *ex ante* y *ex post*<sup>10</sup>. El primero de ellos consiste en ofrecer protección a los acreedores antes de la ejecución de la fusión, mediante la posibilidad de impedirla hasta tanto no se satisfaga su crédito o se obtenga una garantía suficien-

---

más en esta cuestión en el apartado III. 1 «La modificabilidad del proyecto por las juntas: una cuestión controvertida» *infra*.

<sup>10</sup> Fuentes Naharro (2021), apartado III, punto 1.2.

te. En los países que optan por sistemas *ex post*, no se permite a los acreedores impedir la fusión, pero se les dota de un sistema de protección específico que operará durante o tras la inscripción de la fusión y que puede materializarse en la puesta a disposición de distintos instrumentos jurídicos, como la obtención de garantías o la responsabilidad personal de los administradores en caso de insolvencia de la sociedad resultante de la fusión<sup>11</sup>.

En España, la protección de los acreedores ha sido tradicionalmente configurada mediante un derecho de oposición a la fusión. Esta posibilidad de oposición se puede observar ya en el artículo 145 de la Ley de sociedades anónimas de 1951, que permitía a los acreedores impedir la ejecución de la modificación estructural hasta obtener garantía o satisfacción de su crédito. La LME lo conservó en su artículo 44, si bien, tras sucesivas reformas, se fue minando su efectividad. Antes de la reforma de la LME de 2012<sup>12</sup> estaba claro que el ejercicio del derecho de oposición paralizaba la fusión hasta que el acreedor obtuviera garantías sobre su crédito. De ahí que claramente la doctrina calificara este derecho como un sistema de protección *ex ante*<sup>13</sup>. Sin embargo, tras esta reforma, algunos autores lo consideraban más cercano a un sistema mixto<sup>14</sup>, pues era dudoso que el derecho de oposición paralizase la operación, ya que desde entonces se preveía la posibilidad de que la fusión pudiera llevarse a cabo a pesar del ejercicio del derecho de oposición. Es por ello por lo que hay autores que indican que era discutible seguir hablando de un derecho de oposición «tradicional» de bloqueo de la operación, ya que, a partir de 2012, la oposición se sustanciaba en un derecho del acreedor a solicitar al registrador mercantil la anotación de su oposición a fin de luego reclamar ante un tribunal el otorgamiento de una garantía adecuada<sup>15</sup>. De hecho, algún autor llegó a proponer incluso el cambio de su denominación por «derecho de tutela del crédito por razón de la reestructuración del deudor»<sup>16</sup>. Otros autores defendían que, a partir de 2012, seguía habiendo casos en los que sí se paralizaba la fusión. Entendían que cuando la sociedad aceptaba la oposición, considerándola fundada, la operación se paralizaba. Cuando discrepaban, la operación continuaba, si bien el acreedor tenía a su alcance la vía judicial<sup>17</sup>.

Como hemos comentado, este régimen ha desaparecido en el RDLME, al incorporar también para las operaciones nacionales el régimen de protección armonizado contemplado en la Directiva 2019/2121. El objetivo de esta directiva es incentivar las modificaciones estruc-

<sup>11</sup> Rojas Martínez del Mármol (2016, p. 101).

<sup>12</sup> Reforma operada por el Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, y la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, fruto de la tramitación parlamentaria de este real decreto-ley.

<sup>13</sup> García Sanz (2017), apartado II.

<sup>14</sup> Esteban Ramos (2017), capítulo II, apartado III.

<sup>15</sup> Fuentes Naharro (2021), apartado III, punto 1.2.

<sup>16</sup> Fernández de Córdova Claros (2013), p. 83.

<sup>17</sup> García Sanz (2017), apartado VI.

turales transfronterizas y, para ello, ha dictado una regulación armonizada de la protección de los acreedores, ya que la disparidad de las regulaciones de los Estados miembros y la consecuente falta de seguridad jurídica ha sido uno de los mayores impedimentos para el desarrollo de estas operaciones<sup>18</sup>. Sin embargo, es posible argumentar que la directiva se queda corta por dos motivos. En primer lugar, al dictar una normativa «de mínimos», los Estados pueden configurar medidas adicionales o mantener las anteriores, siempre que no contradigan lo dispuesto en la directiva y el derecho a la libertad de establecimiento. En segundo lugar, la directiva no otorga una definición general de «garantía adecuada», sino que se limita a mencionar ejemplos como las prendas y las fianzas (art. 86 quinquies, letra f y 122, letra n o 160 quinquies, letra q). Los Estados pueden optar por definir más precisamente este término estableciendo una lista o una definición general del término, o pueden replicar la directiva y dejar el término indeterminado. Ambas cuestiones abren la posibilidad de enfrentarnos, nuevamente, a regímenes muy distintos y a una falta de seguridad jurídica, indudablemente contraproducente para alcanzar los objetivos de la directiva<sup>19</sup>.

El RDLME traspone la Directiva 2019/2121 a nuestro ordenamiento, y al hacerlo elimina por completo el derecho de oposición de los acreedores. Procede, por tanto, realizar un breve análisis sobre el nuevo sistema de protección basado en la obtención de garantías adecuadas.

## 2.2. Naturaleza jurídica

En nuestra opinión, el RDLME ha creado un sistema de protección mixto<sup>20</sup>. El procedimiento de tutela comienza *ex ante*, puesto que la protección al acreedor se inicia con la publicación obligatoria de información y la posibilidad de realizar observaciones al proyecto de fusión (art. 7.1.2.º RDLME) y, además, el derecho a solicitar garantías adecuadas se ejercita antes de la aprobación de la operación por las juntas. Sin embargo, y dado que ya no cabe duda de que el ejercicio del derecho no paraliza la operación, en muchas ocasiones la fusión concluirá sin que se haya garantizado al acreedor su crédito, obligándole a acudir a la vía judicial (instrumento propio de un sistema de protección *ex post*). A mayores, si el legislador hubiera querido configurar un sistema de protección claramente *ex ante*, podría haberlo hecho previendo la paralización del procedimiento de fusión en términos similares al anterior régimen de oposición. La directiva lo permite, al ser «de mínimos», y ha sido la opción elegida por algunos Estados<sup>21</sup>, e incluso si no lo permitiera, podría haberse previsto la paralización para las operaciones internas.

<sup>18</sup> Gilotta (2023, p. 3) y Fuentes Naharro (2021), apartado III, punto 1.2.

<sup>19</sup> Gilotta (2023, p. 11).

<sup>20</sup> Esta idea parte de la argumentación que realiza Esteban Ramos (2017), capítulo II, apartado III, en relación con la regulación anterior.

<sup>21</sup> Así lo contempla, por ejemplo, la normativa de Países Bajos. Véanse los artículos 316 y 333ha Burgerlijk Wetboek.

No varía respecto del anterior derecho de oposición la naturaleza potestativa del derecho a obtener garantías adecuadas, ya que lo ejercerán los acreedores «que no estén conformes». Consideramos que lo que sí varía es su naturaleza judicial o extrajudicial. Partiendo de la regulación contenida en la LME, la doctrina atribuía al derecho de oposición naturaleza extrajudicial, en tanto que la oposición se configuraba como un derecho del acreedor a manifestar su oposición a la fusión, del que se derivaba o bien un otorgamiento de garantías o una inscripción registral que dejaba constancia de ello. El recurso a la vía judicial admitido por el artículo 44.4 de la LME no era una modalidad de ejercicio del derecho de oposición, sino una consecuencia ante su conculcación por la sociedad. Era, por tanto, «una reacción posterior que exige el previo ejercicio de ese derecho en tiempo y forma»<sup>22</sup>.

El RDLME plantea un sistema de protección que, en caso de no ofrecerse garantías adecuadas, termina igualmente en un juzgado de lo mercantil. La diferencia, en nuestra opinión, es que la vía judicial se contempla como una modalidad del ejercicio del derecho, no como una consecuencia de su desatención por la sociedad participante en la fusión, en tanto que se permite acudir directamente al juzgado de lo mercantil cuando el informe del experto independiente considera inadecuadas las garantías ofrecidas (art. 13.1. 2.º RDLME). El sistema de protección contempla, por tanto, una modalidad extrajudicial en el apartado 1.º del artículo 13.1 y una modalidad judicial en el apartado 2.º, ambas en plano de igualdad, variando entre ellas el presupuesto que ha de concurrir para optar por una u otra. Difiere así claramente del régimen anterior, en el que la vía judicial era consecuencia del fracaso de la vía extrajudicial. Por lo tanto, no consideramos que el nuevo sistema de protección pueda clasificarse como de naturaleza puramente extrajudicial o judicial, sino mixta, en tanto que ambas opciones se despliegan paralelamente como modalidades del derecho a la obtención de garantías adecuadas. Ahora bien, la modalidad judicial opera también como un cierre del sistema, ya que si la vía extrajudicial resulta infructuosa (cosa que parece probable en la práctica), habrá de acudirse al juzgado de lo mercantil.

### 2.3. Presupuestos para el ejercicio del derecho a la obtención de garantías adecuadas

Para que un acreedor tenga derecho a obtener garantías adecuadas, el RDLME exige la concurrencia de cuatro requisitos: (a) que el acreedor sea titular de un crédito incluido en el ámbito de protección establecido legalmente, (b) que pueda demostrar que la satisfacción de su derecho está en peligro por causa de la fusión, (c) que pueda demostrar que no ha recibido garantías adecuadas, y (d) que haya notificado su disconformidad a la sociedad.

El primero de ellos hace referencia a que el acreedor se encuentre dentro del ámbito subjetivo que establece el artículo 13.1 del RDLME, que solo permite ejercitar el derecho a

---

<sup>22</sup> Esteban Ramos (2017), capítulo II, apartado III.

obtener garantías adecuadas a los acreedores «cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a la publicación del correspondiente proyecto, [y] aun no hayan vencido en el momento de dicha publicación». Por otro lado, el artículo 13.2 del RDLME dispone, para aquellos casos en los que no sea necesaria la publicación del proyecto, que «la fecha de nacimiento del crédito a los efectos de la protección de los acreedores deberá ser anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión adoptado por la junta general o, en los casos en que así proceda, por el consejo de administración o a la fecha de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor». El derecho a obtener garantías adecuadas trata de tutelar la confianza de los terceros, ya que con las fusiones puede verse modificada la solvencia del deudor. Por lo tanto, la fecha en cuestión debe referirse al momento a partir del cual los acreedores pueden conocer la existencia y circunstancias de la operación. Es decir, el sistema vigila que aquellos que no pudieron conocer la operación de modificación estructural de su deudor en el momento de entablar la relación obligatoria –y que no podrán evitarla– queden salvaguardados en su posición acreedora<sup>23</sup>.

El segundo requisito impone al acreedor la carga de la prueba de demostrar que el cobro de su crédito corre peligro por causa de la fusión (art. 14.1 RDLME). Este riesgo de insatisfacción es algo que deberán demostrar los acreedores en función de las características, tanto de su crédito como de la fusión<sup>24</sup>. El RDLME, a diferencia del Anteproyecto, no establece ninguna regla de valoración para determinar cuándo se produce este riesgo de insatisfacción. Partiendo del considerando 23 de la Directiva 2019/2121, el Anteproyecto establecía, en su artículo 12.2, que el juez «al valorar las garantías y su necesidad tendrá en cuenta si el crédito del acreedor frente a la sociedad, un garante o un tercero, tiene un valor al menos equivalente y una calidad crediticia proporcional a la que tenía antes de la operación». Esta redacción podía plantear problemas de interpretación; pero, al menos, ofrecía algún punto de partida desde el cual el juzgador podía realizar la valoración. La doctrina entendió que al hablar de «valor equivalente» y «calidad crediticia», se trataba de comparar los valores de mercado del crédito antes y después de la fusión, que variarían al cambiar la solvencia de la sociedad deudora<sup>25</sup>. Con la redacción actual, se entiende –a la luz de la directiva– que basta con probar que la capacidad del deudor de pagar al vencimiento del crédito es peor que antes de la fusión<sup>26</sup>.

En tercer lugar, los acreedores deberán demostrar que no se han ofrecido garantías o que las ofrecidas son inadecuadas para proteger sus legítimas expectativas de cobro (art. 14.1 RDLME). En este sentido, el RDLME tampoco establece ninguna norma de valoración, como sí hacía el Anteproyecto. Según la doctrina, los acreedores, para advenir este hecho, deberían incluir en su demanda la información relevante sobre las garantías ofrecidas en el

<sup>23</sup> Esteban Ramos (2017), capítulo II, apartado IV, punto 1.

<sup>24</sup> Fuentes Naharro (2021), apartado III, punto 3.2.2.

<sup>25</sup> Álvarez Royo-Villanova (2023a), apartado III, punto 9.

<sup>26</sup> Álvarez Royo-Villanova (2023b), apartado X, punto 2.

proyecto de fusión, seguida de una descripción del crédito que debe ser protegido y acompañada de una justificación de por qué la situación actual es inadecuada<sup>27</sup>.

La imposición de la carga de la prueba sobre los acreedores que realiza el RDLME supone que, *de facto*, se está estableciendo una presunción *iuris tantum* de que la fusión no pone en riesgo el cobro de los créditos y que estos están adecuadamente garantizados. Esta presunción facilita e incentiva este tipo de operaciones, lo cual es acorde con la evolución normativa europea y nacional<sup>28</sup>, pero convierte en innecesaria la presunción de adecuación que establece explícitamente el artículo 14.1 *in fine* del RDLME<sup>29</sup>.

Por último, se requiere a los acreedores que quieran ejercer su derecho a obtener garantías adecuadas que hayan notificado su disconformidad a la sociedad. El RDLME no establece ni la forma ni el plazo en que deberá realizarse esta notificación. Sin embargo, de la interpretación que hacía la doctrina del régimen anterior se pueden obtener algunas posibles soluciones. En cuanto a la forma que debe revestir esta notificación, la anterior LME no exigía una concreta para el ejercicio del derecho de oposición, rigiendo el principio de libertad de forma. No obstante, el artículo 44.4 de la LME obligaba a comunicar el ejercicio del derecho de oposición a la sociedad mediante una «comunicación fehaciente» para poder obtener la nota marginal. Sin embargo, este era un concepto jurídico indeterminado, siendo válidos aquellos métodos que dejasen constancia del ejercicio del derecho y de la fecha en que se había producido. El régimen actual, de forma similar, no establece una forma específica, sino que exige que los acreedores hayan «notificado su disconformidad a la sociedad». Por lo tanto, podemos interpretar que sigue rigiendo el principio de libertad de forma, y al haberse eliminado la posibilidad de obtener una nota marginal en el Registro Mercantil, desaparece la necesidad de probar la comunicación fehaciente. No obstante, sigue siendo extremadamente recomendable realizar la notificación de disconformidad a la sociedad mediante un método que deje constancia de su realización y recepción, a fin de evitar que tanto el registrador mercantil como el juzgado de lo mercantil nieguen el ejercicio del derecho a obtener garantías adecuadas, por no ser posible probar que se ha cumplido con el requisito de notificar la disconformidad a la sociedad.

En cuanto al plazo en que se debe realizar dicha notificación, el RDLME únicamente requiere que los acreedores hayan «notificado su disconformidad a la sociedad», por lo que

<sup>27</sup> Lepetić (2022, p. 753).

<sup>28</sup> Sobre la simplificación de las fusiones y las escisiones se ha pronunciado Largo Gil en diversas ocasiones. Véase, por ejemplo, Largo Gil (2016, pp. 601-603) (así como la nota al pie n.º 5 de ese trabajo para más referencias de esta autora).

<sup>29</sup> Como veremos más adelante, el artículo 14.1 del RDLME establece explícitamente una presunción *iuris tantum* de adecuación de las garantías si concurren ciertos requisitos. Sin embargo, esta presunción era innecesaria por lo que aquí apuntamos, al estar la carga de la prueba directamente en el acreedor, ya se está estableciendo una presunción implícita que no requiere ningún requisito, por lo que el artículo 14.1 del RDLME no aporta nada, al existir esta presunción general de adecuación, salvo prueba en contrario. Véase punto 4 de este apartado.

entendemos que esta comunicación podrá hacerse en cualquier momento dentro del plazo legalmente establecido para el ejercicio del derecho, esto es, un mes para las fusiones internas y tres meses para las transfronterizas, ex artículo 13.1 del RDLME. No debe confundirse esta notificación con las observaciones que pueden formular los acreedores, por lo que el plazo para la notificación de la disconformidad no termina al llegar al quinto día laborable anterior a la fecha de celebración de la junta general<sup>30</sup>. La formulación de observaciones puede considerarse como una opción para la notificación de la disconformidad a la sociedad si va referida a las garantías otorgadas al acreedor que las formula (o a la falta de ellas), pero consideramos que la notificación de disconformidad es un concepto más amplio y puede producirse al margen de la formulación de observaciones al proyecto y fuera del plazo previsto para dicha formulación. El límite para la notificación de disconformidad lo determina el transcurso del plazo para la solicitud de garantías que marca el artículo 13.1 del RDLME.

## 2.4. El ofrecimiento de garantías en el proyecto de fusión

### 2.4.1. El derecho de información de los acreedores

El derecho de información se regula en el artículo 7 del RDLME, que establece que al menos un mes antes de la junta general que vaya a aprobar la fusión, será necesario publicar el proyecto de modificación estructural, un anuncio informando a los acreedores de su posibilidad de realizar observaciones al proyecto y el informe del experto independiente cuando proceda. Este derecho a obtener una información veraz y adecuada sobre la fusión es una protección fundamental para los acreedores, ya que la información sobre la situación de su deudora y del resto de partícipes en la fusión es clave para la formación de su voluntad en relación con el ejercicio de los derechos que la ley les otorga<sup>31</sup>. Por lo tanto, si bien la información, individualmente considerada, no es suficiente para garantizar una adecuada protección de los acreedores<sup>32</sup>, esto no es motivo para infravalorar su trascendencia. Sin ella, los acreedores no podrían decidir adecuadamente sobre el ejercicio del resto de los derechos que el ordenamiento les ofrece y, en particular, sobre su derecho a solicitar una garantía adecuada para su crédito. Esto cobra una especial relevancia en el régimen actual, puesto que para reclamar judicialmente o ante el registrador mercantil se

<sup>30</sup> Fuentes Naharro (2021), apartado III, punto 3.2., antes de la promulgación del RDLME, consideraba que habría sido correcto el implementar, como presupuesto legitimador adicional, la necesidad de que el acreedor hubiera realizado observaciones al proyecto de fusión para poder ejercitar el derecho a la obtención de garantías suficientes, al responder a una obligación de mínima diligencia por parte de los acreedores. De haberse optado por exigir la formulación de observaciones el plazo sería más corto, puesto que se aplicaría el previsto en el artículo 7.1.2.º del RDLME, «a más tardar 5 días laborables antes de la fecha de la junta general».

<sup>31</sup> Esteban Ramos (2017), capítulo I, apartado I.

<sup>32</sup> Lepetić (2022), pp. 747-748.

exige, como hemos visto, que los acreedores sean capaces de probar que su posición se ve perjudicada por causa de la fusión y que no se les han otorgado garantías adecuadas (art. 14.1 RDLME)<sup>33</sup>. Es la posibilidad de acceder al proyecto y al resto de la documentación que ha de publicarse lo que permite que los acreedores sean capaces de acreditar los efectos perniciosos de la fusión para sus intereses, ya que es dicha documentación la que contiene los datos necesarios para advenir que su posición acreedora se verá menguada tras la fusión y que las garantías son inadecuadas.

## 2.4.2. Las garantías en el proyecto de fusión

El artículo 4.1.4.º del RDLME establece que el proyecto de modificación estructural deberá incluir las implicaciones que la operación va a tener para los acreedores. Esta inclusión será siempre necesaria, aunque obviamente cabe decir que la operación no afectará a la posición de los acreedores<sup>34</sup>. Lo que no es estrictamente necesario es ofrecer siempre garantías a los acreedores. Así se desprende de la expresión «en su caso» que contiene el artículo 4 del RDLME para referirse al ofrecimiento de garantías personales o reales a los acreedores, así como la mención a «la falta de ellas» en el artículo 13.1 del RDLME. Por lo tanto, vemos que la sociedad es libre de ofrecer las garantías que considere adecuadas para salvaguardar la protección de los acreedores o incluso no ofrecer ninguna si considera que su posición ya está asegurada<sup>35</sup>. Esta misma interpretación hace la doctrina respecto de la Directiva 2019/2121<sup>36</sup>. Ahora bien, en nuestra opinión, si bien la sociedad es libre de no ofrecer garantías cuando estime que los créditos están suficientemente asegurados, deberá explicar por qué o, al menos, hacer mención de esta circunstancia. Entendemos que es así porque el artículo 4.1.4.º del RDLME establece, como hemos dicho, que el proyecto deberá incluir necesariamente una referencia a las implicaciones de la fusión para los acreedores y, en su caso, la oferta de garantías. A falta de estas, la «mención a las implicaciones de los acreedores» deberá explicar, o cuando menos enunciar, que no se ofrecerán garantías al estar los créditos, a juicio de la sociedad, suficientemente garantizados o no producirse una reducción de la solvencia de la sociedad resultante o de la absorbente con relación a la que tuvieran las sociedades implicadas en la operación de fusión.

En lo relativo a los concretos sujetos a los que ha de dirigirse el ofrecimiento, el RDLME no indica a qué acreedores ni en qué forma ha de ofrecerles garantías la sociedad. Por lo tanto, surge la duda de si deben ofrecerse unas garantías generales que cubran a todos los acreedores o basta con unas garantías específicas para los acreedores que se vean afec-

---

<sup>33</sup> Esto no era así en el régimen anterior, en el que el derecho de oposición se configuraba como un derecho potestativo.

<sup>34</sup> Álvarez Royo-Villanova (2023a), apartado III, punto 1.1.

<sup>35</sup> Álvarez Royo-Villanova (10-10-2023).

<sup>36</sup> Lepetić (2022, p. 751).

tados negativamente por la operación o si son necesarias garantías específicas para cada crédito<sup>37</sup>. La doctrina ha entendido a este respecto, comentando la Directiva 2019/2121, que debido a que el ofrecimiento de garantías es costoso para la sociedad, interpretar que es necesario ofrecer garantías a todos los acreedores, incluso si no se ven afectados negativamente por la fusión, desincentivaría la realización de este tipo de operaciones. Dado que esta interpretación contraviene el espíritu de la directiva, que busca incentivar y facilitar las reestructuraciones empresariales, la interpretación más adecuada consiste en entender que la sociedad ofrecerá garantías solo a aquellos acreedores que se vean afectados negativamente por la fusión<sup>38</sup>. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una fusión por absorción en la que, una empresa muy solvente, por motivos estratégicos a largo plazo (adquisición de propiedad intelectual o industrial, *know-how*, etc.) absorbe a una empresa con problemas de solvencia. En este caso, los acreedores de la empresa insolvente, que partían de una posición precaria, ven objetivamente mejorada su posición con respecto a la solvencia de su deudor, por lo que no sería necesario ofrecerles garantías.

Otra cuestión que no aclara el RDLME es qué ha de entenderse por una garantía «adecuada». Como comentamos anteriormente, la Directiva 2019/2121 tampoco aporta una definición, sino que se limita a mencionar algunas garantías como las fianzas o las prendas, dejando que sean los Estados miembros quienes establezcan una definición o una lista de garantías «adecuadas» si lo desean<sup>39</sup>. Sin embargo, la mayoría de los Estados de nuestro entorno no parecen haber hecho uso de esta posibilidad<sup>40</sup>.

Tampoco el RDLME ofrece una definición o un listado, pero establece en su artículo 14.1 una medida orientada a facilitar la difícil labor de valoración que deberá hacer el juzgado de lo mercantil, a saber, una presunción *iuris tantum* de adecuación de las garantías si se ha emitido un informe de experto independiente considerándolas adecuadas o si se ha realizado la declaración de solvencia contenida en el artículo 15. Sin embargo, la utilidad de esta presunción puede ser discutida, ya que, como hemos comentado, la carga de la prueba recae sobre los acreedores que deben probar que la fusión pone en riesgo el cobro de sus créditos y que las garantías ofrecidas son inadecuadas<sup>41</sup>. Algunos autores, a la vista de esta contradicción, sugieren que, a falta de un pronunciamiento positivo en el informe o una declaración de solvencia, la carga del acreedor sea «más liviana»<sup>42</sup>. Sin embargo, tal y como ha apuntado otro sector doctrinal<sup>43</sup>, no vemos cómo esta carga de la prueba pueda ser graduada.

<sup>37</sup> Muñoz García (26-09-2023).

<sup>38</sup> Gilotta (2023, pp. 11-12).

<sup>39</sup> Gilotta (2023, p. 11).

<sup>40</sup> Los países examinados son Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Países Bajos y Malta.

<sup>41</sup> Álvarez Royo-Villanova (2023a), apartado III, punto 4.1.

<sup>42</sup> Cabanas Trejo (2023), apartado «protección de ciertos sujetos».

<sup>43</sup> Álvarez Royo-Villanova (2023b), apartado X, punto 2.

### 2.4.3. El derecho a formular observaciones sobre las garantías ofrecidas

La posibilidad de formular observaciones relativas al proyecto constituye otra protección para los acreedores, que se encuentra consagrada en los artículos 7.1.2.º y 8.2 del RDLME. El primero de ellos dispone que los acreedores (así como los socios y los representantes de los trabajadores) tienen la posibilidad de realizar «observaciones» relativas al proyecto de fusión hasta cinco días laborables antes de la fecha de la junta general, y deben ser informados de este derecho al menos un mes antes de esta. Por otro lado, el artículo 8.2 del RDLME dispone que la junta «tomará nota» de las observaciones presentadas y «a la vista de todo ello [...] acordará la aprobación o no del proyecto de modificación estructural».

De esta redacción pueden surgir algunas dudas, que la doctrina ha intentado solventar mediante la interpretación de la norma. El RDLME no establece ningún límite al ámbito sobre el que pueden versar las observaciones, pero puede interpretarse que los acreedores únicamente pueden realizar observaciones sobre aquellos aspectos de la operación que les conciernen, es decir, sobre las «implicaciones» que tendrá la operación para su crédito<sup>44</sup>. Esto se justifica debido a que los acreedores no son parte de la sociedad, por lo que no deben opinar sobre aquellas cuestiones que no les afectan y que son relevantes para la formación de voluntad de la junta. Por otro lado, de la redacción del artículo 8.2 del RDLME parece extraerse la conclusión de que, en toda junta general que vaya a tratar la aprobación de un proyecto, se deberán discutir estas observaciones de forma previa a la deliberación sobre la aprobación (bien mediante un punto en el orden del día propio o por el ejercicio del presidente de la junta)<sup>45</sup>.

Sobre la forma en la que se deben remitir estas observaciones, nada dice el artículo 7.1.2.º del RDLME, limitándose a indicar que se podrán realizar hasta cinco días laborables antes de la junta. Por lo tanto, podemos entender que se pueden realizar mediante el envío de cualquier documento, en cualquier forma, a los administradores, que deberán ponerlos a disposición de la junta<sup>46</sup>.

El legislador pretende que la introducción de este derecho, novedoso en nuestro ordenamiento, se configure como un mecanismo extraordinariamente relevante, ya que, como indica la doctrina, se quiere anticipar una importante cuestión: la posibilidad de que la junta, debido a estas observaciones, no apruebe el proyecto porque advierta la necesidad de modificarlo (art. 8.7 RDLME)<sup>47</sup>. No obstante, tenemos dudas sobre si se conseguirá el efecto perseguido. Como veremos, el juego de los plazos establecido en el RDLME vacía de contenido este derecho, ya que se estructura de una forma tal en la que el plazo para ejercer el derecho a obtener garantías adecuadas (art. 13 RDLME) siempre habrá vencido antes de

<sup>44</sup> Tal y como define el artículo 4.1.4.º del RDLME.

<sup>45</sup> Fuentes Naharro (2024), pp. 137-138).

<sup>46</sup> Álvarez Royo-Villanova (2023a), apartado III, punto 3.2.

<sup>47</sup> Fuentes Naharro (2024), pp. 136-137).

celebrarse la junta que ha de aprobar el proyecto, momento en el que se tienen en cuenta esas observaciones, por lo que los acreedores no esperarán a ver el resultado de sus observaciones antes de iniciar los procedimientos del artículo 13 del RDLME<sup>48</sup>. Por otro lado, si bien es posible que las modificaciones al proyecto surjan a partir de las observaciones presentadas, algunos autores (comentando la Directiva 2019/2121) han considerado esta protección de los acreedores como la más débil, dado que consideran poco probable que los socios se vean influenciados por las observaciones de los acreedores hasta el punto de modificar el sentido de su voto. Estos autores consideran que esta posibilidad permite, en esencia, trasladar el conocimiento a la sociedad y a su órgano de administración de que los acreedores no están satisfechos, para que estos puedan buscar una solución, así como indica que los acreedores probablemente ejerciten su derecho a obtener garantías adecuadas<sup>49</sup>. Por lo tanto, como comentaremos, podría ser aconsejable considerar una reforma que refuerce el valor de este derecho.

#### 2.4.4. Valoración de la adecuación de las garantías en el informe del experto independiente

El informe del experto independiente puede ser una herramienta de información muy valiosa para la protección de los acreedores. El pronunciamiento de un tercero independiente sobre la adecuación de las garantías puede resultar fundamental en la formación de la voluntad de los acreedores sobre cómo reaccionar ante la fusión. El artículo 6.3 del RDLME establece que «el informe podrá contener, a solicitud de los administradores, una valoración sobre la adecuación de las garantías ofrecidas, en su caso, a los acreedores». Esta redacción supone una mejoría con respecto al Anteproyecto que, en su artículo 6.4, no esclarecía si la decisión sobre la inclusión del pronunciamiento correspondía al experto o a los administradores, si bien la doctrina ya interpretaba que sería una decisión del órgano de administración<sup>50</sup>.

No obstante, la vigente redacción del artículo 6.3 del RDLME sigue planteando numerosos interrogantes. En primer lugar, el RDLME no especifica sobre qué garantías debe versar el pronunciamiento del experto independiente, si deben ser todas las ofrecidas o si pueden los administradores indicar unas concretas sobre las que debe pronunciarse. A este respecto, entendemos que los administradores pueden, en su solicitud, identificar las específicas garantías sobre las que debe pronunciarse el informe, con base en los argumentos que exponemos a continuación. Esta interpretación es conforme con la finalidad del RDLME y la Directiva

---

<sup>48</sup> Como comentaremos en profundidad más adelante, el juego de los plazos apuntado posiciona a los acreedores en una encrucijada en la que, o bien aceptan el vencimiento del plazo y esperan a ver el resultado de sus observaciones, o bien inician el procedimiento para obtener garantías adecuadas sin dar oportunidad a la sociedad de valorar sus observaciones.

<sup>49</sup> Lepetić (2022, pp. 749-750).

<sup>50</sup> Álvarez Royo-Villanova (2023a), apartado III, punto 4.1.

2019/2121 de incentivar y facilitar las reestructuraciones empresariales. Por ello, parece adecuada esta interpretación finalista de la ley de un modo tal que se disminuyan los costes en los que puede incurrir una sociedad para realizar la operación. Entender que el pronunciamiento debe versar sobre todas las garantías ofrecidas resultará más costoso para la sociedad, ya que se aumentará –quizás innecesariamente– la carga de trabajo del experto independiente, por lo que parece más lógico entender que los administradores pueden designar las garantías sobre las que quieren que se pronuncie el informe<sup>51</sup>. A mayores, el artículo 13.1.3.º *in fine* del RDLME, al referirse a la solicitud de nombramiento de experto independiente que pueden instar ante el Registro Mercantil los acreedores en el caso de que no haya habido pronunciamiento, dice que «el experto se pronunciará en el plazo de 20 días en un único informe sobre la adecuación de las garantías de todos los acreedores que lo hayan solicitado». Por lo tanto, la ley prevé la posibilidad de que un experto, en su informe, se pronuncie sobre la situación de determinados acreedores y no sobre la totalidad de estos, debido precisamente a que pueden coexistir los acreedores satisfechos y los insatisfechos. La situación de cada acreedor es particular y resultaría reduccionista –y poco práctico– pretender tratar a los acreedores de forma grupal. Este mismo razonamiento nos lleva a concluir que los administradores pueden indicar al experto independiente sobre qué garantías ha de pronunciarse. Dado que la situación de cada acreedor es única y pueden coexistir situaciones en las que el crédito está claramente garantizado y situaciones más dudosas, son los administradores los que, en la solicitud de pronunciamiento, pueden indicar sobre qué concretas garantías debe pronunciarse el experto. Podría darse así el caso de que en una misma operación, en la que existan dos acreedores afectados, el informe del experto independiente se pronuncie únicamente sobre la garantía de uno de ellos, variando entonces el procedimiento para el ejercicio del derecho a la obtención de garantías adecuadas de cada uno de los acreedores<sup>52</sup>.

Otra duda que surge de la redacción del artículo 6.3 del RDLME es qué ocurre en el caso de que no se ofrezcan garantías en el proyecto de fusión. Sobre esta cuestión podemos encontrar respuesta en la doctrina, que indica que es posible que los administradores soliciten al experto independiente que se pronuncie incluso si no se han ofrecido garantías en el proyecto de fusión. Esto es debido a que el artículo 13.1.3.º del RDLME establece que, incluso para el caso en el que no se hayan ofrecido garantías, si el informe del experto independiente no se ha pronunciado sobre ellas, los acreedores que lo deseen deben solicitar al registrador mercantil el nombramiento de un experto y su pronunciamiento. Por lo tanto, si a falta de garantías y a falta de pronunciamiento en el informe, la ley obliga a los acreedores

<sup>51</sup> Como hemos comentado, un argumento similar es el que realiza la doctrina, comentando la Directiva 2019/2121, para llegar a la conclusión de que la sociedad no debe ofrecer, en el proyecto, garantías a todos los acreedores, sino únicamente a aquellos cuya situación se vea empeorada por la fusión (véase punto 4.2 *supra*).

<sup>52</sup> En este caso, uno de los acreedores deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo 13.1.1.º o 2.º del RDLME, según el sentido del pronunciamiento, mientras que el otro deberá seguir el artículo 13.1.3.º del RDLME. Sobre el procedimiento, véase el punto 5 de este apartado.

a solicitar ese pronunciamiento sobre la falta de garantías, es posible que los administradores soliciten ese pronunciamiento en un primer momento<sup>53</sup>. Esto, tal y como ha comentado algún autor, supone modificar la naturaleza del pronunciamiento por parte del experto, ya que en estos casos no se estaría pronunciando sobre la adecuación de las garantías ofrecidas, sino sobre la situación de los acreedores y la base para potenciales reclamaciones, analizando si se está poniendo en peligro la satisfacción de sus créditos por causa de la fusión<sup>54</sup>. A mayores, algún autor considera que este pronunciamiento sobre la situación de los acreedores debe realizarse siempre, y de forma previa a su pronunciamiento sobre la adecuación de las garantías, ya que si se concluye que la fusión no compromete la situación de los acreedores no será necesario valorar si las garantías ofrecidas son o no adecuadas<sup>55</sup>.

De todas formas, es cuestionable la utilidad de esta regulación, dado que los supuestos de informes negativos serán excepcionales. Las sociedades no solicitarán el pronunciamiento sobre las garantías por parte del experto salvo que estén totalmente seguras de que será positivo. En relación con los informes positivos, tampoco queda muy clara la utilidad de la presunción establecida en el artículo 14.1 del RDLME, dado que la carga de la prueba ya recae en el acreedor<sup>56</sup>. Algún autor considera que la presunción *iuris tantum* de este artículo funciona en ambos sentidos, dado que si el experto independiente se pronuncia a favor del acreedor, esto crea una presunción *iuris tantum* de falta de adecuación<sup>57</sup>. No compartimos esta opinión con base en el tenor literal de la norma. Entendemos que el artículo 14.1 extiende la presunción únicamente al caso en que el informe del experto se pronuncie a favor de la adecuación de las garantías, y no en caso de que se pronuncie a favor de la inadecuación. La presunción no se establece, por tanto, sobre la decisión del experto, sea cual sea esta, sino únicamente en caso de que la decisión considere adecuadas las garantías ofrecidas<sup>58</sup>.

## 2.5. Exigencia ante el Registro Mercantil o el juzgado de lo mercantil de la concesión de una garantía adecuada

### 2.5.1. Procedimiento

En caso de que los acreedores no estén satisfechos con las garantías ofrecidas en el proyecto de fusión, tienen derecho a reclamar unas garantías adecuadas. Sin embargo,

<sup>53</sup> Álvarez Royo-Villanova (2023b), apartado X, punto 1.

<sup>54</sup> Álvarez Royo-Villanova (2023a), apartado III, punto 9.

<sup>55</sup> Fernández del Pozo (2024, p. 221).

<sup>56</sup> Sobre la carga de la prueba, véase el punto 3.

<sup>57</sup> Fernández del Pozo (2024, p. 218).

<sup>58</sup> Esto no obsta a que un informe que concluya que las garantías son inadecuadas constituya un medio de prueba muy persuasivo. Así parece entenderlo también Sequeira Martín (2023), apartado IV, punto 2.1.A.

esta reclamación se conducirá por diferentes procedimientos, dependiendo de si existe o no pronunciamiento del experto independiente sobre las garantías, y del sentido de dicho pronunciamiento.

Si existe un pronunciamiento considerando inadecuadas las garantías, los acreedores nuevamente deberán dirigirse al Registrador Mercantil, que dará traslado a la sociedad en el plazo de 5 días para que esta, en un plazo de 15 días, pueda ampliar o modificar las garantías (art. 13.1.1.º RDLME). Esta intervención del registrador mercantil ha sido criticada por la doctrina, dado que si bien el preámbulo defiende que esta intervención la realiza en calidad de mediador, la doctrina alega que el registrador no media, sino que notifica, dilata innecesariamente el procedimiento, y no se entiende ni la utilidad, ni la forma, ni quien asume el coste, de esta intervención por el registrador<sup>59</sup>.

Si el pronunciamiento ha sido en sentido positivo o si, tras el trámite arriba explicado, los acreedores siguen insatisfechos, deberán acudir ante el juzgado de lo mercantil para que sea este el que decida (arts. 13.1.1.º *in fine* y 2.º RDLME).

En ausencia de pronunciamiento por parte del experto independiente sobre las garantías, los acreedores deberán dirigirse al registrador mercantil, para que designe un experto que realice este pronunciamiento (art. 13.1.3.º RDLME). El Anteproyecto no obligaba a realizar esta designación, sino que configuraba este mecanismo como una posibilidad, pudiendo los acreedores acudir directamente al juzgado de lo mercantil. Esta posibilidad fue criticada por la doctrina, que consideraba esta construcción absurda, ya que ningún acreedor solicitará el nombramiento del experto, arriesgándose a pagarlo, pudiendo acudir directamente al juzgado. Ahora, parece ser que esta designación es preceptiva y se esquiva la crítica realizada. Sin embargo, esta configuración también nos parece desafortunada, en tanto que significa dilatar el procedimiento, más aún cuando consideramos aconsejable simplificar el sistema y configurarlo de modo tal que los acreedores puedan acudir directamente al juzgado de lo mercantil<sup>60</sup>.

El ejercicio del derecho a obtener garantías no paraliza en ningún caso la operación, tal y como establece el artículo 13.3 del RDLME. Sin embargo, se puede plantear la duda de si esta disposición prohíbe conceder medidas cautelares de suspensión de los acuerdos de fusión, a lo que algún autor ha respondido negativamente, entendiendo que la ley se refiere a una paralización derivada del ejercicio del derecho, no a una paralización derivada de la suspensión judicial de la fusión como medida cautelar, dado que de otra forma se desprotegería desmesuradamente al acreedor<sup>61</sup>. No compartimos esta postura por el siguiente razonamiento. El fundamento de las medidas cautelares es asegurar una tutela judicial

<sup>59</sup> Cabanas Trejo (2023), apartado «protección de ciertos sujetos».

<sup>60</sup> Compartimos la posición de Álvarez Royo-Villanova (2023a), apartado III, punto 9.

<sup>61</sup> Álvarez Royo-Villanova (2023b), apartado X, punto 1.

efectiva, evitando que en el transcurso del proceso se produzcan resultados prohibidos o daños irremediables<sup>62</sup>. Por ello, el artículo 728 del LEC establece como una de las condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares el peligro por mora procesal, el cual es concebido como el riesgo de que se afecte la eficacia de la protección judicial buscada en el proceso principal. Debemos tener en cuenta que la tutela judicial pretendida por los acreedores no es la paralización de la fusión, sino la obtención de unas garantías. La ley, al regular el derecho a la obtención de garantías adecuadas, no contempla la paralización del procedimiento, por lo que el legislador entiende que la conclusión de la operación no imposibilita la obtención de garantías<sup>63</sup>. Por lo tanto, no podemos entender que, en sede de un procedimiento judicial, se pueda adoptar una medida cautelar que paralice la fusión, al no producirse mediante la conclusión de la misma un daño irremediable a la tutela judicial pretendida por los acreedores.

Merece la pena mencionar que el RDLME elimina la mención a la nota marginal que debía realizar el registrador una vez recibía la notificación del juzgado de lo mercantil de la presentación de la demanda (art. 11.1.1.º *in fine* del Anteproyecto). Esto es algo positivo puesto que, como se advirtió en su día, esta nota marginal carece de efectos jurídicos pero es peligrosa, en tanto que publicita algo que parece una medida cautelar sin la necesidad de demostrar *periculum in mora*, *fumus boni iuris* o caución<sup>64</sup>.

## 2.5.2. Plazo

En relación con el plazo en el que se debe ejercer el derecho a obtener garantías adecuadas, el artículo 13.1 del RDLME establece un plazo de un mes, para las fusiones internas, a contar desde la publicación del proyecto o desde la publicación o comunicación individual del acuerdo de la junta en los supuestos en que no sea necesaria la publicación del proyecto (art. 13.2 RDLME). Ahora bien, este plazo de un mes es el punto de partida de tres procedimientos diferentes, como hemos mencionado antes, con plazos propios. El procedimiento establecido en el apartado 1.º del artículo 13.1 del RDLME establece que, una vez se haya acudido al Registro Mercantil, este dará traslado a la sociedad en el plazo de 5 días, para que esta pueda, en el plazo de 15 días, ampliar u ofrecer otras garantías. Si tras la respuesta de la sociedad o el transcurso del plazo sin respuesta, el acreedor sigue insatisfecho, podrá acudir al juzgado de lo mercantil en un plazo de 10 días. Por otro lado, el artículo 13.1.2.º del RDLME establece el plazo de un mes para acudir directamente al

<sup>62</sup> Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencias tales como la núm. 14/1992, de 10 de febrero, o la núm. 148/1993, de 29 de abril (Norma CEF NSJ001011).

<sup>63</sup> Compartimos este razonamiento con el legislador, dado que entendemos que, tras la conclusión de la fusión, la sociedad resultante o absorbente puede prestar dichas garantías, tal y como se ha hecho, tradicionalmente, en el derecho alemán (§22, §314 Umwandlungsgesetz).

<sup>64</sup> Álvarez Royo-Villanova (2023a), apartado III, punto 9.

juzgado, en el supuesto en que se haya emitido un informe de experto independiente, considerando adecuadas las garantías. Por último, el artículo 13.1.3.º del RDLME otorga al registrador mercantil un plazo de 5 días para que nombre un experto independiente si no se hubiese emitido informe de experto independiente sobre las garantías de los acreedores. El experto, en un plazo de 20 días, deberá emitir un único informe pronunciándose sobre la adecuación de las garantías de todos los acreedores que lo hayan solicitado.

La doctrina tradicionalmente consideró que el plazo para el ejercicio del derecho de oposición era un plazo de caducidad, que no podría ser suspendido o interrumpido<sup>65</sup>. No parece haber motivos para entender lo contrario con el nuevo régimen aunque establezca una diversidad de plazos para una diversidad de procedimientos.

### 2.5.3. Forma

La forma que revestirá el ejercicio del derecho a la obtención de garantías adecuadas variará según cuál sea el procedimiento que se deba seguir. Del procedimiento establecido en el artículo 13.1.1.º del RDLME surgen varias dudas, dado que la norma no clarifica cómo se realizará ese traslado de la solicitud por el registrador a la sociedad, a lo que tampoco encontramos respuesta en ninguno de los procedimientos establecidos en el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM). Por lo tanto, es de aplicación supletoria la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y la notificación se ajustará a lo establecido en sus artículos 40 a 44. Tampoco aclara el RDLME quién deberá asumir los costes de dicha notificación, si bien la doctrina ha manifestado que deberá ser la sociedad<sup>66</sup>.

En nuestra opinión, no queda claro qué aporta esa mediación del registrador en la comunicación entre los acreedores y la sociedad en este procedimiento, ya que parece jugar un papel de notificador, sin que se exija fehaciencia. Anteriormente, la posible negociación se realizaba sin intermediario –y, por tanto, sin costes adicionales– y el RDLME no aclara cuál es el valor que aporta la notificación de la solicitud por el registrador. Su intervención en este procedimiento se justifica en la exposición de motivos como una forma de «desjudicializar en lo posible estas operaciones» gracias a la «intermediación» del registrador. Tenemos dudas sobre la efectividad que tendrá este procedimiento en desjudicializar las operaciones, dado que no vemos probable que haya un número de negociaciones fructíferas significativamente mayor gracias a su intervención, máxime cuando no se le imponen al registrador deberes de mediación, sino de simple transmisión de la disconformidad de los acreedores con las garantías ofrecidas, disconformidad lógica al haber sido calificadas de inadecuadas por el experto independiente.

<sup>65</sup> Esteban Ramos (2017), capítulo II, apartado VII; García Sanz (2017), apartado IV.

<sup>66</sup> Álvarez Royo-Villanova (2023b), apartado X, punto 1.

El procedimiento del artículo 13.2.2.º del RDLME es el más claro en cuanto a su forma. Acudir al juzgado de lo mercantil supone dirigir una demanda contra la sociedad legitimada pasivamente<sup>67</sup>, solicitando al juez el otorgamiento de las garantías que se consideren «adecuadas». El RDLME no establece cuál es la naturaleza del procedimiento judicial a seguir; pero, en nuestra opinión, se trata de un procedimiento declarativo ordinario. En nuestra opinión, no sería posible enmarcarlo dentro de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, porque, además de no estar regulado como tal en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (en adelante, LJV), consideramos que existe una controversia entre la sociedad y sus acreedores (art. 1.2 LJV), máxime si se ha llegado a este procedimiento judicial tras una negociación infructuosa derivada del artículo 13.1.1.º del RDLME<sup>68</sup>.

El caso del artículo 13.1.3.º del RDLME no plantea dudas puesto que aboca a un procedimiento de nombramiento de experto independiente que se realizará conforme a los artículos 338 y siguientes del RRM con las especialidades en cuanto al coste contenidas en el segundo párrafo del artículo 13.1.3.º del RDLME.

#### 2.5.4. Legitimación pasiva

Anteriormente, la legitimación pasiva del derecho de oposición estaba claramente delimitada en el artículo 44.3 de la LME. El derecho se ejercitaba contra la sociedad deudora, existente de forma previa a la fusión. Cosa distinta es que si la fusión se llevaba a cabo, se presentase demanda contra la sociedad resultante. Esto era debido a que la reclamación judicial contra la sociedad resultante era una consecuencia del derecho de oposición, no una modalidad de este, por lo que la legitimidad pasiva claramente recaía sobre la sociedad deudora inicial<sup>69</sup>.

El régimen actual parece que configura un acto de naturaleza mixta, como hemos comentado, en tanto que las reclamaciones judiciales se configuran como modalidades del derecho a obtener garantías adecuadas, no como consecuencias de este. Esto, sumado a que, en ningún caso, se paralizará la operación, puede plantear dudas sobre la legitimación pasiva en la modalidad de ejercicio judicial del derecho a obtener garantías adecuadas, ya que puede suceder que, en el transcurso del proceso judicial la sociedad deudora haya desaparecido<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Véase punto 5.4 en cuanto a la legitimación pasiva.

<sup>68</sup> No opina así Fernández del Pozo (2024, p. 265), que entiende que «dado el propósito evidente de desjudicialización y la poca relevancia contenciosa de la cuestión ex art. 1 LJV, teniendo en cuenta que la LJV no establece una regla rigurosa de tipicidad de procedimientos y expediente, antes, al contrario, no considero exigible acudir al procedimiento declarativo ordinario y siempre posible ventilar la cuestión en jurisdicción voluntaria».

<sup>69</sup> Esteban Ramos (2017), capítulo II, apartado V.

<sup>70</sup> Sequeira Martín (2023), apartado IV, punto 2.1.C.

La modalidad extrajudicial no plantea estas dudas puesto que, por los plazos impuestos en el RDLME, siempre finalizará existiendo la sociedad deudora originaria. Sin embargo, respecto de la modalidad judicial, es posible que la operación de fusión se lleve a cabo estando abierto el procedimiento judicial. Si durante el procedimiento la sociedad deudora desapareciera, por haberse concluido la fusión, la obligada por el crédito será la sociedad resultante o absorbente, por lo que operará la sucesión procesal, instaurándose en ese momento como parte la sociedad resultante o absorbente. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 1187/2001, de 18 de diciembre de 2001 (Norma-CEF NCJ041617); y en un auto de 7 de septiembre de 2015, en el recurso núm. 1914/2013.

### **3. La posibilidad de modificar el proyecto de fusión por las juntas de las sociedades que han de aprobarlo**

#### **3.1. La modificabilidad del proyecto por las juntas: una cuestión controvertida**

La modificabilidad del proyecto por las juntas generales ha sido siempre una cuestión controvertida. Desde hace bastante tiempo, un importante sector de la doctrina defendía que los proyectos pueden ser modificados, siempre y cuando dicha modificación sea aceptada por las juntas de todas las sociedades participantes en la fusión, ya que de cualquier otro modo no se puede entender perfeccionada la operación por falta de identidad en el objeto sobre el que se expresa el consentimiento, ex artículo 1.262 del CC<sup>71</sup>. Sin embargo, otro sector de la doctrina defendía que no era posible modificar el proyecto, puesto que según la LME (y la actual redacción del art. 47 RDLME), la junta debe aprobar la fusión «ajustándose estrictamente al proyecto de fusión». Entiende este sector que esta solución es la más favorable para los titulares del derecho de información, puesto que la posibilidad de alteración del proyecto supondría su negación, puesto que no tendría sentido reconocer simultáneamente un derecho de información y mecanismos que lo desvirtúen<sup>72</sup>.

En nuestra opinión, bajo el régimen anterior ya era posible la modificación del proyecto mediante acuerdos de igual contenido adoptados por las juntas de todas las sociedades participantes en la fusión, con fundamento en varios argumentos. En primer lugar, el artículo 42 de la LME establecía que no era necesario aplicar las normas generales sobre la publicación del proyecto ni sobre el acuerdo, en el caso de que fuese aprobado por unanimidad. Si se puede lo más, se puede lo menos, por lo que sería posible que con el voto favorable de todo

<sup>71</sup> Esta posición fue mantenida, entre otros, por Largo Gil y Hernández Sainz (2015, p. 439). Esta interpretación se mantuvo con firmeza en las ediciones posteriores de esta misma obra. Véanse también Largo Gil (2016, pp. 508-515) y Martí Moya (2011).

<sup>72</sup> Esteban Ramos (2017), capítulo I, apartado III, punto 1.

el capital se adoptase el acuerdo apartándose del proyecto. Esta interpretación se ve confirmada por el artículo 228 del RRM, en el que se establece que el contenido del acuerdo de fusión deberá ajustarse, en su caso, al proyecto de fusión<sup>73</sup>. Esta interpretación es más acorde con el espíritu flexibilizador y simplificador de la regulación nacional y europea que rige estas operaciones. Finalmente, negar la posible modificación del proyecto por las juntas supone desconocer la práctica, encarecer enormemente las operaciones de fusión y limitar la autonomía de la voluntad de las sociedades y de su máximo órgano decisorio, la junta general<sup>74</sup>.

Esta línea interpretativa parece ser que fue acogida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, ya que en su resolución de 3 de octubre de 2013 admitió la posibilidad de adoptar el acuerdo de fusión en forma distinta a lo establecido en el proyecto, siempre y cuando se consiguiese la unanimidad y se respetasen los derechos de los acreedores. Ahora bien, entendía este centro que si bien se permitía la modificación, el acuerdo de fusión no podía ser inscrito hasta que no se informase de esta modificación a los acreedores, mediante una nueva publicación o notificación individual del acuerdo adoptado, a fin de respetar su derecho de oposición ex artículo 44 de la LME. Esto indica que sí se permitía la modificación del contenido del proyecto en las juntas siempre que se respetasen los derechos de los acreedores y se consiguiera la unanimidad.

### 3.2. La admisión expresa de la modificabilidad del proyecto por las juntas en el RDLME

La Directiva 2019/2121 obligaba, en cierta medida, a admitir la modificabilidad del proyecto para las operaciones de escisión y transformación de naturaleza transfronteriza, ya que en los artículos 86 nonies.3 y 160 nonies.3 de la Directiva 2017/1132 se añadió que: «Los Estados miembros velarán por que la aprobación del proyecto de transformación transfronteriza y de toda modificación de ese proyecto requiera una mayoría...». No obstante, el legislador español ha ido más allá de esta obligación, admitiendo la modificación del proyecto en todas las modificaciones estructurales, independientemente de su naturaleza.

El RDLME mantiene en su artículo 47.1 que la junta aprobará la fusión «ajustándose estrictamente al proyecto de fusión». Esta redacción, casi idéntica a la que incluía el artículo 40 de la LME, podría dar lugar a una primera conclusión en el sentido de que el proyecto es inmodificable por la junta. Sin embargo, como hemos visto, esto no era exactamente así, ya que en el anterior régimen parece ser que se admitía la modificabilidad. Por añadidura, la nueva regulación ha introducido pequeñas, pero muy relevantes novedades, que confirman la interpretación del sector doctrinal que defendía esta postura. El artículo 47.1 *in fine* del RDLME

<sup>73</sup> Martí Moya (2011), apartado V, punto 1.

<sup>74</sup> Largo Gil y Hernández Sainz (2015, p. 439).

establece que «cualquier acuerdo de una sociedad que modifique unilateralmente el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta». Se añade el término «unilateralmente», lo que viene a confirmar que la modificabilidad es posible, siempre y cuando exista una perfecta identidad entre los acuerdos de fusión adoptados por todas las sociedades participantes en la operación, tal y como exige el artículo 1262 del CC, dada la naturaleza negocial de la fusión<sup>75</sup>.

Asimismo, el artículo 8.7 del RDLME, relativo a la aprobación por la junta de la operación de modificación estructural, establece que «todo cambio del proyecto de modificación estructural requerirá la misma mayoría», lo que confirma definitivamente que el proyecto de cualquier modificación estructural puede ser modificado por la junta<sup>76</sup>. Ahora bien, este artículo no solo confirma esta posibilidad, sino que realiza un cambio relevante respecto del régimen anterior. Bajo el régimen de la LME, tal y como argumentó la doctrina en su momento, únicamente era posible la modificación del proyecto por la junta cuando esta modificación se realizaba por la vía del antiguo artículo 42 de la LME, que exigía junta universal y unanimidad en la adopción del acuerdo por la junta<sup>77</sup>. Sin embargo, este nuevo régimen permite la modificación del proyecto con las mismas mayorías necesarias para su aprobación, por lo que se facilita aún más. A mayores, el RDLME no establece ningún límite en relación con los contenidos del proyecto que pueden ser modificados, por lo que surge la pregunta de si los derechos de los acreedores pueden actuar como límite a los aspectos susceptibles de modificación. Consideramos que, al no pronunciarse explícitamente la ley, debemos entender que las juntas generales son plenamente competentes para decidir sobre la fusión y todos sus términos (art. 160.g LSC), por lo que todos los extremos del proyecto serán modificables.

#### **4. Repercusión de la modificación del proyecto por las juntas en la posición y los derechos de los acreedores**

En este apartado, trataremos de señalar algunas de las disfunciones que surgen al conjugar la posibilidad de modificación del proyecto de fusión con el nuevo régimen de protección de los acreedores. No obstante, antes de entrar en este análisis resulta necesario realizar la siguiente acotación: este apartado no tratará de aquellas situaciones en las que el proyecto se ve modificado mediante el recurso a una junta universal ex artículo 9 del RDLME. En

<sup>75</sup> Largo Gil *et al.* (2023, p. 546).

<sup>76</sup> Largo Gil *et al.* (2023) p. 546.

<sup>77</sup> Martí Moya (2011), apartado V, punto 1. Largo Gil (2016, p. 615). Otros autores defendieron que era posible realizar una modificación, incluso sin necesidad de recurrir al artículo 42 del LME, mediante acuerdos mayoritarios, pero que sería necesario volver a dar información completa sobre el proyecto con la misma antelación y publicidad (Álvarez Royo-Villanova, 2020, apartado XII). En nuestra opinión, esto supone, esencialmente, un reinicio del proceso, lo que como indican algunos autores con referencia al nuevo régimen, supone vaciar de contenido la utilidad del mecanismo de la modificabilidad (Fuentes Naharro, 2024, pp. 140-141)

estos casos, la modificación del proyecto no es lo relevante, dado que las disfunciones que plantea el artículo 9 se dan independientemente de si por esta vía se modifica o se aprueba directamente el proyecto<sup>78</sup>, puesto que los acreedores carecen de información antes de la aprobación del mismo.

Nos centraremos, por tanto, en los supuestos en los que las sociedades participantes en la fusión, tras haber publicado la información requerida en el artículo 7.1 del RDLME, modifican el contenido del proyecto en las juntas convocadas para su aprobación, sin que esas juntas sean de carácter universal. Imaginemos el caso de una sociedad que, tras realizar la publicación de la información requerida en el artículo 7.1 (en la que se ofrecen unas garantías extremadamente sólidas), convoca, para dentro de tres meses, una junta general en cuyo orden del día se encuentra el punto «aprobación o, en su caso, modificación del proyecto de fusión», eliminándose o alterándose en dicha junta las garantías inicialmente ofrecidas.

#### 4.1. La ampliación del círculo de los acreedores con derecho a ser protegidos

La modificación del proyecto plantea una cuestión respecto al ámbito subjetivo del derecho a obtener garantías adecuadas, y es que no queda claro qué ocurre con los acreedores cuyos créditos nacen en el periodo intermedio, es decir, los créditos nacidos con posterioridad a la publicación del proyecto, pero con anterioridad a la modificación de este por las juntas.

Como hemos visto, la protección de los acreedores encuentra su fundamento en proteger a aquellos individuos que entraron en la relación crediticia desconociendo que la sociedad se iba a fusionar, ya que de haberlo conocido quizás hubieran actuado de otra forma<sup>79</sup>. Esta lógica podría llevarnos a concluir que los acreedores cuyos créditos nacen en el periodo intermedio no están cubiertos, dado que sabían que la sociedad se iba a fusionar cuando entablaron la relación crediticia, si bien las condiciones de dicha fusión se han modificado. Sin embargo, opinamos que sí se debería conceder a estos acreedores el derecho a obtener garantías adecuadas, dado que si bien conocían que la fusión se iba a realizar en el momento de entablar su relación, también conocían los detalles de la fusión contenidos en el proyecto y los tuvieron en cuenta a la hora de entablar la relación. Si se modifica el proyecto, formalmente la operación sigue siendo la misma, pero cabe la posibilidad de que sustancialmente sea completamente diferente a lo que pudieron conocer en su momento estos acreedores, quedando desprotegidos de la misma forma que los acreedores cuyos créditos nacieron

<sup>78</sup> Para un análisis de estas cuestiones, véanse Fuentes Naharro (2024, pp. 144-151) y Fernández del Pozo (2024, pp. 213-216). En el desarrollo de este apartado, pese a no profundizar en estas situaciones, tomaremos algunos de los razonamientos expuestos en estos trabajos como punto de partida.

<sup>79</sup> Véase apartado II, punto 3 de este trabajo.

antes de la publicación del proyecto de fusión. Piénsese que la modificación llevada a cabo por las juntas puede otorgar garantías desproporcionadas a determinados acreedores que reduzcan sustancialmente las posibilidades de cobro de los acreedores cuyo crédito nació tras la publicación del proyecto, pero antes de la modificación de su contenido por las juntas.

De la redacción del RDLME no se desprende si cabe extenderles la protección. Tampoco estaba previsto en la LME, pero la doctrina consideraba que estos acreedores sí debían estar protegidos, por dos motivos. En primer lugar, desde un punto de vista formal, porque la modificación supone un nuevo acuerdo de aprobación de los términos de la fusión, con una nueva publicación, que era el *dies a quo* para el ejercicio de la oposición por los acreedores (art. 44.1 LME). En segundo lugar, desde un punto de vista sustantivo, porque el derecho de oposición no requería una reducción de solvencia que afectase a los acreedores, por lo que el cambio en las condiciones de la fusión (afectase o no a la solvencia) suponía una nueva concesión del derecho, pues era el acreedor a quien le correspondía decidir si ejercitaba o no la oposición, de forma completamente potestativa<sup>80</sup>.

No obstante, consideramos que estos argumentos, dada la nueva redacción del RDLME, no son aplicables. El primero de ellos debido a que el nuevo *dies a quo*, delimitador del plazo de ejercicio, establecido en el artículo 13.1 del RDLME es la publicación del proyecto y no la publicación o la comunicación individual de su aprobación por las juntas. Respecto al segundo, el artículo 14.1 del RDLME ha establecido que los acreedores ahora deben demostrar que existe un perjuicio para sus créditos por causa de la modificación estructural y que no han recibido garantías adecuadas. Por lo tanto, a pesar de que a nuestro juicio lo correcto sería proteger a estos acreedores, el legislador no se ha posicionado explícitamente, pero sí que ha invalidado los argumentos existentes para su protección, por lo que implícitamente podríamos entender que se posiciona en contra de otorgar un derecho a exigir garantías a estos acreedores.

Así las cosas, resultaría conveniente que el legislador, *de lege ferenda*, abordase explícitamente cuál debe ser el tratamiento otorgado a esta clase de acreedores. Una posible solución sería establecer, en casos de modificación del contenido del proyecto por las juntas, el *dies ad quem* del nacimiento de los créditos que delimita el ámbito subjetivo del artículo 13 del RDLME en la fecha de la publicación o de comunicación individual de la adopción del acuerdo de fusión, dando así un tratamiento idéntico al que se otorga a los acreedores en los supuestos en que no se requiere de la publicación de proyecto, conforme dispone el artículo 13.2 del RDLME<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Álvarez Royo-Villanova (2020), apartado XIII.

<sup>81</sup> No se nos escapan los comentarios que realiza Fernández del Pozo respecto del régimen anterior de la LME, en el que no coincidían las fechas del *dies ad quem* del ámbito subjetivo (art. 44.2 LME) y el *dies a quo* del plazo de ejercicio (art. 44.1 LME) del derecho de oposición, dando lugar a extrañas situaciones en las que se producía el vencimiento del crédito de un acreedor legitimado (Fernández del Pozo, 2024,

## 4.2. La afectación de los derechos de información y formulación de observaciones ante una aprobación modificativa del proyecto

Otra duda que surge de la posibilidad de que el proyecto de fusión sea modificado en las juntas convocadas para su aprobación es cómo afecta a los derechos de información y de formulación de observaciones. La modificación, en los términos planteados anteriormente, afecta gravemente al derecho a la información de los acreedores, subvirtiendo por completo sus expectativas, especialmente si consiste en eliminar o modificar las garantías que inicialmente les fueron ofrecidas y que fueron determinantes para la formación de su voluntad en lo relativo a la exigencia coactiva de su derecho a obtener garantías.

Esta situación es equiparable y plantea la misma problemática que la que surge de la posibilidad de acordar unánimemente la fusión (art. 9 RDLME) prescindiendo de la publicidad preparatoria. Como ha indicado la doctrina, esta cuestión es extremadamente relevante –y perjudicial– para los acreedores, dado que se les impide (en el caso del art. 9 RDLME, mediante la no publicación, en nuestro caso, mediante la modificación) conocer el proyecto actualizado y tiene el potencial de dejar sin valor el informe del experto independiente<sup>82</sup>, en caso de que se haya emitido. Estos documentos son los que permiten a los acreedores valorar si sus créditos están en riesgo por causa de la fusión y si las garantías (ahora, modificadas o eliminadas) son adecuadas, y son elementos esenciales para afrontar su deber de probar estos extremos al solicitar judicialmente las garantías (art. 14.1 RDLME). Esta cuestión también se producía en el régimen de la LME, pero, como indica la doctrina<sup>83</sup>, no tenía la misma relevancia, dado que el derecho de oposición no se condicionaba a la prueba de un perjuicio. Ahora, el artículo 14 del RDLME exige a los acreedores que adveren que la satisfacción de sus derechos de crédito está en riesgo y que no han obtenido garantías adecuadas, lo cual es extremadamente difícil si no se tiene acceso a esta información.

Para intentar solventar esta situación<sup>84</sup>, la doctrina recurre al artículo 10 del RDLME, que establece que en la publicación del acuerdo de fusión los acreedores tendrán derecho a «obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance presentado». En el caso que nos ocupa, esta es la única información actualizada de la que dispondrán los acreedores

---

p. 207). Si bien, como indica el autor, el nuevo régimen solventa esto estableciendo el mismo momento temporal para el *dies ad quem* del ámbito subjetivo y el *dies a quo* del plazo de ejercicio. Sin embargo, el momento elegido por el legislador no resulta en absoluto adecuado, ya que da lugar a disfunciones como la aquí comentada o, incluso más relevante, la que se comentará más adelante relativa a los plazos (véase punto 4 de este apartado).

<sup>82</sup> Véase punto 3 de este apartado.

<sup>83</sup> Fuentes Naharro (2024, p. 148).

<sup>84</sup> En los casos de acuerdo unánime de fusión ex artículo 9 del RDLME, en los que es aplicable el artículo 13.2 del RDLME.

para decidir si ejercitar el derecho a la obtención de garantías<sup>85</sup>. Sin embargo, esta información resulta insuficiente, dado que los acreedores no podrán acceder al texto del proyecto de fusión modificado, y el informe del experto independiente podrá quedar sin valor, al haberse modificado las garantías sobre las que se pronunciaba.

Es debido a esto que suscribimos la interpretación correctora que hace la doctrina<sup>86</sup> respecto del artículo 10 del RDLME, entendiendo que en el momento de publicación del acuerdo de fusión, si este ha modificado el proyecto, se reconozca el derecho de los acreedores a solicitar, además del texto íntegro del acuerdo y el balance, una versión actualizada de los documentos a los que se refieren los apartados 1.º y 3.º del artículo 7.1 del RDLME. Asimismo, sería conveniente que el legislador procediera a la reforma del artículo 10 del RDLME en este sentido.

Respecto al derecho a formular observaciones, nuestro supuesto de hecho no es equiparable al de un acuerdo unánime de fusión ex artículo 9 del RDLME. El acuerdo unánime de fusión elimina por completo el derecho a formular observaciones, pero en el caso que analizamos los acreedores sí habrán podido ejercerlo<sup>87</sup>. Los acreedores han podido formular observaciones al proyecto inicialmente planteado, el cual se ha visto modificado, incluso a causa de esas mismas observaciones. Cosa diferente es que la sociedad, de mala fe y haciendo caso omiso de esas observaciones, modifique el proyecto en el sentido de eliminar aspectos del mismo sobre los que se habían presentado observaciones (de nuevo, pensemos en observaciones presentadas a las garantías ofrecidas, cuando estas luego son eliminadas del proyecto). Sin embargo, de producirse tal cambio de mala fe a la vista de las observaciones, se plantearía la duda de si la junta ha cumplido con su obligación de «tomar nota» de las observaciones y a la vista de ellas acordar o no la aprobación del proyecto de fusión.

### 4.3. La pérdida de valor informativo y presuntivo del informe de experto independiente

El artículo 14.1 del RDLME establece una presunción *iuris tantum* (de utilidad cuestionable) de adecuación de las garantías cuando el informe de experto independiente haya con-

---

<sup>85</sup> En caso de que estén en plazo para ello, lo que es otra cuestión problemática, véase punto 4 de este apartado.

<sup>86</sup> Fuentes Naharro (2024, p. 151) y Fernández del Pozo (2024, p. 216). En puridad, la interpretación realizada en este apartado no es la misma que la ofrecida por la doctrina señalada, dado que el supuesto de hecho no es idéntico. En el caso comentado por estos autores, se les permite acceso a los acreedores a una información a la que previamente no habían podido acceder, mientras que en nuestro caso los acreedores sí pudieron acceder a esta información, pero ha quedado sin valor al haberse modificado el proyecto.

<sup>87</sup> Si bien, independientemente de si se modifica o no el proyecto, se puede considerar que este derecho ha perdido su utilidad, al darse el vencimiento del plazo del artículo 13 antes de que las observaciones puedan surtir efecto. (Véase apartado II, punto 4.3 y apartado IV, punto 4).

siderado que lo son o cuando se haya emitido la declaración sobre la situación financiera. Sin embargo, cabe preguntarse qué ocurre con el informe del experto en el supuesto en el que la sociedad modifica el proyecto de fusión<sup>88</sup>.

En relación con el informe del experto independiente, hemos de recordar que este solo se pronunciará sobre las garantías si lo solicitan los administradores de la sociedad (art. 6.1.3.º RDLME). Si la sociedad, tras la emisión de este informe, modifica las garantías ofrecidas, parece lógico concluir que el informe pierde su valor respecto de los extremos modificados. No nos parece correcto interpretar que se mantiene una presunción *iuris tantum* establecida por un informe que considera que la fianza ofrecida es adecuada cuando dicha fianza ha dejado de existir. Además, si el informe no se pronuncia únicamente sobre la adecuación de las garantías sino, como comentamos previamente, sobre la situación de los acreedores y las implicaciones que tiene la fusión para ellos, podría argumentarse que la modificación de extremos que afecten a la misma también dejaría sin valor este pronunciamiento<sup>89</sup>. Pese a todo, reiteramos que la utilidad de la presunción establecida en el artículo 14.1 del RDLME resulta cuestionable en tanto que la carga de la prueba ya recae sobre el acreedor. Por todo lo comentado, consideramos que sería positivo que el legislador modificara el artículo 14.1 del RDLME, en el sentido de establecer la presunción *iuris tantum* sobre el pronunciamiento del experto, independientemente de su sentido, pudiendo favorecerse de esta presunción tanto la sociedad, en caso de que considere adecuadas las garantías, como los acreedores, en caso de que las considerase inadecuadas.

#### 4.4. La completa desprotección de los acreedores ante una modificación del proyecto por las juntas como consecuencia de los plazos establecidos en el RDLME para la exigencia registral o judicial del derecho a la obtención de garantías

Como hemos visto, el plazo para el ejercicio del derecho a obtener garantías adecuadas en las operaciones internas es de un mes desde la publicación del proyecto (art. 13.1 RDLME). Debido a que el *dies a quo* para solicitar la concesión de garantías adecuadas se ha ubicado en la publicación del proyecto, el plazo siempre habrá transcurrido en el momento en que el acuerdo modificando el proyecto sea adoptado, debido a la conjugación de los plazos previstos en los artículos 13, 7 y 47 del RDLME.

<sup>88</sup> No surgen estas mismas dudas en relación con la declaración de solvencia, dado que esta no se pronuncia sobre el proyecto, sino sobre la situación financiera de la sociedad.

<sup>89</sup> Pensemos, por ejemplo, en una fusión llevada a cabo entre tres o más sociedades, de las cuales una se descuelga con posterioridad a la emisión del informe. El hecho de que una de las sociedades participantes en la fusión ya no participe afecta a las implicaciones de los acreedores del resto de las sociedades, dado que se eliminan tanto el activo como el pasivo que iba a aportar dicha sociedad.

El artículo 47.2 del RDLME establece que la convocatoria deberá realizarse «con un mes de antelación, como mínimo, a la fecha prevista para la celebración de la junta», y esta convocatoria no se puede realizar hasta que se haya publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil la inserción de la documentación referida en el artículo 7.1 del RDLME en la web de la sociedad (art. 7.5 RDLME), la cual se hará, ex artículo 7.2 del RDLME, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la última certificación de dicha inserción. Es evidente que el plazo de un mes que el artículo 13.1 del RDLME otorga para el ejercicio del derecho a la obtención de garantías adecuadas siempre habrá transcurrido cuando se celebre la junta que modifica el contenido del proyecto.

El hecho de que el plazo para ejercer el derecho a obtener garantías haya transcurrido en el momento de adoptar el acuerdo no debería, en principio, suponer un problema, ya que los acreedores han dispuesto de la información necesaria para la formación de su voluntad siempre que el acuerdo aprobado sea el mismo que el publicado. Sin embargo, como hemos visto, esto cambia en nuestro supuesto de hecho, en el que la información de la que disponen deviene obsoleta al modificarse aspectos del proyecto relevantes para ellos en las juntas que lo aprueban. Ya hemos comentado la problemática que surge en relación con el derecho de información, pero se nos plantea ahora un segundo problema, en el que el acreedor, que ve modificada su posición, no puede, en principio, ejercer su derecho a obtener garantías adecuadas al haber transcurrido el plazo para ello. Por añadidura, esta construcción afecta gravemente –prácticamente elimina– la utilidad del derecho a formular observaciones, ya que posiciona a los acreedores en una situación precaria en la que, o bien aceptan el vencimiento del plazo y esperan a ver el resultado de sus observaciones, o bien inician el procedimiento para obtener garantías adecuadas sin dar oportunidad a la sociedad de valorar sus observaciones.

Para intentar solventar este problema *de lege lata*, partimos de los razonamientos que hace la doctrina con relación al supuesto de hecho en el que el acuerdo es aprobado unánimemente ex artículo 9 del RDLME, con dispensa de proporcionar la publicidad preparatoria. En este caso, el RDLME contiene un vacío legal, ya que en el artículo 13.1 se establecen, simultáneamente, el *dies ad quem* del ámbito subjetivo y el *dies a quo* del plazo de ejercicio, en el momento de la publicación del proyecto. Esto crea un problema, lógicamente, cuando el acuerdo es adoptado unánimemente sin publicación, ya que no existiría este momento temporal. El legislador intenta solventar esta cuestión con el artículo 13.2 del RDLME, que prevé que «en los casos en que no sea necesaria la publicación del proyecto de fusión, la fecha de nacimiento del crédito a los efectos de la protección de los acreedores deberá ser anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión adoptado por la junta general o, en los casos que así proceda, por el consejo de administración o a la fecha de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor». Sin embargo, este artículo únicamente nos provee del *dies ad quem* respecto al ámbito subjetivo, es decir, para determinar los acreedores protegidos, y no dice nada respecto a cuándo comienza a contar el plazo de ejercicio. La doctrina ha intentado suplir esta laguna mediante una interpretación finalista de la ley, entendiendo que el plazo de un mes comenzará a contar desde ese mismo momento, esto es, desde la publica-

ción del acuerdo de fusión<sup>90</sup>. Sin embargo, esta interpretación finalista (que nos parece la más deseable y correcta), tiene poco anclaje legal en la literalidad de la norma, por lo que conveniría que el legislador procediera cuanto antes a la reforma del artículo 13.2 en este sentido.

El caso que nos ocupa es diferente, en tanto que partimos de un supuesto en el que sí se ha publicado el proyecto de fusión y, por tanto, ha existido un *dies a quo* para el ejercicio del derecho a la obtención de garantías. Por lo tanto, esta interpretación es, en principio, inaplicable. Esto puede dar lugar a unas consecuencias extremadamente perjudiciales para los acreedores, en tanto que se ven completamente desamparados ante una modificación del proyecto de fusión publicado que puede eliminar por completo las garantías ofrecidas.

Para suplir esta laguna legal, entendemos justificado recurrir a una interpretación finalista basada en una *analogía iuris*. El espíritu del legislador es, inequívocamente, favorable a ofrecer un régimen de protección efectivo a los acreedores, y así se extrae de la exposición de motivos del RDLME, que establece que «en definitiva, el espíritu de la Directiva 2019/2121 es garantizar que la sociedad que efectúa la modificación estructural cumpla sus obligaciones. Para ello, se dota a los acreedores, públicos y privados, de las garantías señaladas, se les da conocimiento previo de la operación concreta y, además, se garantiza en el articulado la aplicación del Derecho interno respecto al cumplimiento y garantía de tales obligaciones». De igual manera, la obligación de interpretación del derecho interno de conformidad con la directiva nos lleva a la misma conclusión, puesto que el considerando 4 de la Directiva 2019/2121 indica que «los derechos de las sociedades a realizar transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas deben ir de la mano y estar debidamente equilibrados con la protección de [...] los acreedores». Partiendo de este espíritu y del conjunto de normas protectoras de los acreedores es posible deducir, como principio general rector del derecho que regula los procesos de modificación estructural, la idea de que los acreedores deben estar debidamente protegidos ante las modificaciones estructurales. Esto es, por tanto, una idea fundamental e informadora de nuestro ordenamiento que, ante la laguna legal explicada justifica nuestro recurso a la *analogía iuris*.

La interpretación propuesta parte de la identidad de razón que existe con el supuesto anteriormente explicado (la falta de *dies a quo* para el cómputo del plazo en supuestos de aprobación unánime del acuerdo de fusión), en tanto que vemos cómo en ambos supuestos el acreedor, debido a un vacío legal, se ve desprovisto de protección. Entendemos, por tanto, que el *dies a quo* desde el que se debe contar el cómputo del plazo en nuestro supuesto de hecho es la fecha de publicación del acuerdo de fusión que ha modificado el contenido del proyecto. Esta interpretación, que busca dar una solución *de lege lata* a la situación explicada, encuentra no obstante un anclaje legal bastante precario, en tanto que descansa en una *analogía iuris* que se hace respecto de una interpretación finalista hecha por la doctrina para otro supuesto de hecho.

<sup>90</sup> Fuentes Naharro (2024, pp. 149-150) y Fernández del Pozo (2024, p. 216).

Así las cosas, resulta imperativo que el legislador proceda a la reforma del artículo 13 del RDLME, en el sentido de solventar el vacío legal creado. Una posible solución podría ser, tal y como hemos comentado anteriormente<sup>91</sup>, establecer el *dies a quo* del artículo 13.1 del RDLME en la fecha de publicación o de comunicación individual del acuerdo de fusión. De esta forma, independientemente de si el proyecto de fusión es modificado por la junta, los acreedores siempre se encontrarían en plazo para poder ejercer su derecho.

Esta reforma reforzaría el valor de los nuevos mecanismos introducidos en el RDLME: la formulación de observaciones y la modificabilidad del proyecto, en tanto que aseguraría que la modificación del proyecto puede realizarse para mejorar la posición de los acreedores, mediante la adopción de las observaciones formuladas por estos, pero no para empeorar su posición, pues siempre podrían ejercitar su derecho a obtener garantías adecuadas ex artículo 13 del RDLME en caso de no estar satisfechos. Consideramos que esta modificación opera no solo en interés de los acreedores, sino también de las sociedades, dado que les permite valorar y «tomar nota» realmente de las observaciones y, a la vista de ellas, modificar o no el proyecto, lo que puede dar lugar a un mayor número de soluciones amigables y, tal y como persigue el legislador, a una mayor desjudicialización de estos procedimientos.

## 5. Conclusiones

El régimen establecido en el RDLME ha supuesto un cambio radical respecto al régimen de protección de los acreedores, transitando desde un derecho de oposición a un nuevo régimen basado en la obtención de garantías adecuadas. Además, ha posicionado al legislador inequívocamente a favor de la modificabilidad del proyecto de fusión. No obstante, la regulación de este nuevo régimen presenta ciertas incoherencias que socavan la utilidad de las novedades introducidas.

La más importante de estas incoherencias resulta, a nuestro parecer, de los plazos establecidos en el RDLME, que no se cohonestan entre sí, dando lugar a consecuencias indeseables. El hecho de que el plazo para exigir garantías adecuadas venza antes de la celebración de las juntas generales en que apruebe el proyecto tiene varias derivadas negativas para la adecuada protección de los acreedores. La primera de ellas es que invalida por completo la posible utilidad que tengan las observaciones planteadas por los acreedores. Estas observaciones se han configurado como una de las grandes novedades respecto del régimen anterior, buscando el legislador que sirvan, junto con la posibilidad de modificar el proyecto, como un instrumento que facilite las soluciones amigables entre los acreedores y las sociedades deudoras, quedando así el derecho a obtener garantías adecuadas del artículo 13 del RDLME como un mecanismo posterior que ofrece protección a aquellos acreedores que

---

<sup>91</sup> Si bien en el punto 1 de este apartado nos referíamos al *dies ad quem* del ámbito subjetivo, ahora nos referiríamos al *dies a quo* del cómputo del plazo.

continúan insatisfechos. Sin embargo, estas observaciones pierden sentido cuando el plazo para ejercitar el derecho a obtener garantías, que protege al acreedor si las observaciones no han dado lugar a una modificación del proyecto, vence antes de que las juntas hayan podido manifestarse. Además, este desafortunado juego de los plazos, unido a la posibilidad de modificar el proyecto (herramienta que el legislador concibe, precisamente, para proteger a los acreedores y facilitar las soluciones amigables), presenta otro grave problema, ya que se abre la puerta a que el proyecto sea modificado sorpresivamente, a fin de desproteger a los acreedores, una vez haya vencido el plazo del que disponen estos para solicitar la protección que les brinda el artículo 13 del RDLME. Ambos problemas podrían solucionarse, a nuestro parecer, estableciendo el *dies a quo* para el cómputo del plazo del artículo 13 del RDLME a partir de la publicación del acuerdo de fusión, y no de la publicación del proyecto. De esta forma, los acreedores podrían presentar sus observaciones de una forma realmente eficaz, sin temor al vencimiento del plazo, y las sociedades podrían «tomar nota» de ellas sin que haya un ejercicio prematuro del derecho a obtener garantías. Además, eliminaría la posibilidad de que una sociedad modifique el proyecto dejando desprotegidos a los acreedores, ya que estos siempre se encontrarían en plazo para ejercer su derecho. En definitiva, se trata de asegurar que las observaciones puedan ser realmente tenidas en cuenta y que el proyecto pueda ser modificado para mejorar la posición de los acreedores, pero no para empeorarla sin que puedan instar de los tribunales la necesaria protección por haber transcurrido el plazo para solicitar la concesión de garantías adecuadas.

Sin embargo, *de lege lata*, nos vemos obligados, por un lado, a concluir que el derecho de formulación de observaciones se encuentra completamente desvirtuado debido a esta redacción, y por otro, a realizar una interpretación finalista, con un precario anclaje legal, basada en una *analogía iuris* a fin de no dejar completamente desamparados a los acreedores ante estas situaciones en las que la sociedad modifica el proyecto de mala fe. Por lo tanto, es imperativo que el legislador proceda a la modificación del RDLME a fin de coonestar los plazos en él establecidos y evitar esta situación de desamparo, completamente contraria al espíritu de la legislación nacional y europea en materia de fusiones.

Sumado a ello, esta modificación aclararía otra de las incoherencias que surgen de la redacción del RDLME, en relación con los acreedores cuyos créditos nacen en el periodo intermedio entre la publicación del proyecto y su modificación. Entendemos que lo más conveniente sería proteger a estos acreedores, por lo que situar el *dies ad quem* en el momento de publicación del acuerdo de fusión resultaría idóneo, además de que presentaría las ventajas de coordinar el *dies ad quem* del ámbito subjetivo con el *dies a quo* del plazo de ejercicio del derecho a obtener garantías adecuadas. No obstante, incluso si el legislador no compartiera esta postura, resultaría aconsejable que aclarase y se posicionase explícitamente en relación con estos acreedores, en aras de la seguridad jurídica.

Por último, sería conveniente que el legislador procediera a la reforma de otros preceptos de los que surgen incoherencias similares, si bien de menor importancia, a las comentadas. Así, debería establecerse en el artículo 10 del RDLME la posibilidad de los acreedores

de solicitar los documentos informativos actualizados a los que se refiere el artículo 7.1 del RDLME y, en su caso, la declaración sobre la situación financiera, artículo 15 del RDLME, a fin de garantizar un derecho de información adecuado para los casos tanto de acuerdo unánime de fusión como aquellos en los que el proyecto se haya visto modificado. Respecto del artículo 14.1 del RDLME, sería apropiado establecer que la presunción *iuris tantum* opera en ambas direcciones, tanto a favor del acreedor como de la sociedad, en función del sentido del pronunciamiento, en lugar de establecer una presunción unidireccional que únicamente beneficia (y poco, dada la carga de la prueba) a la sociedad.

## Referencias bibliográficas

- Álvarez Royo-Villanova, S. (2020). Fusión transfronteriza: control del abuso y modificación de acuerdos (a propósito del caso Mediaset). *Revista de Derecho de Sociedades*, 60.
- Álvarez Royo-Villanova, S. (2023a). El anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales. Principales novedades y propuestas de mejora. *Revista de Derecho de Sociedades*, 68.
- Álvarez Royo-Villanova, S. (2023b). La nueva regulación de las modificaciones estructurales de sociedades. Problemas prácticos. *La Ley Mercantil*, 106.
- Álvarez Royo-Villanova, S. (10-10-2023). Primeras dudas sobre la nueva regulación de la fusión. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/primeras-dudas-sobre-la-nueva-regulacion-de-la-fusion>
- Cabanas Trejo, R. (2023). La nueva –y apresurada– regulación sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. *El Notario del Siglo XXI*, 111.
- Esteban Ramos, L. (2017). *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*. (2.ª ed.). Aranzadi.
- Fernández de Córdova Claros, I. (2013). El nuevo derecho de oposición de los acreedores a las reestructuraciones empresariales. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 59, 71-84.
- Fernández del Pozo, L. (2024). La protección de acreedores frente a las modificaciones estructurales. En J. Pulgar Ezquerria (Dir.) y M. Fuentes Naharro (Coord.), *La nueva Ley de modificaciones estructurales* (pp. 181-274). La Ley.
- Fuentes Naharro, M. (2021). La protección de los acreedores en las operaciones transfronterizas en la nueva directiva 2019/2121. *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*, 2.
- Fuentes Naharro, M. (2024). El acuerdo sobre la modificación estructural. En J. Pulgar Ezquerria (Dir.) y M. Fuentes Naharro (Coord.), *La nueva Ley de modificaciones estructurales* (pp. 125-154). La Ley.
- García Sanz, A. (2017). El derecho de oposición como técnica de protección de los

- acreedores sociales en la fusión de sociedades mercantiles. *Revista de Derecho de Sociedades*, 50.
- Gilotta, S. (2023). Creditor Protection in Cross-Border Conversions, Mergers and Divisions: The New EU Regime Following Directive 2019/2121, publicación prevista en *Freedom of establishment and cross-border mobility for companies in the EU*. Wolter Kluwers.
- Largo Gil, R. (2000). *La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*. (2.ª ed.). Civitas.
- Largo Gil, R. (2016). La deconstrucción del procedimiento de las modificaciones estructurales de sociedades en función de los intereses a proteger. En F. Rodríguez Artigas et al. (Coord.), *Estudios sobre Derecho de Sociedades. Liber amicorum Profesor Luis Fernández de la Gándara* (pp. 601-621). Aranzadi.
- Largo Gil, R. y Hernández Sainz, E. (2015). *Derecho mercantil I. El empresario. Empresario individual y Derecho de sociedades*. Kronos.
- Largo Gil, R., Hernández Sainz, E. y Gállego Lanau, M. (2023). *Derecho Mercantil I. El empresario. Empresario individual y Derecho de sociedades*. (9.ª ed.). Kronos.
- Lepetić, J. (2022). Creditor protection in cross-border conversions, mergers and divisions. *Annals Belgrade Law Review*, 70(3), 733-762.
- Martí Moya, V. (2011). Sobre la modificabilidad del proyecto y el acuerdo unánime de fusión en la Ley de modificaciones estructurales. El artículo 42 del LME. *Revista de Derecho de Sociedades*, 37.
- Muñoz García, A. (26-09-2023). *Análisis crítico de la nueva normativa sobre modificaciones estructurales* [Vídeo]. Escuela de Práctica Jurídica-UCM. <https://www.youtube.com/watch?v=BeVafh5tDA>
- Rojas Martínez del Mármol, J. (2016). El derecho de oposición de los acreedores en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital. *Revista Lex Mercatoria*, 1, 100-112.
- Sequeira Martín, A. (2023). La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 171.

**Rodrigo León Nardo.** Graduado en Derecho por la Universidad de Zaragoza, estudiante del Máster de Acceso a la Abogacía por la Universidad Internacional de La Rioja. *Trainee* en J&A Garrigues. Anteriormente prácticas en Cuatrecasas Gonçalves Pereira y programa Erasmus en Katholieke Universiteit Leuven. <https://orcid.org/0009-0003-2485-8431>

# El derecho del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: ¿evolución del derecho público a través de un nuevo *spending power*?

**Silvia Díez Sastre**

Profesora de Derecho Administrativo.  
Universidad Autónoma de Madrid

[silvia.diez@uam.es](mailto:silvia.diez@uam.es) | <https://orcid.org/0000-0002-3101-0469>



**Ester Marco Peñas**

Profesora de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad Autónoma de Madrid

[ester.marco@uam.es](mailto:ester.marco@uam.es) | <https://orcid.org/0000-0002-7066-1395>



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2024** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Xabier Arzoz Santisteban, don Borja Carvajal Borrero, doña Itziar Gómez Fernández, don Nicolás González Deleito y don José Luis Zamarro Parra.

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

## Extracto

Este trabajo analiza el derecho del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia desde una perspectiva sistemática con el objetivo de determinar su encaje en las estructuras y categorías fundamentales del derecho público español. Se parte de la hipótesis de que el plan constituye una manifestación de un nuevo poder de gasto (*spending power*), que, inevitablemente, conduce a una evolución del sistema de fuentes, las estructuras organizativas, los instrumentos jurídicos y los sistemas de gestión y control del gasto. Con esta finalidad, se toman como referencia tanto el marco jurídico creado como su aplicación práctica. La investigación pretende contribuir, en última instancia, a la construcción de un derecho público de la recuperación, que va más allá del carácter coyuntural del plan.

**Palabras clave:** Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; derecho público; organización administrativa; poder de gasto; instrumentos jurídicos.

Recibido: 03-05-2024 / Aceptado: 05-09-2023 / Publicado: 03-10-2024

**Cómo citar:** Díez Sastre, S. y Marco Peñas, E. (2024). El derecho del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: ¿evolución del derecho público a través de un nuevo *spending power*? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 285, 41-78. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22271>



# The law governing Spain's Recovery, Transformation and Resilience Plan: evolution of public law through a new spending power?

Silvia Díez Sastre

Ester Marco Peñas

This paper has won the **1<sup>st</sup> Financial Studies 2024 Award** in the category of **Constitutional and Administrative Law**.

The jury members were: Mr. Xabier Arzo Santisteban, Mr. Borja Carvajal Borrero, Mrs. Itziar Gómez Fernández, Mr. Nicolás González Deleito and Mr. José Luis Zamarro Parra.

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

## Abstract

This paper examines the law governing Spain's Recovery, Transformation and Resilience Plan from a systematic perspective. It seeks to determine how the new legal concepts and instruments developed around the plan fit into the main structures and categories of Spanish public law. The research hypothesis is that the plan amounts to an expression of a new spending power, which inevitably leads to an evolution of the sources of law, organizational structures, legal instruments and expenditure management and control systems. From this starting point, both the legal framework created around the plan and its practical implementation are considered. Ultimately, the research is intended to contribute to the systematic development of a public law of recovery, which goes beyond the circumstantial nature of the Recovery, Transformation and Resilience Plan.

**Keywords:** Recovery, Transformation and Resilience Plan; public law; administrative organization; spending power; legal instruments.

Received: 03-05-2024 / Accepted: 05-09-2023 / Published: 03-10-2024

**Citation:** Díez Sastre, S. y Marco Peñas, E.(2024). El derecho del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: ¿evolución del derecho público a través de un nuevo *spending power*? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 285, 41-78. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22271>



## Sumario

1. Planteamiento
  2. Marco jurídico
    - 2.1. A nivel europeo
    - 2.2. A nivel interno
  3. Conceptos básicos para el control y la gestión del PRTR
    - 3.1. Conceptos objetivos
    - 3.2. Conceptos subjetivos
  4. Instrumentos jurídicos para la ejecución del PRTR
    - 4.1. Transferencias de fondos
    - 4.2. Encargos a medios propios
    - 4.3. Convenios de colaboración
    - 4.4. Subvenciones
    - 4.5. Contratos públicos
  5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

**Nota:** Este trabajo se enmarca en las actividades de investigación del Proyecto I+D+i de Retos de la Sociedad de la convocatoria de 2020: «El sector público al servicio de la responsabilidad estratégica del Estado» (referencia: PID 2020-115834RB-C31).

## 1. Planteamiento

A diferencia de mecanismos anteriores, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), pieza central del programa Next Generation EU (NGEU), no se ha configurado a nivel europeo como una medida temporal de crisis (art. 122 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE). Se ha diseñado como un instrumento de coordinación de las políticas económicas (art. 175 TFUE) que, a medio plazo, está creado para transformar la distribución de poder entre la Unión Europea (UE) y los Estados miembros (Leino-Sandberg y Ruffert, 2022, p. 440 ss.), reforzando la posición de la Comisión. En este proceso se están desdibujando los contornos del Estado regulador (Citi y Porte, 2022; Garrard, 2022; Minerini, 2022), que han explicado hasta el momento el papel de la Unión y de los Estados. Además, a través de este programa se introduce una nueva forma de gobernanza articulada mediante la financiación, que afecta a la noción de solidaridad europea (Patrin, 2023, pp. 21-22; Panascì, 2024, pp. 53). Ahora bien, no puede perderse de vista que el reverso de la solidaridad es la condicionalidad (Armstrong, 2013, p. 606), que ahora pivota en torno a la inversión en lugar de la austeridad –que caracterizó la respuesta a crisis anteriores–. El resultado es la consolidación de un nuevo poder de gasto (*spending power*) para alcanzar los objetivos y valores de la Unión Europea (UE), que parece llamado a consolidarse a lo largo del tiempo<sup>1</sup>. Estos cambios en el plano europeo están repercutiendo, inevitablemente, en los Estados miembros, no solo en una dimensión económica y política, sino también jurídica.

En el caso de España, la reacción a los retos planteados por la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) ha consistido, principalmente, en la creación de un derecho especial para la gestión y control de los fondos (Baño León, 2021). Se enten-

---

<sup>1</sup> El 19 de octubre de 2020, en la entrevista con Marie Charrel y Eric Albert, Christine Lagarde, presidenta del Banco Central Europeo, afirmó que debería debatirse la posibilidad de que un mecanismo como el Next Generation EU pudiera permanecer en la caja de herramientas europea ([www.ecb.europa.eu](http://www.ecb.europa.eu), entrevista de 19 de octubre de 2020, última consulta: 11 de septiembre de 2024). Con posterioridad, el Tribunal de Cuentas Europeo en sus recomendaciones a la Comisión sobre el MRR señala la necesidad de «abordar las deficiencias en cuanto al seguimiento del rendimiento en futuros instrumentos basados en una financiación no vinculada a costes». Vid. TCUE, *Marco de seguimiento del rendimiento del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Se miden los avances en la ejecución, pero no se refleja suficientemente en rendimiento*, Informe especial 26/2023, p. 65. En la misma línea, el 9 de septiembre de 2024, el expresidente del Banco Central Europeo, Mario Draghi, consideró necesario crear un nuevo fondo que movilice hasta 800.000 millones de euros al año en inversiones para adaptar la potencia industrial de la Unión Europea al siglo XXI. Ese fondo se financiaría con fondos privados y públicos; estos últimos se nutrirían de instrumentos de deuda comunes, del mismo modo que el Fondo de Recuperación del NGEU ([www.elpais.com](http://www.elpais.com) de 9 de septiembre de 2024).

dió que el Derecho general vigente no dotaba de herramientas adecuadas, ágiles y eficaces, para su correcta absorción (Preámbulo I 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 Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, RDL 36/2020). Al mismo tiempo, se debieron crear los mecanismos de control exigidos por el derecho europeo. En este contexto, el presente estudio analiza el encaje de este nuevo derecho especial del PRTR con algunas de las piezas tradicionales fundamentales que conforman el sistema de derecho público interno: sistema de fuentes, estructuras organizativas, formas jurídicas de actuación administrativa y control del gasto. El transcurso de más de tres años desde la aprobación del plan permite realizar tanto una reflexión teórica como un estudio empírico, en el que se ofrecen datos y ejemplos prácticos de cómo los operadores jurídicos han utilizado los instrumentos a su disposición para dar cumplimiento a los mandatos del PRTR. En esa tarea, hay que tener en cuenta la situación de dificultad que ha entrañado la aplicación de un «derecho en construcción», que ha generado inseguridad jurídica. Esto ha limitado, en muchos casos, la posibilidad de adoptar soluciones innovadoras, tanto en la utilización de formas jurídicas como en el diseño de los sistemas de control del gasto. No obstante, el alcance del plan, indudablemente, impulsa la realización de cambios en nuestro derecho público que trascienden su ejecución.

Con estas bases, la exposición se ordena como sigue: en primer lugar, se examina, desde una perspectiva crítica, el marco jurídico creado para la ejecución de los fondos (2.), tanto europeo (2.1.) como interno (2.2.). En segundo lugar, se sistematizan los conceptos básicos elaborados para distribuir las responsabilidades de las entidades del sector público involucradas en el PRTR y asegurar su correcta ejecución (3.). Se diferencia en este punto entre conceptos objetivos (3.1.) y subjetivos (3.2.). A continuación, se realiza un análisis de los instrumentos jurídicos empleados en España para canalizar los fondos del PRTR, determinando su nivel de correspondencia con los conceptos básicos del plan examinados previamente, así como su idoneidad para optimizar la gestión del gasto (4.). En concreto, se estudian las transferencias de fondos a las comunidades autónomas en las conferencias sectoriales (4.1.), los encargos a medios propios (4.2.), los convenios de colaboración (4.3.), las subvenciones (4.4.) y los contratos públicos (4.5.). Finalmente, se exponen las principales conclusiones de la investigación (5.).

## 2. Marco jurídico

### 2.1. A nivel europeo

Con el fin de reforzar y acelerar la recuperación de los Estados miembros tras la pandemia de la covid-19, el Consejo Europeo acordó en julio de 2020 un instrumento excepcional y temporal denominado NGEU. Este programa se dotó originariamente de 750.000 M€ para los Estados miembros (hasta 360.000 M€ en préstamos y hasta 390.000 M€ en trans-

ferencias no reembolsables). El programa NGEU se compone de varios fondos<sup>2</sup>, de entre los cuales destaca por su volumen y objetivos el previsto en el Reglamento 241/2021, de 12 de febrero, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR)<sup>3</sup>. A través de este programa se establecen prioridades de gasto para los Estados miembros en línea con los valores de la Unión (Fiscaro, 2022, pp. 718-719). El objetivo específico del MRR es proporcionar ayuda financiera a los Estados miembros para que alcancen los hitos y objetivos de las reformas e inversiones establecidas en sus planes de recuperación y resiliencia. El MRR es el mayor paquete de estímulos fiscales jamás adoptado por la UE<sup>4</sup>. Para su financiación, dado el tamaño limitado del presupuesto europeo, la Comisión emite deuda en los mercados financieros en nombre de la Unión (art. 5.1 Decisión [UE, Euratom] 2020/2053 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020, sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea). La principal novedad de este endeudamiento es que se lleva a cabo para financiar, parcialmente, subvenciones directas a los Estados miembros y no solo préstamos (Potteau, 2020, pp. 567 y ss.; Carrera Hernández, 2020, p. 28; Marco, 2021, p. 368). Ahora bien, no se trata de una mutualización de la deuda de uno o varios países con problemas de financiación –que podría ser contraria al artículo 125 TFUE, cláusula de *no bail out*–, sino de deudas mutuas contraídas conjuntamente desde el principio en beneficio de un proyecto específico (Ruthardt, 2020, p. 345).

En este contexto, España presentó su Plan de Recuperación el 30 de abril de 2021, tras aprobarlo en Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021. Meses después, la Comisión Europea dictó la propuesta de Decisión de ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del Plan de Recuperación y Resiliencia de España, COM(2021)322 final, de 16 de junio de 2021 (*Commission Implementing Decision*, CID). El Consejo Europeo de Asuntos Económicos y Financieros de la Unión Europea ratificó esta decisión el 13 de julio de 2021.

<sup>2</sup> Los dos fondos más importantes son el Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia (MRR) y el Fondo REACT-EU (diseñado para reparar los daños sociales y económicos causados directamente por la pandemia de covid-19). No obstante, también se incluyen aportaciones para los siguientes fondos: Fondo de Transición Justa (orientado a diversificar económicamente los territorios más afectados por la transición climática, así como el reciclaje y la inclusión activa de trabajadores y demandantes de empleo); Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural (FEADER) (tendente a financiar la contribución de la Política Agraria Común a los objetivos de desarrollo rural de la Unión Europea); Resc EU (diseñado para mejorar la protección de los ciudadanos europeos frente a los desastres y la gestión de riesgos emergentes en el marco del Mecanismo de Protección Civil de la Unión Europea); Invest EU (orientado a la financiación a largo plazo a empresas y a apoyar las políticas de la Unión Europea); Horizonte Europa (dirigido a financiar el programa marco de investigación e innovación de la Unión Europea); y REPower EU (el fondo más reciente, incluido tras la invasión rusa de Ucrania para poner fin a la dependencia de la Unión Europea de los combustibles fósiles rusos).

<sup>3</sup> La Comisión Europea desarrolló el Reglamento del MRR detallando el cuadro de indicadores de recuperación y resiliencia, así como la lista de indicadores comunes mediante el Reglamento Delegado (UE) 2021/2106, de 28 de septiembre de 2021. Estos indicadores tienen la finalidad de medir el rendimiento de las actuaciones del MRR para la consecución de sus seis pilares.

<sup>4</sup> Así se caracteriza por el Consejo Europeo en sus Conclusiones de 21 de julio de 2020.

La CID está formada por un anexo con tres secciones, en las que se detallan las reformas e inversiones que deben llevarse a cabo en el marco del plan de recuperación español, las ayudas financieras y las disposiciones adicionales. En particular, en relación con las reformas e inversiones, se determinan los componentes en los que se estructura el PRTR que, a su vez, incluyen los hitos y objetivos (HyO) asociados para el cumplimiento del plan conforme al calendario establecido. El 29 de octubre de 2021 se aprobaron las denominadas *operational arrangements* (OA), esto es, las disposiciones operativas de la CID, que especifican con mayor nivel de detalle las exigencias para el cumplimiento de los HyO previstos; esto es, el calendario para el seguimiento y la ejecución, así como los indicadores pertinentes. Finalmente, en el transcurso de la ejecución del PRTR, el 17 de octubre de 2023, el Consejo Europeo aprobó la modificación de la CID a través de una adenda por la que se actualizan el calendario de desembolsos y los HyO. La CID y las OA constituyen, así, una detalladísima hoja de ruta, que son la máxima expresión de este «nuevo» poder de gasto de la UE, al que se ha hecho referencia en el planteamiento.

En el marco jurídico descrito, la justificación del gasto del MRR se llevará a cabo a través del cumplimiento de hitos y objetivos, en lugar de fijar un ámbito de elegibilidad del gasto y efectuar el pago en atención a su ejecución, como sucede en el resto de los fondos estructurales y de inversión europeos (Castejón González y Font Miret, 2021, p. 14). Los intentos anteriores de la UE de aplicar esta metodología basada en HyO, inspirada en el Banco Mundial –como sus *joint action plans*–, fracasaron debido al riesgo de auditoría que entraña para los Estados miembros (Pazos Vidal, 2020, p. 59). En esta ocasión, tanto las características del MRR –volumen de fondos y plazos de ejecución– como la voluntad de condicionar las reformas nacionales (Bekker, 2021, p. 175) llevaron a la Comisión a imponer este modelo de auditoría, que permite conocer, en mayor medida, el resultado de los proyectos financiados (Quirós Castro, 2021, pp. 352-353), y que fue finalmente aceptado por los Estados miembros.

## 2.2. A nivel interno

El carácter excepcional del PRTR ha propiciado la creación de un marco jurídico interno dirigido a facilitar y agilizar su ejecución, que está encabezado por el RDL 36/2020. Esta norma establece los principios y directrices de gestión y crea reglas *ad hoc* en el ámbito presupuestario, la gestión de recursos humanos, la contratación pública, las subvenciones, la celebración de convenios y la creación de nuevas formas de colaboración público-privada (los denominados proyectos estratégicos para la recuperación y transformación económica, PERTE; Serrano Chamizo, 2022). Asimismo, articula nuevas estructuras de gobernanza para el plan. Muchas de las reglas contenidas en esta norma no tienen carácter básico y solo se aplican a la Administración General del Estado (AGE) (D. F. 1.ª RDL 36/2020). Por esa razón, muchas comunidades autónomas han dictado posteriormente sus propias reglas de ejecución del PRTR, tomando como referencia, en muchas ocasiones, las reglas

aprobadas a nivel estatal<sup>5</sup>. Además, su encaje como regla especial con el derecho administrativo general en los distintos niveles territoriales plantea algunos problemas desde el punto de vista de la articulación del sistema de fuentes (Velasco Caballero, 2021, p. 47 ss.).

A los efectos del seguimiento de la ejecución del plan se establece una obligación general de remitir periódicamente información sobre la ejecución contable de los gastos imputados a proyectos o iniciativas (art. 46.2 RDL 36/2020), dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 22.2 d) del Reglamento MRR. Esta previsión genérica se concretó a través de dos órdenes ministeriales: 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 (Orden 1030/2021); y la Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y formato de la información a proporcionar por las entidades del sector pú-

<sup>5</sup> Orden de 6 de mayo de 2022, del consejero de Economía y Hacienda (País Vasco), por la que se aprueba el modelo tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de los contratos de obras (procedimientos abierto y abierto simplificado), de servicios (procedimientos abierto, abierto simplificado y con negociación) y de suministros (procedimiento abierto y abierto simplificado). Fondos Next Generation; 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 Generalitat de Cataluña y su sector público; Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia; 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 de la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 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; Decreto-ley 6/2021, de 1 de abril, del Consell (Comunidad Valenciana), 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; Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa (Aragón) y 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 25 de junio, de Medidas Urgentes de Agilización y Simplificación de Procedimientos para la Gestión y Ejecución de los Fondos Europeos de Recuperación; Ley 4/2021, de 1 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 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; 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 (Navarra); Decreto-ley 3/2021, de 3 de marzo, de medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Extremadura); Decreto-ley 3/2021, de 12 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para ejecutar las actuaciones y los proyectos que deben financiarse con fondos europeos en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Illes Balears).

blico estatal, Autonómico y Local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Orden 1031/2021).

La remisión directa de una norma con rango de ley al desarrollo reglamentario por orden ministerial requiere una previsión expresa. En estos casos, la potestad reglamentaria tiene carácter derivado –limitada a las materias propias del departamento ministerial (art. 4.1.b Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y art. 61.a Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, LRJSP; STS de 19 de diciembre de 1986, RJ 1986/8117)– y excepcional (art. 129.4 párr. 3.º Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, LPAC; STS 393/2017, ECLI:ES:TS:2017:393). Por esa razón, es necesario que la ley desplace la habilitación general de desarrollo reglamentario que corresponde al Gobierno (Rodríguez de Santiago, 2021, p. 126). Al respecto, el Tribunal Constitucional ha admitido las habilitaciones legales directas al desarrollo mediante orden ministerial, siempre que tengan carácter concreto y específico (SSTC 13/1988, 135/1992, 185/1995, 133/1997; Santamaría, 2020, p. 118). El Tribunal Supremo también ha asumido este criterio (STS 2858/2014, ECLI:ES:TS: 2014:2858; Rodríguez de Santiago, 2021, p. 130).

Pues bien, en el preámbulo de la Orden 1030/2021 parece invocarse como fundamento habilitante el artículo 20 del RDL 36/2020, que designa como autoridad responsable del MRR al centro directivo del Ministerio de Hacienda con competencia en materia de fondos europeos (art. 20). A este centro directivo le atribuye la condición de punto de contacto con la Comisión Europea y el deber de asegurar la coordinación entre todas las entidades implicadas en la ejecución del PRTR. Conforme a lo anterior, la autoridad responsable es la Secretaría General de Fondos Europeos –centro directivo del Ministerio de Hacienda con competencia en materia de fondos europeos (art. 20.1 RDL 36/2020)– y no la ministra de Hacienda y Función Pública, que aprueba las órdenes ministeriales referidas. Por otra parte, en el preámbulo de la Orden 1031/2021 sí se invoca la habilitación expresa al desarrollo por orden ministerial contenida en el artículo 46.6 del RDL 36/2021, que se proyecta sobre el mecanismo de información sobre el seguimiento de la ejecución contable de los gastos imputables a proyectos o iniciativas del plan (art. 46.2 RDL 36/2021). En este caso, el RDL 36/2021 sí se remite al desarrollo mediante orden de la persona titular del Ministerio de Hacienda a propuesta conjunta de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) y del centro directivo del Ministerio de Hacienda con competencia en materia de fondos europeos. Por tanto, habría que realizar una interpretación amplia de esta habilitación expresa al desarrollo reglamentario mediante orden ministerial, para entender que alcanza también a la Orden 1030/2021. Solo de este modo se cumpliría en ambos casos el deber de remisión legal expresa, concreta y específica, al desarrollo mediante orden ministerial, en los términos fijados por la jurisprudencia.

En cuanto al contenido de las órdenes, la primera prevé un sistema de información de gestión y seguimiento que tiene por objeto «facilitar la coordinación y seguimiento del PRTR

por los distintos agentes implicados en su ejecución, dando respuesta a las necesidades de planificación, gestión, control y rendición de cuentas» (art. 11.1 Orden 1030/2021). Además, incorpora en su anexo I un glosario de los términos para la gestión del PRTR. La segunda de las órdenes regula el procedimiento, formato y periodicidad de la información de seguimiento del logro de los hitos y objetivos, así como la ejecución contable de los gastos incurridos en el desarrollo de los proyectos, subproyectos y las líneas de acción, que conforman los componentes financiados a cargo del MRR (art. 1 Orden 1031/2021); este sistema se articula técnicamente a través de la plataforma CoFFEE-MRR. En síntesis, a pesar de su brevedad y su simplicidad aparente, estas órdenes tienen una trascendencia muy significativa, pues distribuyen y disciplinan las responsabilidades de las distintas entidades públicas involucradas en la gestión del PRTR.

Debido a la vaguedad de algunos de los conceptos contenidos en la Orden 1030/2021, y a las consultas que suscitó su aplicación, se aprobó la Resolución 1/2022, de 12 de abril, de la Secretaría General de Fondos Europeos, por la que se establecen instrucciones a fin de clarificar la condición de entidad ejecutora, la designación de órganos responsables de medidas y órganos gestores de proyectos y subproyectos, en el marco del sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Resolución 1/2022). En los antecedentes de la propia resolución se indica que las instrucciones que contiene son de aplicación general; es decir, que se proyectan sobre todas las entidades del sector público siempre que participen en la gestión del PRTR en los términos indicados en la normativa aplicable. Esto impide caracterizarlas como instrucciones dictadas en el marco del artículo 6 de la LRJSP; son verdaderas normas de carácter reglamentario que desarrollan lo dispuesto en las órdenes ministeriales. Además, el contenido de la Resolución 1/2022 ha sido determinante para distribuir con mayor precisión las responsabilidades en la ejecución del PRTR de las distintas entidades públicas involucradas. Esto exige identificar la concreta habilitación normativa que permite la aprobación de esta resolución.

La propia Resolución 1/2022 afirma que desarrolla directamente las órdenes ministeriales que habilitan a la Secretaría General de Fondos Europeos, en el marco de sus competencias, a precisar su contenido (D. F. 2.<sup>a</sup> Orden 1030/2021) y a dictar instrucciones sobre el informe de gestión (D. F. 2.<sup>a</sup> Orden 1030/2021). A su vez, parece existir una habilitación general para el desarrollo reglamentario en el artículo 46.6 *in fine* del RDL 36/2020, cuando afirma que el centro directivo del Ministerio de Hacienda con competencia en materia de fondos europeos «podrá establecer igualmente las adaptaciones adicionales que resultaran necesarias para el adecuado seguimiento de la ejecución de los proyectos conforme a la regulación europea de los fondos». Esta previsión puede considerarse una habilitación excepcional de ejercicio de potestad reglamentaria en el marco de lo dispuesto en el artículo 129.4 párr. 3.º de la LPAC, que establece la posibilidad de que se atribuya directamente el desarrollo reglamentario a órganos dependientes o subordinados de los titulares de los departamentos ministeriales. La secretaria general es el órgano directivo de la Administración General del Estado (arts. 64 y 55.3.b 1.º LRSJP) que tiene las competencias

en materia de fondos europeos<sup>6</sup>. Puede apreciarse, así, una construcción en cascada del marco normativo de gestión y control del plan que confía al desarrollo reglamentario, no gubernativo, sino puramente administrativo, el diseño del sistema de gestión y control de los fondos del MRR.

De forma complementaria al sistema de gestión y seguimiento de la ejecución del PRTR, se aprobó 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 Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (Orden 55/2023). Esta orden concreta lo dispuesto en la D. A. 112.<sup>a</sup> de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, con el fin de satisfacer la exigencia de análisis *ex ante* del riesgo de conflicto de interés que establece el artículo 22.1 del Reglamento del MRR. La habilitación al desarrollo mediante orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública se encuentra en el apartado 12 de la propia D. A. 112.<sup>a</sup>. La orden desarrolla el funcionamiento de una herramienta informática de *data mining* con sede en la Agencia Estatal de Administración Tributaria de España, que ayuda a llevar a cabo el análisis del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos de adjudicación de contratos y de concesión de subvenciones que ejecutan el PRTR: la plataforma MINERVA.

El conjunto de normas legales y reglamentarias expuesto se complementa con la Metodología de gestión de hitos y objetivos del PRTR, elaborada por el gabinete técnico de la Secretaría General de Fondos Europeos. Esta metodología ha experimentado distintas actualizaciones –la última tuvo lugar el 6 de febrero de 2023–, y su finalidad es interpretar los conceptos previstos en las tres órdenes y la resolución mencionadas<sup>7</sup>. Además, la Secretaría General de Fondos Europeos ha publicado, por un lado, el Manual del usuario CoFFEE-MRR y, por otro lado, la guía práctica para la aplicación de la Orden HFP/55/2023, que contiene precisiones para la utilización de los sistemas CoFFEE-MRR y MINERVA. En los tres casos se trata de instrumentos de *soft law* que, a pesar de su carácter meramente interpretativo, ejercen en la práctica una fuerte capacidad directiva sobre el conjunto de las entidades del sector público (Sarmiento, 2008, p. 167 y ss.). Es más, como se detalla más adelante, estas herramientas de *soft law* llegan, incluso, a establecer en algunos casos criterios para la atribución de responsabilidades dentro de la organización administrativa.

De la exposición realizada se concluye que el marco jurídico interno para la gestión y control del PRTR tiene una naturaleza marcadamente administrativa. El papel del legislador y del Gobierno se reduce al mínimo, cediendo el protagonismo al Ministerio de Hacienda

<sup>6</sup> Artículo 11 Real Decreto 682/2021, de 3 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Hacienda y Función Pública, para la anterior legislatura, y artículo 22 Real Decreto 206/2024, de 27 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda, para la actual.

<sup>7</sup> Toda esta documentación puede consultarse en la página web de la Secretaría General de Fondos Europeos: <https://www.fondoseuropeos.hacienda.gob.es/sitios/sgfe/> → Plan de Recuperación → Documentos para la gestión.

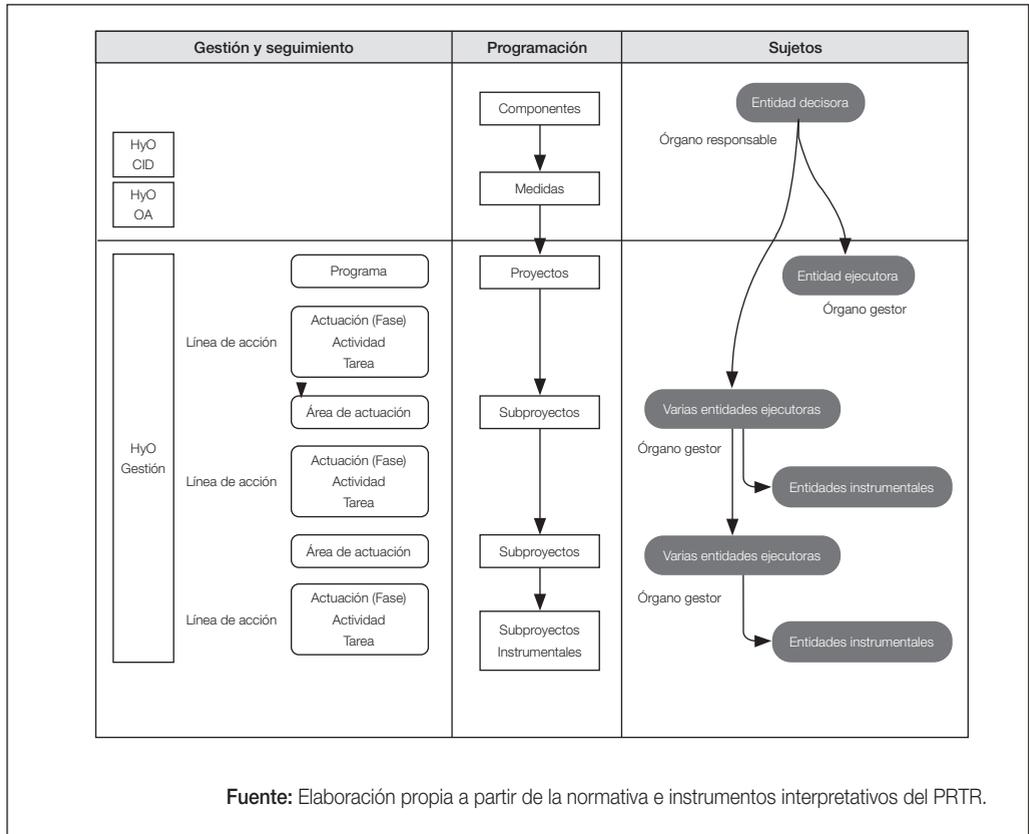
y Función Pública (actual Ministerio de Hacienda), en concreto, a la Secretaría General de Fondos Europeos, que centraliza tanto la regulación sobre la materia –a través de normas reglamentarias– como su interpretación y aplicación –mediante *soft law*–. En la elaboración de estas normas y criterios interpretativos destaca la escasa participación de los niveles territoriales inferiores, cuyo papel en la ejecución del PRTR es determinante: comunidades autónomas y entidades locales (Salvador Armendáriz, 2021, pp. 66 y ss.; Gimeno Feliú, 2022, p. 71). Además, se produce cierta difuminación de los contornos de las distintas formas de actuación administrativas: normas reglamentarias, instrucciones y *soft law*. Esta situación ya se había detectado en el derecho de la pandemia y parece consolidarse en el derecho de la recuperación, planteando el reto de adaptar la teoría de las formas de la actuación administrativa a la realidad contemporánea (Barczack, 2023, p. 187).

A su vez, como se observa en las fechas de las normas reglamentarias y de las sucesivas actualizaciones de los instrumentos de *soft law*, el grueso del derecho de la gestión y control del plan se ha dictado una vez iniciada su ejecución y se está construyendo de forma progresiva, a medida que el cumplimiento del PRTR pone de manifiesto las debilidades de la estructura administrativa diseñada originariamente. Si bien esta situación es inevitable, dado el carácter perentorio de los fondos del MRR, somete a los operadores jurídicos a un importante grado de incertidumbre. En consecuencia, las entidades encargadas de la ejecución de los fondos afrontan, en ocasiones, dificultades para seleccionar el instrumento jurídico idóneo para optimizar los fondos recibidos, lo que les conduce en la mayoría de los casos, como se ve más adelante, a optar por fórmulas típicas (contratos y subvenciones).

### 3. Conceptos básicos para el control y la gestión del PRTR

Las normas jurídicas e instrumentos interpretativos expuestos introducen un catálogo de conceptos básicos orientado a estructurar la ejecución del PRTR. En especial, el anexo I contenido en la Orden 1030/2021 establece un glosario de términos que ofrece una definición de los conceptos allí referidos. La finalidad de estos nuevos conceptos es distribuir las responsabilidades en la gestión y control de la ejecución del plan entre las diferentes entidades del sector público involucradas. Se erige, de este modo, un derecho de organización especial para la gestión y control del PRTR que exige un esfuerzo de sistematización para encajarlo en el derecho de la organización administrativa general. Con esa finalidad se ordenan los conceptos básicos de control y gestión del PRTR en un plano objetivo y un plano subjetivo, respectivamente. Entre los conceptos de carácter objetivo cabe diferenciar entre los que tienen como finalidad diseñar la programación del plan y aquellos que estructuran la gestión y seguimiento. Como puede verse en la siguiente figura, existe una correlación entre los conceptos fijados en el plano objetivo, tanto para la programación como para la gestión y seguimiento del PRTR, con los conceptos determinados desde una perspectiva subjetiva, que atribuyen la responsabilidad en la toma de decisiones de ejecución del Plan.

Figura 1. Conceptos básicos para la gestión y seguimiento del PRTR



Del análisis global de este derecho se aprecia la voluntad de crear conceptos de carácter funcional, en la estela del derecho europeo (Azoulai, 2012, p. 176), cuyos perfiles no están ligados a estructuras organizativas (en el plano subjetivo) o a formas jurídicas concretas (en el plano objetivo), sino a las funciones o fines atribuidos en la ejecución del PRTR. Sin embargo, como se detalla a continuación, con frecuencia la interpretación de estos conceptos, principalmente en los instrumentos de *soft law*, recurre a los conceptos orgánicos y formales propios de la tradición jurídica interna (Díez Sastre, 2018, párr. 245). Esta situación crea seguridad jurídica en la medida en que la situación particular sea subsumible en el concepto orgánico o formal concreto –por ejemplo, el secretario de una entidad local como órgano gestor–. No obstante, cuando el supuesto de hecho no encaja en la concreción orgánica o formal establecida surge un elevado nivel de incertidumbre, porque los criterios funcionales no se han desarrollado suficientemente para facilitar esta tarea –este sería el caso de la identificación del órgano gestor de una entidad del sector público no territorial–. La casuística de la organización del sector público es difícilmente abarcable mediante criterios puramente orgánicos. A continuación, se analiza esta constelación conceptual creada para el diseño, gestión y control del PRTR.

### 3.1. Conceptos objetivos

El PRTR –en concreto, el anexo CID– es un instrumento de planificación guiado por prioridades de carácter político (Rodríguez de Santiago, 2022, pp. 12-13) que requiere, para su correcta ejecución, la participación del sector público multinivel. Desde el punto de vista de su programación, el plan se estructura en 31 componentes, que se dedican a distintos ámbitos de la economía. Estos componentes se desglosan en un total de 251 medidas, que se corresponden con reformas (111) e inversiones (140) conexas. A su vez, las medidas se dividen en proyectos, definidos como un conjunto de acciones, recursos y medios dirigidos a la consecución, en un plazo determinado, de la finalidad o resultados previstos en las propias medidas. Por último, los proyectos pueden desagregarse en subproyectos. Los subproyectos son la descomposición de un proyecto que lleva asociada la transferencia de recursos económicos y el cumplimiento de hitos y objetivos. Asimismo, los subproyectos pueden descomponerse en otros subproyectos en las mismas condiciones; esto es, que se produzca una transferencia de recursos económicos, así como de la responsabilidad en el cumplimiento de hitos y objetivos previstos en el PRTR. Cada uno de estos elementos –componente, medida (reforma o inversión), proyecto y subproyecto– constituye un «nodo» en la terminología del sistema CoFFEE-MRR (Manual del CoFFEE-MRR, p. 22), que es la plataforma de gestión y control de los fondos del PRTR.

A través de esta estructura se distribuye a nivel interno la responsabilidad de ejecución del PRTR entre las distintas entidades del sector público. Lógicamente, cada una de ellas debe ceñirse a su ámbito competencial respectivo cuando lleve a cabo las actuaciones que le correspondan en cumplimiento del plan. No obstante, en el caso del Estado el ejercicio de poder de gasto (*spending power*) le permite participar en sectores o ámbitos de la realidad sobre los que no dispone de competencias. Esta práctica se sitúa en la estela de la jurisprudencia constitucional inaugurada por la STC 178/2011 –confirmada en pronunciamientos posteriores–, que supera la doctrina de la STC 13/1992. En ella, el Tribunal Constitucional desliga el ejercicio del poder de gasto de la invocación de un título competencial específico (Caicedo Camacho, 2016, pp. 377 ss.). Ahora bien, el grado de detalle de la CID permite afirmar que en el marco del PRTR se ha maximizado esta posibilidad hasta el punto de que, como se verá más adelante, el Estado decide y controla quién, dentro del sector público multinivel, debe llevar a cabo actuaciones en ámbitos competenciales ajenos.

En el plano de la gestión y seguimiento del plan se crean conceptos en paralelo a los señalados, con un mayor grado de descomposición. Un proyecto o un subproyecto se puede desagregar en varios niveles. La actuación es el primer grado; todo proyecto o subproyecto debe tener, al menos, una actuación, salvo que se trate de proyecto o subproyectos de reducido alcance y poca complejidad, siempre que no comporten la ejecución del gasto. Cuando se emplea un instrumento jurídico para transferir recursos económicos, se debe definir una actuación para su gestión y seguimiento. El conjunto de actuaciones de un mismo proyecto o subproyecto puede agruparse opcionalmente en una fase. También de forma opcional, podrán dividirse los proyectos y subproyectos en un segundo nivel, en actividades; y en un tercer nivel, en tareas. Los tres niveles señalados –actuación, actividad y tarea– constituyen una línea de acción. De forma adicional a esta estructura se pueden crear, también opcio-

nalmente, programas, como un conjunto de proyectos; así como áreas de actuación, como un conjunto de subproyectos integrados en un proyecto o en otro subproyecto.

Por último, para hacer un seguimiento desde una perspectiva teleológica, se configuran hitos y objetivos (HyO) que se definen como metas a alcanzar en momentos determinados, que ayudan a verificar que las medidas, proyectos, subproyectos o líneas de acción logran los fines o resultados a los que se vinculan. El grado de cumplimiento de estos HyO se mide a través de indicadores. Para la gestión y seguimiento a nivel europeo, la Decisión CID establece un conjunto de HyO (HyO CID), que se corresponden con reformas (hitos) y con inversiones (objetivos) comprometidos con la Comisión Europea. Los indicadores relativos a los hitos tienen carácter cualitativo; los indicadores vinculados a los objetivos tienen naturaleza cuantitativa. Cada HyO CID se asocia a una única medida. En total se prevén 595 HyO CID, que se desglosan en: 306 hitos y 289 objetivos. La consecución de los HyO CID conlleva el desembolso de los fondos del MRR. Para monitorizar los HyO CID se establecen los HyO OA, que son *monitoring indicators*, incluidos en las disposiciones operativas u *operational arrangements*. Cada HyO OA se corresponde con un HyO CID, que, a su vez, se vincula a una única medida.

A modo de ejemplo, en la siguiente tabla se describe la utilización de estos conceptos en el ámbito de la movilidad sostenible:

Tabla 1. Ejemplo de utilización de los conceptos objetivos de gestión y control del PRTR en el anexo CID en el ámbito de la movilidad sostenible.

| Componente  | Medida<br>(reforma/inversión) | Hito/Objetivo | Nombre  | Indicadores<br>(cualitativos para hitos / cuantitativos para objetivos)   | Tiempo    |
|---|-------------------------------|---------------|---|---|-----------|
|   | Número de la medida (1)       |               |   |   |           |
| C1: Plan de choque de movilidad sostenible, segura y conectada en entornos urbanos y metropolitanos | C1.R2                         | Hito          | Promulgación de una Ley de movilidad sostenible y financiación del transporte                             | Cualitativo: disposición de la ley que establece la entrada en vigor  | 2023 (Q4) |
|   | 3                             |               |   |   |           |
|   | C1.I1                         | Objetivo      | Proyectos finalizados de fomento de la movilidad sostenible, especialmente zonas urbanas y metropolitanas | Cuantitativo: 25 proyectos en 150 zonas urbanas o metropolitanas de más de 50.000 habitantes y en zonas urbanas de entre 20.000 y 50.000 habitantes | 2023 (Q4) |
|   | 6                             |               |   |   |           |

(1) El número hace referencia a la posición dentro de las 251 medidas que contiene el Plan. Como hemos señalado, 111 se corresponde con reformas (R) y 140 con inversiones (I).

**Fuente:** Elaboración propia a partir del anexo CID (pp. 7 y 9).

Para la gestión y seguimiento a nivel interno se crean, además, HyO de gestión. Cada proyecto, subproyecto o línea de acción tiene uno o más HyO de gestión. Estos HyO de gestión pueden ser de dos tipos: críticos o no críticos. Los HyO críticos son aquellos cuya consecución es imprescindible para el cumplimiento de los HyO CID. Lógicamente, cada HyO CID debe tener asignado, al menos, un HyO crítico, aunque será frecuente que tenga asignados varios, cuyo cumplimiento conjunto permitirá, a su vez, el logro del HyO CID. Los HyO no críticos son aquellos HyO de gestión de proyectos y subproyectos cuyo incumplimiento no supone el incumplimiento directo de un HyO CID. Estos HyO no críticos tienen tres funciones: la primera es prevenir o corregir posibles incumplimientos de HyO CID; la segunda es determinar el grado de cumplimiento de los indicadores OA, puesto que su consecución es el resultado directo de la medición de uno o varios indicadores de los HyO no críticos; finalmente, la tercera es permitir el seguimiento de acciones específicas contempladas en las medidas con coste asociado que no forman parte de los HyO CID.

A la vista de esta prolija configuración de los HyO, el Tribunal de Cuentas ha señalado que un catálogo tan detallado plantea en la práctica la dificultad de utilizar todos los niveles de conceptos de forma sistemática. De hecho, esta situación ha conducido a que algunos ministerios<sup>8</sup> hayan elaborado una planificación basada en los criterios de la metodología de HyO sin especificar en qué medida su cumplimiento contribuye a alcanzar los HyO CID, que son, en última instancia, los exigidos a nivel europeo (Informe de Fiscalización de 20 de diciembre de 2023, p. 40). Por su parte, el Tribunal de Cuentas Europeo ha puesto de manifiesto la dificultad general de los Estados miembros de obtener datos fiables sobre el cumplimiento de los objetivos, puesto que a menudo se agrega información de diferentes organismos de ejecución y relativa a múltiples perceptores finales (Informe Especial 26/2023 «Marco de seguimiento del MRR», de 24 de octubre de 2023, p. 32).

### 3.2. Conceptos subjetivos

La programación, gestión y seguimiento del plan se llevan a cabo por un conjunto de entidades caracterizadas por su función. En primer lugar, las entidades decisoras son los departamentos ministeriales, que son los responsables de los componentes. Un mismo componente puede desarrollarse por varias entidades decisoras, es decir, varios departamentos ministeriales. En cada entidad decidora existirá un órgano responsable de las actuaciones requeridas para la gestión y seguimiento de las medidas y componentes. En concreto, este órgano deberá elaborar, firmar y tramitar el informe de gestión del componente o de la medida. En el componente, el órgano responsable es la subsecretaría. En la medida, el órgano responsable será un órgano superior o directivo, en este último caso, con rango mínimo

---

<sup>8</sup> MDSA, Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deportes, Ministerio de Industria y Turismo, METD, METS y MSND.

de director general o asimilado (instrucción quinta.3 Resolución 1/2022). En el seguimiento de las medidas, el órgano responsable se ocupará también de emitir los informes de previsiones y los certificados de cumplimiento de HyO CID y OA asociados a la medida. En un plano inferior, las entidades ejecutoras se ocupan de la ejecución de proyectos y subproyectos bajo los criterios y directrices de las entidades decisoras. Son entidades ejecutoras de proyectos los departamentos ministeriales y las entidades de la AGE.

Tabla 2. Entidades y órganos vinculados a la decisión sobre el PRTR

|                    | Decisión                    |                                       |
|--------------------|-----------------------------|---------------------------------------|
|                    | Componente                  | Medida                                |
| Nivel territorial  | AGE                         |                                       |
| Entidad decisoras  | Departamentos ministeriales |                                       |
| Órgano responsable | Subsecretaría               | Órgano superior o directivo (mín. DG) |

Fuente: Elaboración propia a partir de la normativa e instrumentos interpretativos del PRTR.

En la estructura descrita se pone de manifiesto que, lógicamente, también en el plano subjetivo, tanto en relación con el poder de decisión como con la capacidad de ejecución primordial, el protagonismo en la ejecución del PRTR se atribuye al Estado, en concreto, a su organización central articulada a través de los ministerios. Esta concentración de responsabilidad ha conducido, en la práctica, a algunas demoras en la ejecución del plan y a retrasos en la cumplimentación del sistema COFFEE-MRR. Estos problemas han tratado de mitigarse con posterioridad a través de medidas de desconcentración de las funciones de gestión, que involucran a niveles administrativos inferiores, sin renunciar, eso sí, al control centralizado de los departamentos ministeriales. El resultado es un elevado grado de incertidumbre para los aplicadores jurídicos del PRTR.

Respecto a los subproyectos, son entidades ejecutoras: los departamentos ministeriales que aparezcan específicamente identificados como tales en la descripción de los componentes del PRTR; las entidades del sector público institucional vinculadas o dependientes de los ministerios que aparezcan también citadas en los componentes del PRTR; las consejerías de las comunidades autónomas o división análoga; las entidades locales (art. 3 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local) que tengan asignado un subproyecto, esto es, cuando reciban fondos destinados a la realización de acciones del PRTR, independientemente de la naturaleza del instrumento jurídico empleado; y otros participantes del sector público (anexo I de la Orden 1030/2021, el artículo 3

de la Orden 1031/2021 y la instrucción tercera de la Resolución 1/2022). En el caso de las universidades públicas la Resolución 1/2022 precisa que podrán ser entidad ejecutora cuando tengan atribuidos subproyectos (instrucción tercera.4) –para determinar si tienen atribuido un subproyecto o no, habrá que estar a la definición de subproyecto que se ha apuntado anteriormente–. En las entidades ejecutoras, tanto de proyectos como de subproyectos, el órgano gestor es el responsable de elaborar, firmar y tramitar el informe de gestión del proyecto o del subproyecto y otra documentación relativa al cumplimiento de las actuaciones previstas.

En el anexo I de la Orden 1030/2021 se especifica quién es el órgano gestor de la entidad ejecutora de proyectos o subproyectos en cada nivel territorial cuando exista coste asociado: a) en la AGE: unidad que tiene el presupuesto; en el caso de que el órgano gestor se adscriba a un ministerio o a una entidad del sector público institucional de la AGE, que aparezca expresamente mencionada en los componentes del PRTR, el órgano gestor tendrá el rango mínimo de director general o asimilado, como regla general; podrá ser subdirector general cuando la materia del proyecto se corresponda con el ámbito específico de competencias funcionales de su órgano (instrucción quinta.4 Resolución 1/2022); b) en las Administraciones autonómicas: el órgano que desempeñe funciones análogas a las de subsecretario en la correspondiente consejería o equivalente; c) en las entidades locales: el secretario, el secretario accidental o funcionario interino o cargo que desempeñe dichas funciones análogas (instrucción quinta.8 Resolución 1/2022); y d) en las otras entidades del sector público (como universidades públicas o entidades instrumentales): el cargo con funciones análogas a las de un secretario de Administración local, esto es, quien tenga a su cargo velar por el cumplimiento de la legalidad de la actuación de la entidad.

Entre los órganos responsables de las entidades decisoras de las medidas –departamentos ministeriales– y los órganos gestores de las entidades ejecutoras de proyectos –departamentos ministeriales y entes del sector público institucional dependientes o vinculados a la AGE–, no es necesario que exista dependencia jerárquica u orgánica. Ahora bien, el órgano gestor recibirá indicaciones del órgano responsable de la medida respecto a «cómo encajar el diseño del proyecto en la política pública referida en dicha medida» (instrucción quinta.5 Resolución 1/2022). Se crea, de este modo, una relación administrativa atípica, más parecida a una delegación del ejercicio de la competencia que a una colaboración interadministrativa entre Administraciones con autonomía. Además, la designación de órganos responsables y gestores se realizará conforme al manual del usuario CoFFEE-MRR (pp. 18-19). Llama la atención que el manual de una herramienta informática, que tiene carácter de *soft law*, introduzca criterios que necesariamente deben tener carácter normativo, puesto que innovan el ordenamiento jurídico y determinan el reparto de responsabilidades en el seno de las organizaciones públicas involucradas en la ejecución del PRTR. No pueden perderse de vista las importantes consecuencias que, una vez ejecutado el plan, podrán tener los posibles incumplimientos o deficiencias en la justificación del uso de los fondos.

Tabla 3. Entidades y órganos vinculados a la ejecución del PRTR

|                   |   | EJECUCIÓN |   |                             |             |                                     |
|-------------------|---|-----------|---|-----------------------------|-------------|-------------------------------------|
|                   |   | Proyecto  |   | Subproyecto                 |             |                                     |
| Nivel territorial |   | AGE       | AGE   | CC. AA.                     | EE. LL.     | Otros                               |
| Entidad ejecutora | Departamentos ministeriales                     | SP        | Departamentos ministeriales                     | SP                          | Consejerías | (No se precisa) (No se precisa)     |
| Órgano gestor     | Órgano con rango mín. DG (en algunos casos, SG) |           | Órgano con rango mín. DG (en algunos casos, SG) | Subsecretario o equivalente | Secretario  | Funciones equivalentes a secretario |

**Fuente:** Elaboración propia a partir de la normativa e instrumentos interpretativos del PRTR.

A los conceptos definidos en las órdenes ministeriales –entidad decisora (órgano responsable) y entidad ejecutora (órgano gestor)– se suma la noción de entidad instrumental. La definición aparece en la Resolución 1/2022 al referirse a las entidades del sector público que desarrollan actuaciones en colaboración con entidades ejecutoras del PRTR, tanto de proyectos como de subproyectos (instrucción cuarta). La entidad instrumental se caracteriza como una entidad del sector público que lleva a cabo acciones previstas en el PRTR «bajo la responsabilidad y la dirección de la entidad ejecutora». Su participación en el sistema de gestión de la Orden 1030/2021 se considera «meramente instrumental».

Para ser entidad instrumental se exigen varios requisitos y se imponen distintas obligaciones (instrucción cuarta.3 Resolución 1/2022): a) tener personalidad jurídica propia distinta de la de la entidad ejecutora; b) comprometerse a realizar las acciones asignadas para ayudar a la entidad ejecutora y, en concreto, a cumplir los HyO asignados como parte de la Decisión CID, conforme a sus indicadores de seguimiento, en la forma y plazos previstos «y bajo las directrices de la entidad ejecutora»; c) facilitar a la entidad ejecutora la información de seguimiento que le precise y, en especial, la necesaria para el sistema de información del CoFFEE-MRR; y d) cumplir con los principios transversales del MRR y con los principios de gestión del PRTR con el mismo nivel de exigencia que el requerido para las entidades ejecutoras, incluida la obligación de disponer de un plan de medidas antifraude y de exigir las declaraciones de ausencia de conflicto de interés (DACI) previstas en el anexo IV de la Orden 1030/2021. Además, se prevé que la entidad ejecutora podrá añadir requisitos ulteriores a estos. Todos ellos, tanto los requisitos y obligaciones previstos en la Resolución 1/2022 como los que pueda adicionar la entidad ejecutora, «deberán constar en el instrumento jurídico por el que se transfieran recursos económicos y obligaciones de cumplimiento a la entidad del sector público con participación instrumental en el PRTR» (instrucción cuarta.4 Resolución 1/2022).

Tabla 4. Entidades y órganos vinculados a la ejecución instrumental del PRTR

| Ejecución instrumental   |  |         |             |       |
|--------------------------|--|---------|-------------|-------|
| Subproyecto instrumental |  |         |             |       |
| Nivel territorial        | AGE  | CC. AA. | EE. LL. (1) | Otros |
| Entidad instrumental     | Cualquier entidad instrumental de los diferentes niveles territoriales |         |             |       |

(1) En el Manual de gestión del CoFFEE-MRR parece indicarse que es posible que una entidad local sea entidad instrumental de una consejería autonómica. Sin embargo, no se precisa lo mismo con respecto al Estado, esto es, si una entidad local podría ser entidad instrumental directamente de un departamento ministerial (p. 9). De la configuración de los entes instrumentales prevista en la Resolución 1/2022 podría llegarse a la conclusión de que también el Estado podría tener como entidad instrumental a otras entidades territoriales, en el nivel autonómico o local. No obstante, la existencia de una relación de sujeción de este tipo exige la selección de un instrumento jurídico que permita articularla adecuadamente.

**Fuente:** Elaboración propia a partir de la normativa e instrumentos interpretativos del PRTR.

A la vista de la definición de subproyecto y entidad instrumental, pueden formularse dos observaciones. En primer lugar, la relación de instrumentalidad que se describe es de verdadera sujeción del ente instrumental con respecto a las directrices o instrucciones que pueda dictar la entidad territorial ejecutora. Esta relación, una vez más, no encaja en ninguna de las técnicas de traslados competenciales y relaciones interadministrativas establecidas en la legislación básica estatal. Se crea un tipo de relación administrativa nueva al servicio de la instrumentación del poder de gasto del Estado manifestado a través del PRTR, apoyada en la centralización del poder, muy alejada de las fórmulas de colaboración que caracterizan las corrientes contemporáneas de flexibilización de la organización administrativa (Berger, 2023, p. 44 y ss.). En segundo lugar, a pesar de que el concepto «instrumento jurídico» manejado en la normativa del PRTR es genérico, de manera que cualquiera de ellos podría dar lugar a una relación de instrumentalidad, lo cierto es que cada uno de estos instrumentos jurídicos regulados en el ordenamiento jurídico con carácter general –transferencia de competencias, convenios de colaboración, encargos a medios propios, contratos y subvenciones– tiene sus propias características, dando lugar a diferentes tipos de relaciones jurídicas. Como se expone en seguida, no todos ellos tendrán el mismo grado de idoneidad para establecer un vínculo de instrumentalidad a los efectos de la gestión del PRTR.

## 4. Instrumentos jurídicos para la ejecución del PRTR

La consecución de los HyO programados en el PRTR requiere la utilización de distintas técnicas que faciliten la ejecución de los fondos. Como se ha apuntado, la normativa dictada para la gestión y control del PRTR se refiere a los instrumentos jurídicos en un sentido genérico, como fórmulas que permiten asignar, bien hitos y objetivos, bien recursos eco-

nómicos (instrucción tercera.3, instrucción cuarta.4 y 5, instrucción quinta.7 párr. 2.º de la Resolución 1/2022). Ni en las Órdenes 1030/2021 y 1031/2021, ni en la Resolución 1/2022, se alude a la diversidad de estos instrumentos ni a sus potenciales singularidades jurídicas. Se les da el trato de meros canales para alcanzar los fines del PRTR. Es cierto que el RDL 36/2020 sí identifica los instrumentos jurídicos que podrán emplearse para ejecutar el plan –PERTE (arts. 8-11); transferencias a las comunidades autónomas (art. 44); contratos públicos (arts. 49-58); convenios (arts. 7 y 59); subvenciones (arts. 60-65)–, no obstante, lo hace con la única finalidad de crear reglas especiales con respecto al régimen jurídico general que, en su mayor parte, se aplican solo a la Administración General del Estado, como se ha señalado más arriba. No existe, así, una regulación que aúne las formas jurídicas generales de la actuación administrativa con los nuevos conceptos creados para la gestión y control del PRTR. En la práctica, esto supone que solo sobre la marcha se va conociendo el alcance de la utilización de cada instrumento jurídico.

Seguidamente se examina cada uno de ellos en aras de proponer una sistematización de su utilidad y consecuencias jurídicas. Hay que precisar que no se incluye un análisis específico de los PERTE. Este instrumento no constituye *per se* una fórmula de traslación de objetivos y fondos del PRTR, se trata más bien de una técnica de gobernanza no institucionalizada público-privada (Díez Sastre, 2022, pp. 107 y ss.) que da cobertura al resto de instrumentos jurídicos que verdaderamente canalizan los fondos<sup>9</sup>.

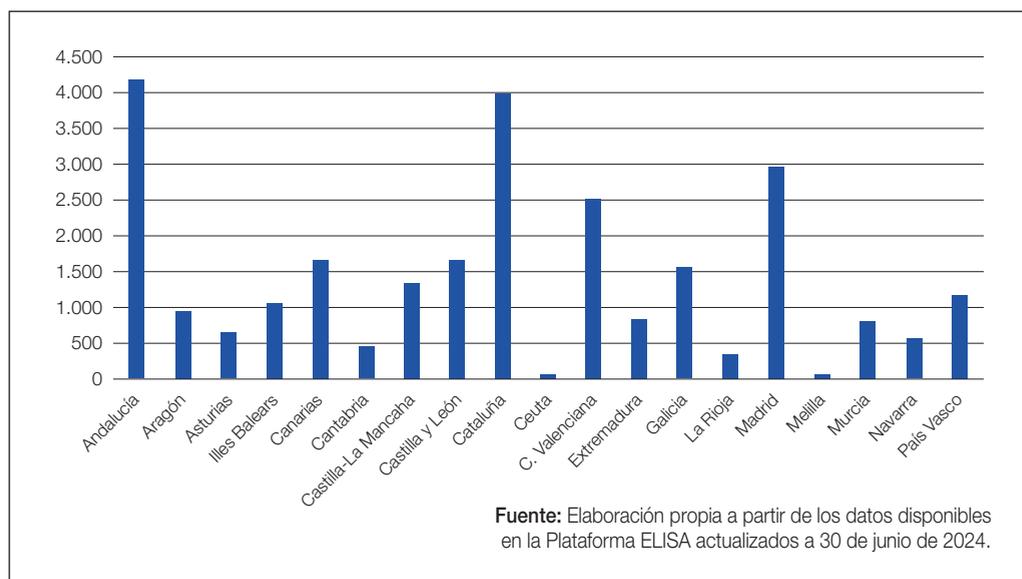
## 4.1. Transferencias de fondos

Hay que recordar que los departamentos ministeriales son las únicas entidades decisoras en la ejecución del PRTR, lo que supone que son las encargadas de distribuir los HyO y los fondos asociados a su consecución, especialmente, a las comunidades autónomas y al resto del sector público. La transferencia de fondos a las comunidades autónomas se produce en el marco de las respectivas conferencias sectoriales, dando lugar a los correspondientes acuerdos o convenios de transferencia (arts. 147 ss. LRJSP) (Tornos Más, 1994, pp. 72 y ss.; Pérez Medina, 2020, pp. 19 y ss.). Se trata de un instrumento jurídico de carácter público-público al que sucederán normalmente otros instrumentos orientados a la consecución de los objetivos establecidos (convenios, contratos, subvenciones, etc.). Las transferencias tienen la virtualidad, así, de constituir subproyectos; sus entidades ejecutoras serán las comunidades autónomas. Conviene precisar que, aunque el RDL 36/2020 crea la Conferencia Sectorial del PRTR como el órgano idóneo para canalizar la participación de las comunidades autónomas en los proyectos (art. 19), las decisiones más importantes relacionadas con la implementación del plan no se adoptan en este órgano de cooperación territorial. En línea con el artículo 44.1 a) del RDL 36/2020, afirma el reglamento de funcionamiento de la Conferencia

<sup>9</sup> Guía básica del PRTR, OIRReSCON, de 21 de abril de 2022, pp. 40 y ss.

Sectorial del PRTR que «no obstante, será objeto de cada conferencia sectorial respectiva el reparto de los créditos que corresponda establecer con las comunidades autónomas según cada ámbito competencial». De manera que la adopción de las decisiones más relevantes para la ejecución del PRTR se lleva a cabo a través de las distintas conferencias sectoriales (Díez Sastre, 2022, pp. 117 y ss.). El Estado aplica, así, lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria (LGP) (Duque Villanueva, 2007, pp. 135-136), relativo a los créditos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado gestionados por las comunidades autónomas. Se entiende que los fondos procedentes de la UE son créditos del Estado que no han sido objeto de transferencia a las comunidades autónomas y que deben distribuirse territorialmente en conferencia sectorial en la medida en que financien sectores, servicios, actividades o materias en las que exista competencia autonómica. En la práctica esto supone que una parte importante de los fondos del PRTR –un total de 26.597 M€– se distribuye en las conferencias sectoriales, como se muestra en el siguiente gráfico:

Gráfico 1. Asignación de fondos del PRTR en conferencia sectorial, por comunidad autónoma y ciudad autónoma [en M€]



En estos acuerdos de conferencias sectoriales se incluye el reparto de fondos entre las comunidades autónomas, los criterios empleados para realizar la distribución, así como los indicadores de cumplimiento de los objetivos CID que se deben aplicar por cada comunidad autónoma. El reparto se lleva a cabo conjugando las exigencias de cumplimiento previstas en la CID –que pueden ser más o menos detalladas en relación con el territorio–, con criterios tradicionales de distribución de fondos en el Estado autonómico –insularidad, dispersión y densidad de la población, PIB, tipo de población (como, por ejemplo, edad o vulnerabilidad) etc.–.

Un ejemplo es la Resolución de 16 de marzo de 2023, de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Igualdad, de 3 de marzo de 2023, por el que se aprueban los criterios de distribución territorial y la distribución resultante para la ejecución de los créditos presupuestarios destinados a la creación de centros de atención integral 24 horas a víctimas de violencia sexual, con cargo al «Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia» (BOE del 20 de marzo de 2023). El objeto de este acuerdo se encuadra en el componente 22, inversión número 4 (C22.I4) «Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de igualdad e inclusión». La medida 327 de la CID indica que en cada provincia y en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla debe crearse un centro de atención integrada a las víctimas de violencia sexual. Con ese criterio se reparte un 76,21 por ciento de los fondos disponibles (13 M€). El resto de los fondos, el 23,79% (algo más de 4 millones) se asigna con base en una combinación de criterios: insularidad, dispersión de la población y volumen de mujeres de 16 años o más.

Ahora bien, en su tarea de fiscalización de la ejecución del PRTR, el Tribunal de Cuentas ha afirmado que existen casos en los «proyectos en los que la distribución de los hitos no se produjo en la conferencia sectorial correspondiente ni está recogida formalmente en los convenios», lo que supone un riesgo en el reconocimiento de las obligaciones asumidas en la ejecución de los subproyectos o actuaciones a realizar por las comunidades autónomas (Informe de Fiscalización de 20 de diciembre de 2023, p. 40). Esta apreciación del Tribunal de Cuentas conduce a la reflexión sobre los distintos escenarios que, con carácter general, podrán surgir una vez que se agote el plazo de ejecución del PRTR y se manifieste el riesgo de auditoría asumido por el Estado, trasladado a nivel interno a las entidades participantes a través del sistema de gestión y control del PRTR descrito anteriormente.

El primer escenario consistirá en un incumplimiento total o parcial de los HyO previstos. Habrá supuestos en los que será fácil identificar al responsable, pero en otros puede entrañar mayor dificultad si los objetivos no se han asignado adecuadamente en su momento. En todo caso habrá que determinar cuál es el régimen jurídico que se proyecta sobre los posibles incumplimientos. Así, sería aplicable el Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por el incumplimiento del derecho de la UE. No puede obviarse que, si un HyO no se ejecuta, en última instancia, se está incumpliendo la CID —que es parte del derecho europeo— (art. 3.3 e). Cada entidad pública responderá por la parte que le sea imputable; por esa razón, es tan importante que quede clara la individualización de los HyO (art. 3.1). En cualquier caso, deberán aplicarse las consecuencias específicas que se prevean para el incumplimiento en los respectivos instrumentos jurídicos (por ejemplo, el reintegro en una subvención).

El segundo escenario podrá consistir en un cumplimiento total de los HyO. Cabe representarse, en principio, tres variantes: a) haber alcanzado los HyO con los fondos transferidos para ello; b) haber ejecutado correctamente los HyO habiendo aportado para ello fondos propios adicionales (de la comunidad autónoma o del ente local, normalmente); o c) haber logrado la consecución de los HyO sin necesidad de destinar todos los fondos asignados a tal efecto.

En el primer caso descrito existe coincidencia entre el gasto realizado y los fondos transferidos. Ello minimiza las potenciales controversias jurídicas debido a la convergencia en el resultado de los dos mecanismos de control del gasto posibles. Estos son, por un lado, el sistema de control del gasto del MRR, de auditoría de resultados (Quirós Castro, 2021, pp. 352 y ss.), basado exclusivamente en el cumplimiento de HyO; y, por otro lado, el sistema del control del gasto –tanto de los fondos europeos clásicos como del derecho interno– que se puede denominar «tradicional», que se articula en torno a un ámbito de elegibilidad del gasto y su justificación en atención a su efectiva ejecución. En cualquier actuación financiada con el PRTR siempre existirá el primer tipo de control, basado en HyO. Su cumplimiento se registrará en el sistema CoFFEE-MRR, con el que, en última instancia, el Reino de España acreditará frente a la UE la correcta ejecución de los fondos. Sin embargo, la existencia del segundo mecanismo de control dependerá de que se prevea específicamente en el instrumento jurídico empleado –por ejemplo, una subvención cuyas bases reguladoras y convocatoria prevean esta forma de justificación del gasto–.

Con independencia de que más adelante se examine esta cuestión en relación con cada instrumento jurídico, en términos generales, el establecimiento de un mecanismo adicional de control del gasto desvirtúa, en algún sentido, la eficacia y eficiencia perseguida por las instituciones europeas en el marco del MRR al optar por un sistema de cumplimiento por HyO, acompañado de un novedoso control de integridad y no causación de daños al medio ambiente (principio *do not significant harm*, DNSH). Además, el coste de gestión adicional puede dificultar la ejecución en plazo del PRTR. Esto no impide que, en algunos casos, la adición de esa capa de control sea necesaria por la naturaleza de la actuación y el gasto asociado, siempre que se justifique adecuadamente.

En el segundo caso señalado, cuando se deben aportar recursos propios para alcanzar los HyO previstos, la entidad pública responsable se ve abocada a vincular fondos propios para evitar el riesgo de incumplimiento. En estos supuestos, cabe pensar que, en principio, tampoco habrá discordancia entre el resultado del control del gasto por HyO y un posible control por gastos elegibles.

Un buen ejemplo al respecto lo ofrecen los pliegos del contrato de la Diputación Foral de Gipúzcoa (expediente 2022/44) del servicio de atención sociojurídica, de intervención socioeducativa y psicosocial de las situaciones de violencia machista y de agresiones sexuales –que finalmente no llegó a adjudicarse por desistimiento de la diputación– (disponibles en la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi). El valor estimado del contrato para un año se cifra en 467.975,88 euros. Sin embargo, en la Resolución de 16 de marzo de 2023, de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género mencionada anteriormente, se prevé un coste mínimo uniforme de 250.000 euros para la puesta en marcha de centros de atención integral 24 horas a víctimas de violencia sexual, que se incrementa con base en los criterios establecidos para la Comunidad Autónoma de Euskadi, pero no de forma suficiente para cubrir el coste del contrato referido.

Por último, hay que atender al tercer supuesto en el que la entidad pública logra alcanzar el hito u objetivo sin necesidad de agotar los fondos del PRTR transferidos a tal efecto. Al respecto, el artículo 37 del RDL 36/2020 prevé que «en caso de no realizarse el gasto o en caso de incumplimiento total o parcial de los objetivos previstos», las entidades del sector público estatal, las comunidades autónomas y entidades locales y sus entidades dependientes deberán reintegrar los fondos recibidos al Tesoro Público de manera total o parcial, en cada caso (apartado 4). La misma consecuencia se aplica a los proyectos gestionados por sujetos privados (apartado 5). Esta regla prevé dos supuestos distintos en los que surge la obligación de reintegro: cuando se incumplen los HyO, lógicamente, siempre deberán devolverse los fondos; pero es que, además, cuando el instrumento jurídico concreto exija la realización de gasto, también surgirá el deber de reintegro en caso de no haberlo efectuado. De esta previsión legal genérica, no se puede inferir que, en todo caso, con independencia del instrumento jurídico concreto, deba llevarse a cabo una devolución de los fondos que no se hayan ejecutado, siempre y cuando, claro está, se hayan cumplido los HyO.

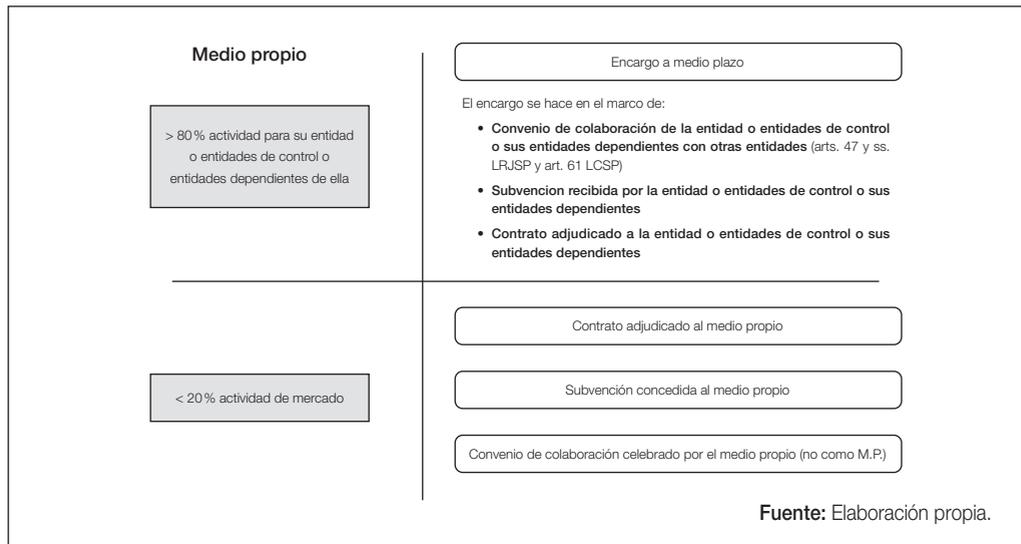
De un análisis general de los instrumentos jurídicos que están canalizando los fondos del PRTR puede concluirse que en España se ha tendido a incluir, junto al cumplimiento de HyO, obligaciones de justificación de gasto efectivo. Es en el caso de las transferencias del Estado a las comunidades autónomas donde, por el volumen de los fondos y el deber de respetar su ámbito competencial, se fijan como criterios de control, únicamente, la consecución de HyO. Para estos casos, el artículo 44.1 b) del RDL 36/2022 establece una regla especial con respecto al artículo 37 de la misma norma. Este precepto regula la ejecución de los créditos que hayan de distribuirse territorialmente a favor de las comunidades autónomas. En concreto, establece variaciones con respecto al régimen general contenido en el artículo 86.2 de la LGP.

A los efectos que aquí interesan, destacan dos cuestiones. La primera es que los potenciales remanentes de fondos no comprometidos de la comunidad autónoma se mantendrán para el destino para el que fueron transferidos y se utilizarán en el siguiente ejercicio, sin descontarse de la cantidad que corresponda transferir a la comunidad autónoma. Por tanto, singularmente, se permite a las comunidades autónomas acumular recursos para la consecución de los HyO del plan. La segunda es que el sobrante solo deberá reintegrarse al Estado si en el presupuesto del ejercicio siguiente se ha suprimido el gasto o la actuación al que corresponde. Estas nociones de gasto y actuación deben interpretarse de forma amplia en el marco de los conceptos de ejecución del PRTR, correspondiéndose con los objetivos o los componentes. Solo de este modo se coloca a las comunidades autónomas en una posición similar a la del Estado con respecto a los fondos del PRTR, en el sentido de que, si cumplen con los HyO, pueden destinar los potenciales fondos remanentes o sobrantes a actuaciones que se alineen con el plan. Una interpretación distinta podría llegar a considerarse contraria el principio de lealtad institucional (SSTC 217/2016; 50/2023), porque supondría que el Estado acapararía todos los posibles remanentes, a pesar de que las comunidades autónomas hubieran ejecutado correctamente los HyO y hubiesen asumido también el riesgo de auditoría. Además, no puede perderse de vista que la ejecución del PRTR conlleva para el ente responsable, en muchas ocasiones, la generación de gasto a medio o largo plazo asociado al HyO. La posibilidad de mantener los fondos remanentes puede contribuir a su financiación.

## 4.2. Encargos a medios propios

Los encargos a medios propios, regulados en los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), aparecen en el RDL 36/2020 como un instrumento jurídico público-público de ejecución del PRTR<sup>10</sup>. En concreto, se establecen reglas con el fin de facilitar su utilización: se elimina la autorización del Consejo de Ministros en el ámbito de la Administración General del Estado (art. 55) y se amplía en el régimen estatal básico la excepción al límite de que el medio propio contrate más del 50 % de las prestaciones parciales del encargo cuando se encarguen servicios informáticos y tecnológicos (D. A. 5.<sup>a</sup> uno)<sup>11</sup>. Las entidades que reúnen la condición de medio propio pueden entrar en contacto con los fondos del plan por dos vías. En primer lugar, en ejecución de las tareas encomendadas por su entidad o entidades de control y las entidades dependientes de estas –que deben suponer más del 80 % de su actividad (art. 32.2.b y 32.4.b LCSP)–. En segundo lugar, en el ámbito de su actividad de mercado –que deberá ser inferior al 20 % de su actividad–. Como se muestra en la siguiente figura, en cada uno de estos casos, el contacto con los fondos puede tener origen en distintos instrumentos jurídicos (convenios de colaboración, subvenciones, contratos) suscritos, bien por la entidad que realiza el encargo, bien directamente por el medio propio.

Figura 2. Posición de un medio propio ante la ejecución del PRTR



<sup>10</sup> También aparecen en la Guía básica del PRTR, de 3 de marzo de 2023, de OIReSCON, pp. 39-40.

<sup>11</sup> En la Comunidad Foral de Navarra, donde no se aplica la LCSP, se ha aprobado una norma similar para los encargos realizados con cargo a los fondos del programa NGEU (art. 11 Decreto-ley Foral 4/2021, de 14 de abril, por el que se aprueban medidas urgentes para la gestión y ejecución de las actuaciones financiadas con fondos europeos provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación).

A los efectos de la gestión y control de los fondos del PRTR, cuando la entidad que realiza el encargo tenga la condición de entidad ejecutora de un subproyecto, el encargo a medio propio podrá articular la creación de un subproyecto instrumental. En ese caso, el medio propio adquiriría la condición de entidad instrumental, según lo dispuesto en la Resolución 1/2022, y deberá designar al órgano responsable. Para ello, en el encargo a medio propio deberá expresarse la transferencia de recursos económicos y la atribución de objetivos en el marco del PRTR, en los términos que se han indicado anteriormente. La propia estructura jurídica del encargo a medio propio, que supone la existencia de una relación de control de una entidad pública con respecto a otra, encaja perfectamente en el concepto de entidad instrumental. Por el contrario, si el encargo a medio propio se realiza con el fin de recabar el apoyo meramente técnico o material, sin conllevar el traslado de la responsabilidad en la ejecución de HyO, no se llegará a crear un subproyecto instrumental y el medio propio deberá responder simplemente frente a la entidad que realiza el encargo, que será la que asuma las obligaciones de ejecución de los fondos del PRTR.

En la práctica, muchos encargos no precisan el alcance de las responsabilidades que se trasladan al medio propio en la ejecución de los HyO del PRTR. Un buen ejemplo, es el encargo realizado el 27 de julio de 2023 por la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación del Govern de les Illes Balears a la Fundació Universitat Empresa de les Illes Balears para el servicio de gestión, soporte y coordinación para la impartición de cursos de formación y la evaluación y acreditación de las personas formadas, referidos al componente 19, inversión 1, Proyecto «Competències digitals transversals- Capacitació digital pera el reto demogràfic» del PRTR (disponible en la Plataforma de Contratación del Sector Público). En este caso, el documento de formalización del encargo no prevé claramente en qué medida el medio propio se constituye como una entidad instrumental autónoma, que asume responsabilidades propias en el marco del PRTR, aunque sí se establece el régimen de tarifas por el que se abonarán los servicios prestados, conforme a lo exigido en la LCSP.

La utilización de los medios propios en el marco del PRTR ha acentuado la controversia sobre el posible carácter excepcional de este instrumento jurídico frente a la contratación pública. Al respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha expresado de forma contundente que «el encargo no es un régimen excepcional, sino una alternativa a la contratación pública» (Resolución 696/2022, FJ 9.º). Sin embargo, es posible encontrar opiniones opuestas (por ejemplo, Guía sobre contratación pública y competencia. Los encargos a medios propios y los convenios, REF. G-2020-01, de 14 de febrero de 2023, de la CNMC; Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2023). La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre la utilización de medios propios. En varios supuestos referidos al apoyo de la empresa pública de ingeniería y consultoría INECO (Ingeniería y Economía del Transporte, SA, empresa dependiente del Ministerio de Transportes) en la tramitación de procedimientos administrativos, no sancionadores<sup>12</sup>, ha entendido que la Ad-

<sup>12</sup> En el caso de procedimientos sancionadores, el Tribunal Supremo llega, lógicamente, a una solución matizada en relación con la participación de medios propios. Así, con respecto al encargo a la em-

ministración puede acudir en determinadas circunstancias extraordinarias a un medio propio que le auxilie en la gestión y tramitación de procedimientos, siempre que el órgano administrativo se reserve el control y la decisión que ponga fin al procedimiento (SSTS 1613/2023, ECLI:ES:TS:2023:1613; 870/2024, ECLI:ES:TS:2024:870; 892/2024, ECLI:ES:TS:2024:892; 3153/2024, ECLI:ES:TS:2024:3153; 3161/2024, ECLI:ES:TS:2024:3161). No procede ahora extenderse sobre esta cuestión, basta constatar el especial protagonismo que han alcanzado los encargos a medios propios por las necesidades de agilidad en la ejecución del plan y, por tanto, la importancia de determinar su posición jurídica.

Desde una perspectiva económica, hay que señalar que el encargo a medio propio opera de forma similar a un contrato. Esto significa que el pago de la tarifa se libera tras comprobar la eficaz ejecución de las tareas encomendadas. Si esto se lleva al plano del PRTR, se observa cómo la sujeción a tarifas, establecida legalmente en España, dificulta la existencia de remanentes en el seno del medio propio; lo que no excluye que sí existan en el ámbito de la entidad que formula el encargo, con las consecuencias que se han analizado anteriormente.

Finalmente, será posible que el medio propio realice actividad de mercado dentro de los límites legalmente establecidos (menos del 20%). En estos supuestos la entidad podrá gestionar directamente fondos del PRTR a través de un convenio de colaboración, una subvención o un contrato. En cada uno de ellos se aplicarán las precisiones que se realizan en los apartados siguientes.

### 4.3. Convenios de colaboración

Los convenios de colaboración regulados en la LRJSP (arts. 47 ss.) son otro de los instrumentos jurídicos utilizados en la ejecución del PRTR –se alude aquí exclusivamente a estos convenios y no a los que instrumentan fórmulas como transferencias, subvenciones o encomiendas de gestión, que se someten al régimen jurídico sustantivo de dichas técnicas–. Los convenios de colaboración pueden celebrarse con entidades del sector público o sujetos privados, en cada caso tendrán un distinto régimen jurídico (art. 6 LCSP). A los efectos de esta investigación solo interesan los celebrados entre entidades del sector público.

Cuando una entidad suscribe un convenio de colaboración con otra u otras entidades, entabla una relación en condiciones de igualdad para la consecución de objetivos comunes, vinculados al interés general. Solo en este caso se darían las condiciones que la legislación de contratos públicos establece para excluir este tipo de convenios de su ámbito de aplicación conforme al derecho europeo (art. 6.1 LCSP, que transpone el art. 12.4 Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública). Si entre las partes no

---

presa pública TRAGSA realizado por la Confederación Hidrográfica del Guadiana, la STS 2812/2020, ECLI:ES:TS:2020:2812.

hubiera una relación de igualdad y no se estableciera un objetivo de interés compartido, el convenio podría llegar a encubrir, normalmente, un contrato público o una subvención –en ambos casos, lo normal será que debieran haberse celebrado previa licitación o procedimiento competitivo, respectivamente, a no ser que se hubieran podido articular como adjudicaciones directas, en el caso de los contratos, o concesiones directas, en el supuesto de las subvenciones, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso– (Moreo Marroig, 2010).

Estas características del convenio de colaboración como instrumento jurídico que articula relaciones interadministrativas en un plano de igualdad lo hacen difícilmente compatible con la atribución de la condición de entidad ejecutora, encargada de un subproyecto, en el marco del PRTR. Esto es así porque la entidad ejecutora actúa «bajo los criterios y directrices» de las entidades decisoras (anexo I Orden 1030/2021), lo que llegaría a desnaturalizar la figura del convenio de colaboración. Esta incompatibilidad se refuerza en el caso de las entidades instrumentales, que incluye la realización de acciones «bajo la responsabilidad y la dirección de la entidad ejecutora» (Instrucción cuarta.1 Resolución 1/2022). Ahora bien, esto no significa que los convenios no sean un instrumento útil para alcanzar objetivos del plan. Una entidad ejecutora podrá suscribir un convenio de colaboración con otras entidades que le ayuden a alcanzar los objetivos que tenga asignados; pero entonces esas entidades estarán obligadas con base en el clausulado del convenio.

Desde una perspectiva económica, es posible que las aportaciones a las que se comprometan una o varias partes del convenio procedan del PRTR. En este caso la entidad que esté ejecutando fondos del plan deberá acreditar frente a la UE la consecución de HyO en el sistema CoFFEE-MRR. A nivel interno, la particular naturaleza de la relación jurídica entablada a través del convenio, no sinalagmática, en condiciones de igualdad (Pascual García, 2016, p. 174), tiene un difícil encaje con la justificación de los fondos en función del gasto efectivamente ejecutado. De este modo, el convenio es un instrumento jurídico idóneo para introducir también a nivel interno un sistema de control del gasto por objetivos, que potencialmente podría generar remanentes a las partes del convenio, si estas lo ejecutan de forma eficaz. Estos fondos sobrantes, si bien no deberían justificarse con base en un sistema de ejecución del gasto, tendrán que destinarse, en última instancia, a los objetivos del PRTR que se alcanzaban a través del convenio.

A pesar de las observaciones realizadas en torno a los convenios de colaboración en el marco del plan, con frecuencia, en la práctica, se configuran de una manera bien distinta. Así, es posible encontrar convenios celebrados entre una Administración y su medio propio para atribuir al medio propio objetivos y fondos del PRTR, convirtiéndolo en una entidad instrumental. En estos casos llama la atención que no se utilice la fórmula de encargo a medio propio que, como se ha visto anteriormente, encaja perfectamente con la creación de entidades instrumentales a los efectos de la gestión y control del PRTR. La técnica del convenio de colaboración, que articula una relación horizontal entre las partes, no se adecúa bien a la relación de sujeción que vincula a la entidad instrumental con la entidad ejecutora. Además, no cabe celebrar un convenio cuando existe una relación de control análogo entre las entidades públicas.

Así sucede en la Resolución de 23 de mayo de 2023, de la Dirección General de Carreteras, por la que se publica el Convenio con la Sociedad Española de Estudios para la Comunicación Fija a través del Estrecho de Gibraltar, SME, SA, para la transferencia de recursos económicos y obligaciones relativas al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia –financiado por la Unión Europea– NextGenerationEU (BOE del 23 de mayo de 2023).

A su vez, a nivel de gasto, también habitualmente se introduce en los convenios de colaboración un sistema de justificación de costes incurridos y la presentación de las correspondientes facturas. Sobre este sistema de control pueden proyectarse las observaciones formuladas más arriba.

Es el caso de la Resolución de 16 de febrero de 2023, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio entre el Instituto de Estudios Fiscales, OA y la Fundación EOI, FSP, para la organización y el desarrollo de la formación en competencias digitales dentro del marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE del 20 de febrero de 2023). Este convenio tiene como fin la formación de un mínimo de 1.118 alumnos de la Agencia Tributaria en competencias digitales, dentro del marco europeo DIGCOM, así como la formación de otros tantos directivos y empleados públicos en liderazgo digital y estrategia y formación en *big data* (cláusula primera). Ese objetivo es parte del componente 19 y la inversión 3 (C19.I3), medida número 292. El sistema de justificación del gasto aparece en la cláusula cuarta, en la que para el desembolso de los fondos se combina el cumplimiento de objetivos materiales (por ejemplo, presentación de memorias de actividades) con justificantes de gastos (como facturas o certificados de costes incurridos).

#### 4.4. Subvenciones

Las subvenciones son, junto a los contratos públicos, uno de los instrumentos jurídicos fundamentales para la realización del PRTR (Malaret i García y Padrós i Castellón, 2021). Podrán tener carácter público-público o público-privado en atención al tipo de beneficiario. Cerca de la mitad de los fondos europeos ejecutados hasta el momento (el 48,96 %, por un valor total de 18.021 M€) se han canalizado a través de este instrumento jurídico regido por la Ley 38/2023, de 17 de noviembre, general de subvenciones (LGS). Las convocatorias se han localizado de forma mayoritaria en la Administración General del Estado y en el sector público institucional estatal –que han adjudicado más de dos tercios de los fondos otorgados por esta vía (12.588 M€)–; las comunidades autónomas han concedido subvenciones por el tercio restante (5.384 M€), dado el papel residual de las entidades locales en este punto (49 M€)<sup>13</sup>. Para agilizar su gestión, el RDL 36/2020 establece algunas reglas especiales (arts. 60-65) (Font i Llovet, 2021).

<sup>13</sup> Se utilizan los datos disponibles en el Observatorio del PRTR de la AIREF actualizados a 30 de junio de 2024.

Por sus características jurídicas, descritas en el artículo 2 de la LGS, las subvenciones son un instrumento jurídico idóneo para articular la creación de subproyectos en el marco del PRTR, obviamente cuando tengan como beneficiarias a las entidades del sector público. A través de las subvenciones se puede producir una transferencia de hasta el 100 % de los fondos para el cumplimiento de objetivos del plan, incluidos objetivos CID. Ahora bien, es el instrumento jurídico –en este caso, la convocatoria–, el que debe precisar las obligaciones en relación con el cumplimiento de objetivos del PRTR y, correlativamente, con la participación en el CoFFEE-MRR. Ello depende de que la entidad ejecutora de un proyecto decida crear un subproyecto o no. A estos efectos, hay que tener en cuenta que, en la práctica, muchas de las convocatorias de subvenciones no trasladan explícitamente HyO a las entidades públicas beneficiarias, planteando dudas sobre la existencia o no de un subproyecto y de las obligaciones relacionadas con el CoFFEE-MRR.

Un ejemplo es la Orden TMA/780/2022, de 21 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas para la realización de cursos de formación para la capacitación digital y sostenibilidad en el ámbito del transporte y la movilidad, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE del 10 de agosto de 2022). En el texto no se atribuye directamente la obligación de cumplimiento de objetivos del plan ni la cumplimentación del CoFFEE-MRR. Únicamente se afirma que «se podrá requerir documentación justificativa complementaria para la justificación del gasto realizado, así como para dar cumplimiento al adecuado sistema de gestión y seguimiento del Plan de Recuperación, informando de lo que sea preciso para alimentar dicho sistema, así como las aplicaciones informáticas o bases de datos que la normativa nacional o europea prevea para la gestión, el seguimiento y control de la financiación y los objetivos». Partiendo de esta previsión, en la Instrucción Técnica para la justificación de las ayudas de 24 de abril de 2024 se introduce la posibilidad de configurar a las entidades públicas beneficiarias como entidades ejecutoras de subproyectos y se establece la obligación de que, en todo caso, reporten el progreso de los indicadores establecidos a través de la herramienta CoFFEE-MRR. Existe, de este modo, un elevado grado de incertidumbre en torno a la posición jurídica de las entidades públicas beneficiarias en el marco del PRTR, que se acaba concretando una vez que se ha producido la resolución de concesión de las subvenciones a través de una instrucción técnica.

Más dudas plantea la posibilidad de crear, de forma generalizada, subproyectos instrumentales por esta vía, dada la relación ancilar que debe predicarse entre la entidad ejecutora y la entidad instrumental. Cuestión distinta es que una entidad ejecutora de una subvención se valga de un medio propio para llevar a cabo las actividades comprometidas, configurándolo como entidad instrumental, como se ha desarrollado más arriba.

En el plano económico, la mayoría de las convocatorias de subvenciones han compaginado el cumplimiento de HyO a justificar en el CoFFEE-MRR –en ocasiones por las entidades públicas beneficiarias– con el sistema de justificación del gasto ejecutado. No se aprovecha el potencial de la legislación interna para reproducir el sistema de control del PRTR y ganar en agilidad y simplificación de trámites. Hay que recordar que el artículo 30.2 de la LGS establece

la posible rendición de la cuenta justificativa, bien mediante justificantes de gastos, bien mediante «cualquier otro documento con validez jurídica que permita acreditar el cumplimiento del objeto de la subvención pública». Así las cosas, bajo el sistema de control basado en el coste incurrido, la entidad pública beneficiaria, que también asume el riesgo de auditoría en el marco del PRTR, no podrá, en ningún caso, obtener ningún remanente, si lleva a cabo una ejecución especialmente eficaz. Eso no es óbice para que la entidad convocante sí pueda conservar remanentes frente a la UE, si acredita el cumplimiento de los HyO concediendo subvenciones y cubriendo sus gastos de gestión por un valor inferior al coste unitario previsto en el PRTR. Lógicamente, si finalmente hubiera remanentes, deberán destinarse a los objetivos del MRR.

Siguiendo con el ejemplo anterior, se observa cómo el Ministerio de Transportes y Movilidad Sostenible ha aprobado la convocatoria de subvenciones de 2022 estableciendo que la intensidad de las ayudas será la menor de tres importes posibles: a) el 100 % de los costes subvencionables de cada edición de la acción formativa; o b) 2.500 euros por alumno formado con éxito en cada edición de la acción formativa; o c) el importe resultante de una fórmula. Esto significa que, como máximo, se otorgarán ayudas de 2.500 euros por cada alumno formado, en la medida en que se pueda justificar dicho gasto. No obstante, en el PRTR (C19.I3), que se remite en este punto al Reglamento Delegado (UE) 2015/2195, que complementa el Reglamento (UE), núm. 1304/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al Fondo Social Europeo, se prevé un coste por alumno de cada acción formativa de 2.772 euros.

## 4.5. Contratos públicos

Los contratos públicos son el otro instrumento jurídico esencial para la ejecución del plan. Hasta el momento se ha canalizado por esta vía más de la mitad de los fondos (el 51 % por un valor total de 18.782 M€); por esa razón, también en el RDL 36/2020 se introdujeron algunas reglas especiales para facilitar su adjudicación (arts. 49-58) (Bernal Blay, 2021). En la celebración de contratos públicos destaca el papel del sector público institucional estatal, que ha adjudicado 8.289 M€<sup>14</sup>. Aunque, a primera vista, este dato podría interpretarse como una huida del derecho administrativo, lo cierto es que, conforme a la legislación de contratos públicos vigente, gran parte de las entidades públicas instrumentales tendrán la condición de poder adjudicador (Chinchilla Marín, 2016, pp. 367 y ss.) y, por tanto, se someterán a un régimen de preparación, adjudicación y, parcialmente, ejecución de los contratos muy similar al de las Administraciones públicas (arts. 3.3, 316-320 LCSP).

Los contratos públicos tendrán carácter público-privado, puesto que, incluso cuando una entidad del sector público sea adjudicataria, lo será en su condición de operador económico en el mercado y no como parte del sector público. Este matiz es relevante a los

<sup>14</sup> Los datos se toman del Observatorio del PRTR de la AIREF actualizados a 30 de junio de 2024.

efectos de la traslación de responsabilidades en el marco del PRTR. Mediante un contrato público se podrán llevar a cabo actuaciones que, total o parcialmente, sean necesarias para dar cumplimiento a objetivos CID –por ejemplo, la construcción de una red de ferrocarril–; pero en ningún caso se podrá trasladar la responsabilidad de cumplimiento de los objetivos del PRTR a los contratistas. Por esa razón, los contratos no son un instrumento idóneo para la creación de un subproyecto o subproyecto instrumental, porque habrá traslación de fondos del plan, pero no de objetivos. En consecuencia, los adjudicatarios nunca asumirán obligaciones en el marco del CoFFEE-MRR. Ahora bien, cada contrato deberá aparecer reflejado en dicho sistema por la entidad que sea ejecutora del proyecto o subproyecto en el marco del cual se celebre el contrato. Asimismo, para facilitar la trazabilidad de los fondos del PRTR, la documentación contractual publicada en las plataformas electrónicas establecidas al efecto (Plataforma de Contratación del Sector Público, PLACSP, o plataformas autonómicas) debería indicar el componente, inversión y medida concreta a la que se vincula el objeto del contrato. En la práctica, sin embargo, es frecuente no encontrar esta información.

Un ejemplo de contrato público financiado en el marco del PRTR es el contrato 52-S-6100 del proyecto de adecuación de varios túneles en la provincia de Cantabria, financiado con el PRTR, adjudicado por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana por un total de 13.135.994,28 euros (IVA incluido) (BOE del 28 de noviembre de 2021). En este caso, la documentación preparatoria y el propio contrato no precisan a qué componente, inversión y objetivo concreto se liga el objeto del contrato.

Por último, en términos de gasto la situación es equivalente a la descrita en el ámbito de las subvenciones. Una licitación eficiente puede suponer un ahorro de fondos del plan para la entidad adjudicadora.

## 5. Conclusiones

El resultado del análisis realizado sobre el derecho del PRTR puede condensarse en torno a tres ejes: identificación de tendencias en curso en el derecho público que han salido reforzadas; decisiones adoptadas a nivel interno frente a los retos planteados en el derecho de la recuperación; y balance de las expectativas creadas en torno a la capacidad transformadora del plan.

Con respecto a las tendencias consolidadas, a nivel normativo ya existía un desplazamiento del legislador en favor del ejecutivo, que ahora da paso a la preponderancia de la Administración. El derecho del plan es, sobre todo, un derecho de rango reglamentario que se sitúa por debajo del real decreto y se construye progresivamente en los ministerios –órdenes ministeriales y reglamentos de órganos directivos (art. 129.4 LPAC)–. La potestad reglamentaria derivada ocupa más espacio que la propia potestad reglamentaria originaria

del Gobierno (art. 97 CE). Este derecho intensamente administrativizado se complementa, además, con una proliferación de instrumentos no normativos. Este fenómeno tampoco es nuevo, pero en este momento el *soft law* incluye previsiones que exceden de su contenido interpretativo no vinculante, llegando a determinar aspectos esenciales de la ejecución del plan, como es la distribución de responsabilidades entre entidades del sector público.

En este proceso, el Estado aparece como protagonista con respecto al resto de niveles territoriales de poder. Esta tendencia tampoco es novedosa. Un rasgo esencial del derecho de las sucesivas crisis superadas en los últimos años es, precisamente, la recentralización de poder en el Estado, que se ha visto respaldada por la jurisprudencia constitucional. Ahora bien, en el derecho de la recuperación encuentra un nuevo factor de legitimación: un nuevo *spending power*, por su magnitud y sus características. En efecto, esta atracción de poder hacia el Estado no nace a nivel estatal, sino que tiene su origen último en las políticas de la Unión. Esto no obsta a que plantee algunos interrogantes desde el punto de vista del respeto hacia el modelo constitucional de descentralización del poder, en concreto, el principio de lealtad institucional. El Estado todavía tiene la oportunidad de hacer partícipes a las comunidades autónomas de este poder de gasto.

En relación con las decisiones adoptadas para hacer frente a los retos del plan, en un plano conceptual, el derecho del PRTR ha introducido con acierto una constelación de nuevos conceptos que construyen, tanto objetiva como subjetivamente, las estructuras de gestión y control de los fondos. Estos conceptos contienen notas definitorias de carácter funcional, al estilo del derecho europeo; sin embargo, su aplicación práctica se fundamenta, en ocasiones, en criterios de carácter orgánico, propios del derecho de la organización administrativa tradicional. De esta manera, cuando los criterios orgánicos no conducen a una solución inequívoca, el operador jurídico debe enfrentarse a un elevado nivel de inseguridad jurídica.

Desde el punto de vista de la organización administrativa, el mapa conceptual creado para distribuir la responsabilidad en la ejecución del plan y asegurar su cumplimiento (a partir de los binomios: proyecto-entidad decisora, subproyecto-entidad ejecutora y subproyecto instrumental-entidad instrumental) da lugar a nuevas relaciones interadministrativas, cercanas a una relación de jerarquía. Se alejan, así, de las fórmulas colaborativas propias de la organización administrativa contemporánea. Detrás de estas estructuras se esconde una de las manifestaciones más extremas de este nuevo poder de gasto del Estado, que condiciona el ejercicio de competencias de otros niveles territoriales.

En cuanto a las fórmulas jurídicas empleadas para la ejecución del PRTR, el concepto funcional de «instrumento jurídico» que permite la atribución de objetivos y fondos a otras entidades del sector público denota cierta indiferenciación y desinterés por las particularidades que se derivan de las distintas formas jurídicas de la actuación administrativa. Como se ha analizado a lo largo del estudio, no todos los instrumentos jurídicos permiten alcanzar los mismos resultados en la articulación de las relaciones interadministrativas necesarias

para realizar el plan ni en la optimización de los sistemas de ejecución del gasto. A veces, se echa en falta una reflexión, que probablemente no se ha podido realizar por la brevedad de los plazos marcados, sobre qué fórmula jurídica es la más idónea en cada caso. No obstante, uno de los resultados positivos de esta situación es la normalización de determinadas formas de actuación administrativa, que van más allá de la subvención y del contrato público y que habían quedado preteridas en favor de estas; es el caso de los convenios de colaboración y de los encargos a medios propios. La magnitud del plan exacerba la necesidad de maximizar los recursos disponibles en el seno del sector público.

Por último, hay que referirse a las expectativas suscitadas en torno al plan. La aprobación del PRTR trajo consigo el desiderátum de acometer reformas para agilizar y simplificar la actuación del sector público, acabando con obstáculos y cuellos de botella. Sin embargo, la creación de las normas especiales descritas, que deben aplicarse simultáneamente junto a las normas generales, ha supuesto un elevado coste de transición en las organizaciones públicas. A ello se suma la inseguridad jurídica a la que se ha aludido con anterioridad. Esta experiencia debe servir de aprendizaje para abordar futuras situaciones similares.

Una de las máximas expresiones de la aspiración a la mayor eficacia de la actuación pública era el cambio de paradigma en el control del gasto, que permitiera dar cumplimiento a los esquivos criterios de eficiencia y economía (art. 31 CE). El análisis detallado de la ejecución del PRTR constata, sin embargo, la dificultad de cambiar la inercia tendente a considerar que solo los clásicos mecanismos de control del gasto, basados en su ejecución y justificación, evitan desviaciones en el uso de los fondos públicos. De ahí la superposición constante de este sistema de control y el diseñado en el plano europeo basado en controles de integridad y no causación de daños al medio ambiente y, en última instancia, del cumplimiento de hitos y objetivos. Por ello, puede ser fructífero evaluar si el marco normativo nacional puede ser lo suficientemente flexible como para introducir un modelo homólogo, siempre que la naturaleza de la actuación y del gasto lo permitan.

Más allá de las expectativas, no puede olvidarse que el PRTR tiene como finalidad última la transformación de los Estados miembros en torno a los pilares del MRR. Por tanto, además del cumplimiento de los hitos y objetivos, es decir, de los avances en la ejecución del plan, lo determinante será el rendimiento alcanzado por las actuaciones y los gastos acometidos.

## Referencias bibliográficas

- Armstrong, K. A. (2013). The New Governance of EU Fiscal Discipline. *European Law Review*, 5, 601-617.
- Azoulai, L. (2012). The Europeanisation of Legal Concepts. En U. Neergaard y R. Nielsen (Eds.), *European Legal Method - in a Multi-Level EU Legal Order* - (pp. 165-182). Djøf Forlag.
- Baño León, J. M. (2021). La ejecución del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia: ley especial coyuntural versus reforma general regulatoria. *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 7.
- Barczack, T. (2023). Der Einfluss der Pandemie auf die Handlungsformen des Verwaltungsrechts. En H. Hill y V. Mede (Eds.), *Herausforderungen für das Verwaltungsrecht* (pp. 177-201). Duncker & Humblot.
- Bekker, S. (2021). The EU's Recovery and Resilience Facility: A Next Phase in EU Socioeconomic Governance? *Politics and Governance*, 9(3), 175-185.
- Berger, A. (2023). Flexibilisierung der Organisation. En H. Hill y V. Mede (Eds.), *Herausforderungen für das Verwaltungsrecht* (pp. 39-49). Duncker & Humblot.
- Bernal Blay, M. Á. (2021). La gestión contractual de los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia: Ideas para diseñar y controlar mejor la ejecución de los contratos. *Revista Aragonesa de Administración Pública* (núm. extraordinario 20: Fondos Europeos para la Recuperación, Transformación y Resiliencia: Ejecución y auditoría, pp. 217-245).
- Caicedo Camacho, N. (2016). La utilización del poder subvencional del Estado en el marco de la asistencia social. *Revista Vasca de Administración Pública*, 105, 355-398.
- Carrera Hernández, F. J. (2020). Del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) al nuevo Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR): ¿Ha sido necesaria una pandemia para reforzar la solidaridad financiera en la Unión Europea? *Revista Española de Derecho Europeo*, 75, 9-53.
- Castejón González, J. y Font Miret, J. (2021). El sistema de gestión y control del MRR: *Revista Española de Control Externo*, 69, 10-25.
- Chinchilla Marín, C. (2016). El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 200, 361-383.
- Citi, M. y Porte, C. de la (2022). NGEU and Vaccines Strategy in the Wake of the COVID-19 Pandemic Outgrowing the Regulatory State. *JMCS: Journal of Common Market Studies*, 10.1111/jcms.13414.
- Díez Sastre, S. (2018). *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*. Marcial Pons.
- Díez Sastre, S. (2022). El diseño y la gobernanza del plan de recuperación, transformación y resiliencia en clave territorial. En *Informe Comunidades Autónomas 2021* (pp. 91-126).
- Duque Villanueva, J. C. (2007). Las conferencias sectoriales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 79, 113-153.
- Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J. M. (2023). Los encargos a medios propios: ¿recurso ordinario o excepcional? *Revista General de Derecho Administrativo*, 61.
- Fisicaro, M. (2022). Beyond the Rule of Law Conditionality: Exploiting the EU Spending Power to Foster the Union's Values. *European Papers*, 7(2), 697-719.
- Font i Llovet, T. (2021). El régimen de las subvenciones y los fondos europeos para la

- recuperación. *Cuadernos de Derecho Local*, 55, 115-142.
- Garrard, G. (2022). *The Return of the State. And Why it is Essential for our Health, Wealth and Happiness*. Yale University Press.
- Gimeno Feliú, J. M. (2022). Los fondos Next Generation: su aplicación en España desde la perspectiva del sistema de distribución territorial. En *Informe Comunidades Autónomas 2021* (pp. 59-90). Instituto de Derecho Público.
- Leino-Sandberg, P. y Ruffert, M. (2022). Next Generation and its Constitutional Ramifications: a Critical Assessment. *Common Market Law Review*, 59, 433-472.
- Malaret i García, E. y Padrós i Castellón, X. (2021). La colaboración público-privada en el proceso de ejecución de los planes financiados con fondos NextGenerationEU: más allá de la tradicional distinción entre formas organizativas y formas contractuales, la especial relevancia de las subvenciones. *Revista Catalana de Dret Públic*, 63, 39-60.
- Marco Peñas, E. (2021). Derecho «en» y «tras» la pandemia. Los mecanismos de apoyo de la UE para hacer frente a la crisis de la COVID-19: el alcance de la solidaridad entre los Estados miembros de la UE. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1 (extra), 353-371.
- Minervini, V. (2022). Il ritorno dell Stato salvatore. Nuovi paradigmi (post Covid) nel rapporto fra Stato e mercato? *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 471-506.
- Moreo Marroig, T. (2010). Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio. *Auditoría Pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, 50, 75-86.
- Panasci, M. A. (2024). Unravelling Next Generation EU as a Transformative Moment: From Market Integration to Redistribution. *Common Market Law Review*, 61, 13-54.
- Pascual García, J. (2016). La regulación de los convenios administrativos en la ley de régimen jurídico del sector público. *Revista Española de Control Externo*, XVIII(54), 157-186.
- Patrin, M. (2023). Governance by Funding. NGEU, Solidarity and the EU Institutional Balance. *Rebuild Working Paper*, pp. 1-23.
- Pazos Vidal, S. (2020). El Plan de Recuperación de la UE. Oportunidades para las Administraciones locales. *Anuario de Derecho Municipal*. Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid, 14, 49-87.
- Pérez Medina, J. M. (2020). Dinámica de las conferencias sectoriales. Entre la intergubernamentalidad y la cooperación administrativa. *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 30, 17-64.
- Potteau, A. (2020). Le Budget de l'UE à la croisée des chemins. Une crise sanitaire puis économique révélatrice et inspiratrice. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 3, 567-592.
- Quirós Castro, C. (2021). La (tan) necesaria auditoría de resultados en el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. *Revista Aragonesa de Administración Pública* (núm. extraordinario 20: Fondos Europeos para la Recuperación, Transformación y Resiliencia: Ejecución y auditoría, pp. 347-367).
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2021). *Sistema de fuentes del Derecho administrativo. La dirección de la Administración a través del Derecho*. Marcial Pons.
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2022). Una escala de la planificación en atención a la función directiva de los planes. El ejemplo de los planes contra la despoblación. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 6, 7-49.

- Ruthardt, M. (2020). Quelques réflexions autour des corona bonds et leurs enjeux juridiques. *Revue de l'Union Européenne (RUE)*, 639, 341-348.
- Salvador Armendáriz, M.<sup>a</sup> A. (2021). El reto de las administraciones españolas para gestionar los fondos europeos para la recuperación: análisis de urgencia de las reformas iniciadas. *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, 55, 52-87.
- Santamaría Pastor, J. A. (2020). El confuso mundo de las habilitaciones reglamentarias. *Revista de las Cortes Generales*, 108, 105-130.
- Sarmiento, D. (2008). *El Soft Law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Civitas.
- Serrano Chamizo, J. (2022). Los instrumentos de colaboración público-privada para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. En J. Pintos Santiago (Dir.), *El nuevo instrumento Next Generation EU* (pp. 225-247). Aranzadi, Thomson Reuters.
- Tornos Más, J. (1994). Las Conferencias sectoriales. *Documentación Administrativa*, 240, 71-91.
- Velasco Caballero, F. (2021). Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos Next Generation EU a las entidades locales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 16, 33-52.

**Silvia Díez Sastre.** Profesora titular (acreditada como catedrática) de Derecho Administrativo en la Universidad Autónoma de Madrid, es investigadora del Instituto de Derecho Local y miembro del Consejo de Dirección del Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa. Es becaria de la Fundación Alexander-von-Humboldt del Gobierno alemán. Ha realizado diversas estancias de investigación en universidades de Alemania y Canadá. Su actividad investigadora y de transferencia se centra en el derecho de la contratación pública y de la organización administrativa, el derecho local, la justicia administrativa y la metodología jurídica. Sobre estos temas ha elaborado numerosas publicaciones académicas y ha realizado tareas de asesoramiento para diversas entidades del sector público. <https://orcid.org/0000-0002-3101-0469>

**Ester Marco Peñas.** Profesora contratada doctora de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Autónoma de Madrid, doctora en Derecho Financiero y Tributario por la Universitat Pompeu Fabra. Sus principales líneas de investigación son estabilidad presupuestaria, aplicación del Sistema Europeo de Cuentas (SEC), control del gasto y financiación de servicios públicos esenciales. Ha publicado varios trabajos sobre estas materias, entre los que destaca su tesis doctoral (*El concepto europeo de deuda pública*), que obtuvo la mención especial del Congreso de los Diputados. Ha llevado a cabo estancias de investigación en IBFD, Max Planck Institute Munich, Université de Strasbourg, London School of Economics and Political Science, Western University Canada; y ha sido *visiting scholar* de la Johns Hopkins University. <https://orcid.org/0000-0002-7066-1395>



# El riesgo operacional como factor diferenciador del contrato de concesión de servicios

**José Enrique Candela Talavero**

*Doctor en Derecho*

*Secretario de Administración local (España)*

[joseenriquecandela@hotmail.com](mailto:joseenriquecandela@hotmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-5894-7833>

## Extracto

En la contratación pública el licitador adjudicatario asume, al ejecutar el contrato, un riesgo y ventura. Cuando estamos ante prestaciones de contratos en las que existe una transferencia del riesgo estamos en un contrato de concesión de servicios, de forma que aquel soporta tanto el riesgo como la ventura derivada de la evolución y éxito del mismo. Es necesario diferenciar este tipo de otros, como el servicio o la concesión demanial, así como aplicar la normativa sobre la concesión que regula la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión junto a la jurisprudencia europea.

**Palabras clave:** concesión; riesgo; contrato; equilibrio.

Recibido: 27-06-2023 / Aceptado: 28-08-2023 / Publicado (en avance *online*): 18-09-2024

**Cómo citar:** Candela Talavero, J. E. (2024). El riesgo operacional como factor diferenciador del contrato de concesión de servicios. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 285, 79-100. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22425>



# The operational risk as a differentiating factor of the service concession arrangement

José Enrique Candela Talavero

## Abstract

In public procurement, the successful bidder assumes risk and fortune when executing the contract. When we are dealing with contract services in which there is a transfer of risk, we are in a service concession contract, so that he bears both the risk and the fortune derived from its evolution and success. It is necessary to differentiate this type from others such as service or general concession as well as apply the regulations on the concession that govern Directive 2014/23/EU, of the European Parliament and of the Council, of February 26, 2014, relating to the award of concession contracts together with European jurisprudence.

**Keywords:** concession; risk; contract; balance.

Received: 27-06-2023 / Accepted: 28-08-2023 / Published (online preview): 18-09-2024

**Citation:** Candela Talavero, J. E. (2024). El riesgo operacional como factor diferenciador del contrato de concesión de servicios. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 285, 79-100. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22425>



## Sumario

1. Introducción
  2. Regulación europea y nacional
  3. Características del riesgo operacional
    - 3.1. Interpretación
    - 3.2. Extensión y alcance
    - 3.3. Equilibrio económico del contrato
    - 3.4. El riesgo y ventura
  4. Diferencia con figuras afines: la concesión demanial
    - 4.1. Servicio de bar-cafetería en instalaciones o edificios públicos
    - 4.2. El criterio diferenciador: La finalidad pública o interés privado en la explotación de un negocio o actividad
    - 4.3. Criterio del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía: bar-cafetería y máquinas expendedoras de alimentos y bebidas en un hospital público o el contrato de gestión de un tanatorio
    - 4.4. La opción del contrato administrativo especial
  5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

Una de las facultades discrecionales que tiene la Administración cuando decide tramitar y prestar un determinado servicio público es el tipo de contrato que se adapta a sus necesidades y según las prestaciones y contenido de ese contrato, de forma que determinará el objeto del contrato como una facultad del órgano de contratación, que es a quien compete concretar las prestaciones exigibles en función del interés público que se pretende atender a través de la contratación (Resolución núm. 1114/2018, de 30 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC–).

Podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares, como se deduce del artículo 284.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

A esto se le suma, como se deduce del artículo 15.2 de la LCSP, que este derecho de explotación de los servicios implicará necesariamente, como nota identificativa del mismo, la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior. Precepto que para el contrato de concesión de obras implica que:

4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdénable (art. 14.4 LCSP).

Previsión que no olvida en ningún caso el carácter oneroso del contrato público (art. 2.1 LCSP) cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en

el artículo 3 de la LCSP y que se presenta cuando «el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta». Esta característica se tuvo presente en el FD 67.º de la STJUE de 14 de julio de 2022, asunto C-436/20, en tanto que

el carácter oneroso de un contrato público supone que cada una de las partes se obliga a realizar una prestación en contrapartida de otra prestación, sin excluir, no obstante, que la contrapartida del poder adjudicador consista únicamente en el reembolso de los gastos soportados por prestar el servicio pactado (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de septiembre de 2020, Tax-Fin-Lex, C-367/19, EU:C:2020:685, apartados 25 y 26 y jurisprudencia citada). Por tanto, un contrato no puede quedar excluido del concepto de «contrato público de servicios» por el solo hecho de que, como parece ocurrir en el caso de autos, la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio (sentencia de 28 de enero de 2016, CASTA y otros, C-50/14, EU:C:2016:56, apartado 52).

## 2. Regulación europea y nacional

Para conocer la regulación del contrato de concesión a nivel comunitario y adentrarnos en sus notas propias es preciso comenzar con la mención al mismo que ofrece la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. En su considerando 11 prevé que

las concesiones son contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago. Estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios.

y en el 17, que esta directiva

no debe aplicarse a los contratos que no conlleven pagos al contratista y en los que este reciba su retribución de acuerdo con tarifas reglamentadas calculadas de manera que cubran la totalidad de los costes e inversiones que este haya soportado para prestar el servicio.

Para fijar una nota que la define el considerando 18 acude al riesgo operacional. En concreto para aclarar la definición de «concesión», lo hace sobre el concepto de riesgo operacional. De esto resulta su característica principal como es que

el derecho de explotar las obras o los servicios implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviasa al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios.

De esta forma que en su considerando 20:

Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario.

A nivel interno la LCSP, en la delimitación de los tipos contractuales, define en su artículo 15 el contrato de concesión de servicios como

aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

y añade la importante puntualización que supone que esta explotación por el concesionario de los servicios lleva consigo que se le transfiere el riesgo operacional.

Esto obliga a señalar el apartado cuarto del artículo 14 de la LCSP, que reconoce que

el derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Y en su desarrollo el artículo 285.1 b) y c) de la LCSP obliga a que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas deberán hacer referencia a las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijar las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. También deben regular la distribución de riesgos entre las partes, Administración y concesionario, según las características particulares del servicio. Esto no obstante, el riesgo operacional le corresponderá al contratista.

### 3. Características del riesgo operacional

#### 3.1. Interpretación

Para delimitar la interpretación del riesgo operacional conviene acudir al criterio que se deduce de la Resolución núm. 984/2021, de 17 de agosto del TACRC, para diferenciar el contrato de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión de servicios, de forma que si hay asunción del riesgo de explotación por el concesionario, estaremos ante una concesión de servicios. Muy elocuente en este sentido se mostró el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía al estimar y compartir

con el órgano de contratación su defensa frente al alegato de la recurrente de que la fuente de ingresos predominante debería haber sido el «ingreso por kilómetro realizado» y no el «ingreso por viajero», pues como muy bien indica el informe al recurso ello desnaturaliza el contrato de concesión de servicios, convirtiéndolo al no existir riesgo operacional en una prestación de servicios (Resolución núm. 103/2021, de 25 de marzo).

Riesgo en la concesión que debe estar siempre presente para no confundir o calificar erróneamente el tipo contractual y estar ante un contrato de servicio.

Admitido que la Administración reconozca ayudas o subvenciones en el mismo, debe hacerse de forma que no se elimine el mencionado riesgo y por tanto se mantenga la asunción del riesgo por el concesionario. Así se deduce del informe núm. 106/18 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCAE) referido a la posibilidad de otorgamiento de subvenciones para compensar posibles pérdidas y habilitar

que en el contrato de concesión de servicios la Administración contratante acuerde conceder aportaciones, ayudas o subvenciones a la explotación del servicio con el fin de garantizar su viabilidad económica, pero ello debe hacerse en términos tales que se mantenga la asunción del riesgo por el concesionario.

Conclusión que debe hacerse extensiva a cualquier tipo de compensación económica dispensada por la Administración contratante, y que rompería por completo el núcleo económico de un contrato calificado de concesión. De manera que no se anulen el riesgo inherente a este sistema de retribución, como ocurrió en el caso resuelto por la STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto Norma-A y Dekom, C-348/10, al recalificar una concesión de servicios de transporte en contrato de servicios, pues se acreditó que la Administración compensó económicamente al contratista en caso de existencias de pérdidas por falta de usuario. No olvidar la diferencia jurisprudencial entre ambas figuras puesto que

de la comparación de estas definiciones se desprende que una concesión de servicios se diferencia de un contrato público por la adjudicación al concesionario del derecho, acompañado eventualmente de un precio, a explotar los servicios objeto de la concesión, disponiendo el concesionario, en el marco del contrato celebrado, de cierta libertad económica para determinar las condiciones de explotación de los servicios que se le conceden y por asumir, en paralelo, el riesgo vinculado a operar dichos servicios (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 2016, Promoimpresa y otros, C-458/14 y C-67/15, EU:C:2016:558, apartado 46) (STJUE 10 de noviembre de 2022, asunto C-486/21, Sharengo).

### 3.2. Extensión y alcance

Para su delimitación, el artículo 284.2 de la LCSP fija su ámbito de forma que

antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance

de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

Previsión del carácter económico que supone atender a las prestaciones económicas, denominadas tarifas con naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario (disp. adic. cuadragésima tercera LCSP) y al canon o participación. Para ello, el artículo 289.1 y 3 de la LCSP prevé que

el concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración [...] [y] si así lo hubiera establecido el pliego de cláusulas administrativas particulares, el concesionario abonará a la Administración concedente un canon o participación, que se determinará y abonará en la forma y condiciones previstas en el citado pliego y en la restante documentación contractual.

Contraprestaciones económicas cuya naturaleza jurídica, en atención al artículo 31.3 de la CE, de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario lo es cuando se exijan coactivamente. Así lo reconoció la JCCAIE en su expediente núm. 53/18 en los pagos derivados del contrato de servicios con prestaciones directas a favor de la ciudadanía (JCCA de Aragón de 28 de marzo de 2023). Especificando esta disposición adicional cuadragésima tercera que tienen esa consideración «aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, mediante sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de derecho privado».

Estamos ante una concesión de servicios por el hecho de que los pagos al prestador provinieran directamente de los usuarios o beneficiarios de la prestación del servicio, generando con ello un riesgo para el contratista (STJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, asunto C-458/03). Ya desde la STJUE de 18 de noviembre de 2004, Comisión c. República Federal de Alemania, asunto C-126/03, se consideró irrelevante a efectos de la sujeción a las directivas de contratación (las concesiones estaban excluidas) que el contrato cumpla una función de interés general, y calificó como contrato de servicios un contrato cuyo objeto era el transporte de residuos. Continuó la STJUE de 10 de noviembre de 2011, Norma-A SIA, asunto C-348/10, apartados 48 y 49, cuando señaló, con cita expresa de la anterior, que «el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado» (citadas en el Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

Para concluir este informe de Aragón, siguiendo el informe núm. 25/2012, de 20 de noviembre de 2012 de la JCCAIE, para la gestión de bares existirá «la exigencia de que el adjudicatario soporte una parte significativa del riesgo de exposición a las incertidumbres del

mercado o «riesgo operacional», como criterio para la calificación del contrato como concesión de servicio». Existirá riesgo de demanda, puesto que

la utilización del servicio de bar cafetería no es obligatorio para los usuarios de las instalaciones, ni las instalaciones de la piscina como tales tienen un número garantizado de usuarios y existen unos mínimos e inevitables gastos de personal. Muy probablemente, como es usual en este tipo de contratos, existirán unos servicios mínimos de oferta de menú y otros productos de cafetería a ofrecer obligatoriamente a precios determinados, horarios predeterminados, con riesgo de impagos de los usuarios. En consecuencia, no están garantizados ni siquiera los ingresos suficientes para el pago del canon, pudiendo producirse pérdidas y sin que el adjudicatario pueda renunciar a la prestación del servicio, que estará obligado a realizar en las condiciones establecidas durante el tiempo de vigencia del contrato, por lo que puede afirmarse que hay transferencia de riesgo operacional al contratista.

### 3.3. Equilibrio económico del contrato

El riesgo operacional en el contrato de concesión de servicio y el equilibrio de todo contrato son los dos factores capitales en la ejecución y resolución favorable a la ejecución del contrato.

Así se deduce del informe núm. 3/2022 de la JCCA de Madrid «Reequilibrio económico financiero en contratos de concesión de servicios sanitarios, a causa de la situación creada por el COVID-19» y del JCCP de Navarra para el que «Informe 5/2022. Incremento de costes y el riesgo imprevisible en los contratos de concesión». Incremento de precios de determinados materiales o recursos necesarios para la ejecución de los contratos de concesión que supone analizar si se producen causa suficiente para un restablecimiento del equilibrio económico. No obstante se trata de una

circunstancia ha de ser valorada caso por caso, atendiendo a las circunstancias propias de cada contrato, que deberán ser adecuadamente probadas en el expediente administrativo, teniendo en consideración el conjunto de la economía del contrato y la necesidad de que su quiebra sea sustancial. El derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato es una excepción a la regla general del riesgo y ventura, por lo que su aplicación debe ser restrictiva, en la comprensión de que no puede convertirse en una garantía ordinaria que cubra los todos los riesgos propios de la concesión, de la que no se puede olvidar, el «riesgo operacional» es una nota sustantiva.

Al respecto es reciente la postura de la Junta Consultiva de Andalucía, que en su informe núm. 6/2024, de 14 de marzo, estudió la opción de compensar a contratistas en caso de un aumento de costes durante la ejecución del contrato que se generasen por una subida salarial pactada en convenio colectivo.

La conclusión fue la posible indemnización a la empresa al tener presente la figura del riesgo imprevisible unido a la del *rebus sic stantibus* como forma para el reequilibrio y al ser una subida imprevista. En todo caso, la decisión que al respecto tenga que adoptar el órgano de contratación se tomaría una vez acreditado y comprobada la existencia de la circunstancia para que efectivamente estemos ante un hecho imprevisto. Decisión que, debido a su alto grado de arbitrariedad, permite a esta junta consultiva instar al legislador a reformar normativas para fijar criterios objetivos ante eventos imprevistos y en su caso adoptar medidas que reequilibren el contrato. Además del contenido del artículo 197 de la LCSP.

En este informe se hace referencia a la STS 1868/2018, de 20 de julio, que manifiesta que

en lo que concierne a las alteraciones de la economía del contrato, la expresa aplicabilidad del principio de riesgo y ventura hace que el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depara la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución.

Eso sí,

las posibles compensaciones económicas al contratista deben interpretarse y atemperarse, de manera que «la compensación debida al concesionario debe ir dirigida al mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes, de tal modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que la haga ineficaz para impedir la ruina de la concesión, ni sea tan excesiva que desplace el riesgo normal de la empresa a la Administración concedente, imponiendo a esta en favor del concesionario, un auténtico seguro de beneficios mínimos o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos [...]» (STS de 14 de marzo de 1985) (Noguera de la Muela, 2023, pp. 239-240).

Reparto y asunción de riesgos, según la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, de forma proporcional y sustancial por el concesionario «determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación» y que en el caso de las autopistas se puede comprobar que

condiciona muy significativamente el funcionamiento práctico del mercado concesional. Así, por ejemplo, una excesiva o inadecuada asignación de los mismos puede producir un efecto desincentivador de la participación de las empresas en los procedimientos contractuales y, por el contrario, si la Administración está dispuesta a asumir cualquier pérdida potencial derivada de la explotación de la obra o del servicio, los contratistas carecerán del conveniente estímulo en su gestión empresarial.

Pero las cosas se complican cuando a dichas reglas se le añaden otras circunstancias exógenas al riesgo empresarial normal (como es el caso, muy conocido

por lo demás, de la sobrevaloración de los costes expropiatorios de los terrenos destinados a infraestructuras de transportes) y, además, todo ello se produce en el marco de un mercado convulso donde las posiciones de oferta y de demanda se extreman por efecto de la actual crisis económica (Lazo Vitoria, 2013, p. 154).

En este sentido, y en relación con este servicio público, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 1719/2023, de 18 de diciembre, y 1775/2023, de 21 de diciembre) (Blanco López, 2024; Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2024) resolvió como no indemnizables daños solicitados por una concesionaria de autopistas por daños sufridos en pérdidas de ingresos provocados por la pandemia. Recordó en su FD 6.º:

no se puede confundir la «imposibilidad» con la dificultad de ejecutar un contrato, máxime en este tipo de contratos en los que la duración de la concesión se prolonga durante años y el periodo tomado en consideración queda reducido a unos pocos meses, pues el equilibrio ha de ser valorado en el conjunto de la prestación, lo contrario implicaría que la Administración tendría que asegurar al concesionario frente a toda contingencia que alterara los términos de su prestación. Ya en la sentencia de este tribunal de 19 de julio de 2022 (rec. 55/2021) afirmábamos que «esta delimitación conceptual referida al margen bruto de explotación como requisito esencial para el reconocimiento del derecho al reequilibrio económico, introducida en el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, no se revela contraria a los principios que rigen la contratación pública, y particularmente las concesiones de autopistas, de inmutabilidad, que comporta que el contrato de concesión debe cumplirse de acuerdo con sus cláusulas, de riesgo y ventura, que determina que la frustración de las expectativas económicas asumidas por el concesionario no le autoriza para librarse de sus obligaciones, y de equivalencia, que supone que el contrato de concesión debe mantener el equilibrio económico en los términos en que fue considerado en el momento de su adjudicación, que, sin embargo, no autoriza a mantener el criterio de que cualquier alteración que se produzca en la ejecución de las prestaciones da derecho a restablecerlo, tal como se desprende de la doctrina del Consejo de Estado y de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

### 3.4. El riesgo y ventura

En todo caso, no es el riesgo y ventura un absoluto. Así ha sido reconocido por las altas instancias, como la Abogacía General del Estado, en su informe de 1 de febrero de 2019, y se comprueba también que el

Informe núm. 38/20 de la JCCPE, con cita de la Sentencia de 20 de julio de 2016 del Tribunal Supremo, dispone que el riesgo y ventura comprende un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato que significa que «la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir

el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación».

No obstante, el riesgo y ventura del contratista no es un principio absoluto, ya que, tanto nuestro Ordenamiento Jurídico como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado excepciones a la aleatoriedad de los contratos públicos que permiten el reequilibrio económico del contrato cuando se haya producido una ruptura por causas imputables a la Administración (*jus variandi* o *factum principis*) o por hechos que sobrepasan de la normal «alea» del contrato por tratarse de casos de fuerza mayor o riesgo imprevisible (Carrillo Donaire *et al.* 2023, p. 212).

Por otra parte, estudia la aplicación de la doctrina del «riesgo imprevisible», enlazada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, teniendo en cuenta la sentencia de 18 de abril 2008 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, que indicó que:

la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse.

Pues bien, el Consejo Consultivo de Andalucía ha tenido en cuenta la previsión de la doctrina del «riesgo imprevisible», la Directiva 2014/24/UE en su considerando 109, para indicar que

aunque la LCSP no contempla la doctrina del riesgo imprevisible como causa de la ruptura del equilibrio económico de los contratos administrativos, su aplicación ha sido admitida por la jurisprudencia, si bien con criterios restrictivos con la finalidad de no desvirtuar el principio de riesgo y ventura que rige la contratación pública,

como así se deduce tanto de la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 9 de diciembre del 2003 y 19 de enero de 1998) del Consejo de Estado (Dictámenes núm. 93/2019, de 28 de febrero, y núm. 243/2019, de 11 de abril) que insiste en que los límites de la regla del riesgo y ventura vienen «determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero». Así, aunque la regla general es la obligatoriedad de las prestaciones consignadas en el contrato público, excepcionalmente, dicha obligatoriedad puede ceder cuando se altere la base del negocio o sus condiciones de modo que se «trastoque completamente» la relación contractual. El alto órgano consultivo alude a la doctrina del restablecimiento del equilibrio del contrato «cuando se produce una quiebra total del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista».

Para argumentar aún más su postura es conforme con esta teoría la doctrina de varias juntas consultivas de contratación (informe núm. 13/2023, de 18 de julio, de la JCCAE; de Canarias, en el informe 6/2022, de 28 de julio; de Navarra, en el informe 5/2022; de Aragón,

en el informe 3/2023, o de Cataluña en su informe 20/2023, de 19 de julio). Y con base en tales argumentaciones concluir que

el incremento de los costes salariales ha supuesto una efectiva ruptura del equilibrio económico del contrato y que la situación es desproporcionadamente lesiva, y que puede dar lugar al deber de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, ese hecho debe ser imprevisible, pero también debe haber una excesiva onerosidad de la prestación a consecuencia de las circunstancias extraordinarias y sobrevenidas. Debe tratarse de una ruptura completa del equilibrio contractual, una alteración de la economía del contrato que sea desproporcionada, clara y evidente, y que sobrepase la normal aleatoriedad propia de todo contrato, y externa en las partes, la cual debe examinarse caso por caso, en atención a las circunstancias de cada contrato y sobre la globalidad del contrato.

En todo caso, y considerando la opción del artículo 290 de la LCSP, para procederse a una modificación del contrato de concesión de servicios no se debe obviar el equilibrio del contrato. La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas, pero sin olvidar que el apartado 5 de la LCSP permite un restablecimiento del equilibrio del que

parece desprenderse que la Administración dispone de cierto margen de discrecionalidad para elegir la fórmula que considera adecuada a la hora de restablecer el equilibrio económico del contrato:

«En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato».

A pesar de ello, nuestra doctrina se ha mostrado generalmente reacia al restablecimiento del equilibrio económico mediante la ampliación del plazo de duración de la concesión. Los informes de la JCCA 12/06 y 07/06 de 24 de marzo, remitiéndose al Informe de la misma Junta 47/98, de 17 de marzo de 1999, señalaban que para poder admitir la prórroga o ampliación del plazo concesional para mantener el equilibrio en los supuestos de modificación en el caso concreto de las autopistas de peaje había sido necesaria una reforma de la ley concreta que era de aplicación que lo admitía expresamente, por lo que únicamente será posible en los supuestos en que lo prevea la normativa que resulte de aplicación, descartando su aplicación análoga a otras concesiones de gestión del servicio público como el de agua potable (Sahún Pacheco, 2019, p. 280).

Riesgo y ventura puesta de manifiesto por la jurisprudencia en tanto que

la supresión del riesgo y ventura «ha sido puesta en cuestión doctrinalmente, al estimar, con toda justicia, que hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado el "alea normal del contrato", es decir, la pérdida o el beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa y los traslade a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio y, en esta hipótesis, contrario a los intereses públicos y a los principios de la justicia eterna (SSTS de 2 de julio de 1873 y de 25 de marzo de 1915), lo que representa un interpretación que conduce al absurdo» (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1985). La inexistencia completa del riesgo y ventura en una relación concesional comporta, en consecuencia, que no se esté ante tal figura sino ante otra distinta; en concreto, ante un contrato de servicios. Concesión en el que estará presente el equilibrio económico del contrato, donde ejecutarse y desarrollarse los principios de transparencia y no discriminación que «relativos a las concesiones de obras y concesiones de servicios, pero aplicable a todos los contratos públicos» (Dictamen del Consejo de Estado núm. 92/2019, de 28 de febrero).

## 4. Diferencia con figuras afines: la concesión demanial

### 4.1. Servicio de bar-cafetería en instalaciones o edificios públicos

Para delimitar con criterios diferenciadores entre estas figuras, como la concesional demanial, el contrato de concesión, el contrato de servicios o el contrato administrativo especial, según finalidades y destinatarios, hay que saber que la Directiva 2014/23 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, centró el concepto de concesión sobre el riesgo operacional, de forma que hay transferencia del mismo al concesionario «cuando no está garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes» (art. 5.2) y que la normativa de concesiones no estaría justificada si se aliviase al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes.

Según el considerando 14 de la Directiva 2014/23 UE,

no deben considerarse concesiones ciertos actos de los Estados miembros, como las autorizaciones o licencias, en virtud de los cuales el Estado o una autoridad pública establece las condiciones para el ejercicio de una actividad económica, con inclusión del requisito de llevar a cabo una operación determinada, que por lo general se conceden a petición del operador económico y no por iniciativa del poder adjudicador o entidad adjudicadora, y en los que el operador económico queda libre de renunciar a la prestación de las obras o servicios. Para dichos actos de

los Estados miembros pueden ser de aplicación las disposiciones específicas de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (5). A diferencia de dichos actos de los Estados miembros, los contratos de concesión imponen obligaciones mutuamente vinculantes por las que la ejecución de estas obras o servicios está sujeta a obligaciones específicas determinadas por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, que son exigibles legalmente.

Según el considerando 15 de la Directiva 2014/23 UE,

tampoco deben considerarse concesiones a efectos de la presente Directiva determinados acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario, en los que el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario.

Para el informe núm. 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, para analizar la forma adecuada para la licitación de un bar-cafetería en instalaciones o edificios públicos, eventualmente acompañado de la gestión de una piscina municipal, consideró que

ante la utilización por un privado de un bien dominical de una Administración pública hay que analizar si la actividad que vaya a realizarse puede considerarse como prestación de servicios con finalidad pública, o como utilización privativa de un bien de la Administración con un fin privado.

En consecuencia, estaremos ante un contrato administrativo si el fin es público, aunque el destinatario directo del servicio sea un tercero, empleados públicos o usuarios, en la medida en que la finalidad sea una mejor prestación del servicio público. La identificación de la causa del contrato –elemento esencial del mismo– con un fin público, como sucede cuando la prestación esté directamente vinculada a la prestación de un servicio público, determinará la calificación como contrato administrativo.

Un elemento característico en tales casos es que el negocio jurídico no se limite a autorizar el uso privativo de un local de titularidad pública, permitiendo la utilización por el adjudicatario en su propio provecho para la realización de una actividad económica, sino que la Administración titular regule el ejercicio de la actividad a desarrollar, estableciendo las condiciones de la prestación, especificando los servicios

a ofrecer, el horario de apertura, haciendo coincidir los días de apertura con los de las instalaciones públicas en cuyo seno se sitúa, regulando la limpieza de las instalaciones, etc. En tales casos resulta evidente que la Administración no está persiguiendo únicamente una rentabilidad económica al permitir la ocupación de un espacio disponible en instalaciones públicas, sino que considera necesario fijar las condiciones mínimas de prestación de los servicios a los usuarios. Aunque el destinatario mediato de los servicios de restauración sean los usuarios que libremente decidan hacer uso las mismas, el beneficiario último de la actividad y los servicios prestados es el propio Ayuntamiento, que busca prestar un mejor servicio público deportivo y de ocio. En el Derecho comunitario pueden encontrarse razones que apoyan la argumentación anterior.

Para delimitar la interpretación del riesgo operacional conviene acudir por tanto al criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. En su informe núm. 13/2018, de 30 de mayo, manifestó que

existen datos jurídicos que llevan a desechar la aplicación del tipo contractual de contrato de servicios a los contratos de bar o cafetería situados en instalaciones o edificios públicos, con las características descritas en las consultas recibidas. Primero, no se prevé que la Administración pública abone ningún precio al contratista como contraprestación de los servicios que este presta, sino que será el adjudicatario el que deberá pagar una determinada cantidad al Ayuntamiento. La remuneración del contratista derivará de los rendimientos que pueda obtener de la explotación de los servicios de cafetería y restaurante que se presten a los usuarios de las piscinas municipales, con las prestaciones y en los horarios y condiciones que se establezcan por la Administración, pero a través de los precios que le paguen esos usuarios. Segundo, la Administración no garantiza una rentabilidad mínima a la contratista, la remuneración del contratista queda condicionada a los resultados de la explotación del servicio, asumiendo el correspondiente riesgo. [Además] en el caso de la atribución de facultades de ocupación y explotación de inmuebles públicos por particulares, particularmente en el caso de bares y cafeterías situadas en edificios o instalaciones públicas, la configuración como contrato de carácter patrimonial o como contrato administrativo depende de la causa del contrato y, en concordancia con ello, con la fijación de condiciones para la explotación por parte de la Administración. La finalidad de dar servicio a los usuarios de la instalación, junto con la fijación de condiciones de prestación, como las relativas a horarios, servicios, productos o precios, entre otros, son claros indicios de la naturaleza administrativa del contrato.

Para corroborar esta interpretación, además del abono por los usuarios de la tarifa «por la utilización de las obras o la recepción de los servicios» (García Rosa, 2018, p. 96), se cita la postura del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que en la resolución 153/2017 entendió que «el precio en los contratos de servicios consiste en el derecho a percibir una contraprestación económica. El precio de las concesiones de servicios es el derecho de explotar el mismo con los fines mencionados en el pliego».

## 4.2. El criterio diferenciador: La finalidad pública o interés privado en la explotación de un negocio o actividad

Por ser frecuentes los contratos de bar o cafetería situados en instalaciones o edificios públicos y su relación con las concesiones de servicios conviene delimitar ambas figuras, y aplicar a cada uno su específico régimen jurídico. De forma que, saber la finalidad se convierte en dato capital, pues

conocer el fin en sí mismo de la celebración de este negocio jurídico servirá para deslindar un contrato administrativo de una concesión demanial, ya que si lo que prevalece en la prestación es la obtención de un interés o finalidad pública, aunque el usuario sea privado o los empleados públicos, estaremos frente al primer caso; sin embargo, si lo que prevalece es el interés privado en la explotación de un negocio o actividad, generalmente lucrativa, que requiere la ocupación privativa de un bien de dominio público o de un bien patrimonial de la Administración, será una concesión patrimonial. (Resolución 153/2017, de 17 de mayo de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid).

Suele optarse por la aplicación de la norma de contratación frente a la patrimonial (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas), frente a su calificación como concesión patrimonial de los servicios de cafetería, por ser la regulación más estricta y respetuosa con la concurrencia y porque las adjudicaciones pueden llegar a tener una relevancia transfronteriza (Informe de la JCCAE, expediente 87/2018) (Aranda Soria, 2022, p. 102).

## 4.3. Criterio del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía: bar-cafetería y máquinas expendedoras de alimentos y bebidas en un hospital público o el contrato de gestión de un tanatorio

Resultó esclarecedor el argumentario que empleó el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en sendos recursos especiales interpuestos en expedientes de contratos al dilucidar su naturaleza jurídica como concesión demanial o como concesión de servicio en virtud de riesgo de explotación y su finalidad en un expediente de servicio de bar cafetería y máquinas expendedoras de alimentos y bebidas en un hospital público y el contrato de gestión de un tanatorio.

De hecho la resolución núm. 203/2019, de 25 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, analizó estas figuras y cambió la calificación del órgano de contratación, que la consideró concesión demanial por el uso privativo de bienes de dominio público, mientras que el tribunal andaluz defendió su naturaleza contractual:

es necesario poner de manifiesto que el hecho de que una determinada actividad se desarrolle mediante la ocupación de un bien de dominio público cuyo uso esté sujeto a un título regulador, bien sea autorización o una concesión, no imposibilita que la actividad en él realizada, en la medida en que resulta de una relación jurídica bilateral de naturaleza obligacional, con prestaciones recíprocas entre las partes, sea un negocio jurídico bilateral o contrato, además oneroso, pues el contratista percibe un precio de los usuarios de la cafetería y de las máquinas expendedoras de alimentos y bebidas, y ha de satisfacer como contraprestación el pago de un canon al órgano de contratación (v. g. Resolución 276/2018, de 10 de octubre, de este Tribunal y Resolución 175/2017, de 17 de febrero, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) (Sanmartín Mora, 2019).

Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio. Con estos antecedentes

cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios. (Informe núm. 12/10, de 23 de julio de 2010).

También en su resolución núm. 276/2018, de 4 de octubre, este mismo Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía analizó y calificó un contrato de gestión de un tanatorio, que calificado por el órgano de contratación como concesión demanial se recalificó como concesión de servicios. Argumentó

que el hecho de que una determinada actividad se desarrolle mediante la ocupación de un bien de dominio público cuyo uso esté sujeto a un título regulador, bien sea autorización o una concesión, no imposibilita que la actividad en él realizada, en la medida en que resulta de una relación jurídica bilateral, de naturaleza obligacional, con prestaciones recíprocas entre las partes, sea un negocio jurídico bilateral o contrato, además oneroso, pues el contratista percibe un precio de los usuarios del tanatorio, y ha de satisfacer como contraprestación el pago de un canon al órgano de contratación. [Añadió que] el servicio de gestión del tanatorio lo que tiene carácter predominante es la posibilidad de prestar dicho servicio, y no la explotación de un determinado terreno calificado jurídicamente como de dominio público, de modo que estamos en presencia de un contrato de servicios, o de una concesión de servicios, pero no ante una concesión demanial. Destacando que lo que distingue al contrato de la concesión «no es la actividad que pueda ser objeto de la contratación, sino la traslación del riesgo de la explotación o "riesgo operacional" al adjudicatario; es decir, si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio en el sentido que definen los artículos 5 de la Directiva de concesiones y 14.4 y 15.2 de la LCS».

Quedó acreditado que sí había una transferencia del riesgo de la explotación del servicio, y asumió el contratista el riesgo de pérdidas en caso de que la demanda de usuarios fluctuara o descendiese durante el contrato respecto a sus previsiones iniciales, o si los gastos de explotación son superiores a los estimados.

#### 4.4. La opción del contrato administrativo especial

No obstante, es también necesario poner de manifiesto la posible interpretación de la naturaleza jurídica de estos servicios y su posible encuadre en el contrato administrativo especial.

Figura que no obstante las varias interpretaciones que pueden presentarse sobre su subsistencia o por su carácter residual tras la Directiva 2014/23/UE, lo cierto es que la actual normativa se refiere a ellos en el artículo 25.1 b) de la LCSP (Vázquez Lacunza, 2017), «por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella» (p. 249).

Contratos administrativo especial que se consideró encajaba en el tipo de concesión de servicios, pues fue en la gestión de una instalación deportiva municipal y la explotación del bar incluido en ella que

dato que el contratista asume un riesgo operacional derivado de la gestión del campo deportivo municipal y de la explotación del bar incluido en su recinto, procede concluir que, con independencia de la denominación empleada, no estamos ante un contrato administrativo especial, sino ante un contrato de concesión de servicios que aúna dos prestaciones (gestión del campo deportivo y explotación del bar). (Resolución núm. 325/2023 de 16 de marzo de 2023 TACRC).

Misma conclusión que acordaron las resoluciones núm. 1314/2023 y núm. 1336/2023 de 20 de octubre de 2023 de considerar concesión de servicios el contrato que el órgano de contratación denominó «de explotación del servicio de bar-cafetería en Cala Baladrar, mediante la instalación de un quiosco o instalación desmontable», al revolver que

atendido lo anterior, debemos comenzar rechazando la calificación del presente contrato como contrato administrativo especial en la línea ya iniciada (Expediente 87/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado). En efecto, tras la reforma llevada a cabo por la vigente Ley de Contratos, la amplia delimitación del contrato de prestación del servicio de bar-cafetería en dependencias calificadas de dominio público no debe ser calificada de contrato administrativo especial, sino que debe calificarse como un contrato administrativo típico, siempre que ello sea posible atendidas las cláusulas del pliego (en este mismo sentido los contratos analizados en los recursos resueltos mediante nuestras resoluciones núm. 748/2023 y 997/2023).

## 5. Conclusiones

Cuando al Administración pública procede a determinar el objeto, concretar el interés público a satisfacer y los requisitos para ejecutarlo estamos ante una decisión ajena a la voluntad de los licitadores. Así ha sido reconocido por el TACRC (resoluciones núms. 156/2013, de 18 de abril, 194/2013, de 23 de mayo, y 548/2015) expresándolo en estos términos: «La pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él» (resolución 756/2014, de 15 de octubre).

Por su parte el informe núm. 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, explicó la diferencia entre contratos de servicio y concesión de servicios, en función del riesgo y medio de cobro del operador, como interpreta la jurisprudencia, pues

el TJUE ha reconocido que el operador asume el riesgo del servicio cuando cobra una parte significativa de su remuneración al usuario, de forma que el modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. Así, el TJUE ha considerado como concesión de servicios casos en que la remuneración al operador provenía de los pagos efectuados por los usuarios de un *parking* público (STJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen), de un servicio de transporte público (STJUE de 6 de abril de 2006, ANAU) y de una red de teledistribución (STJUE de 13 de noviembre de 2005, Coditel Brabant).

También se pronunció la STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto *Privater*, en parecidos términos:

Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implique que el concesionario asuma el riesgo de explotaciones de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios.

Se trata en definitiva de atender la existencia o no del riesgo operacional, entendido como carga que asume todo empresario en su actividad, que al vincularse con la Administración, y cuando es mediante una concesión de servicios, lo hace vulnerable al desarrollo de su actividad económica en el mercado donde aplicar los principios de libre competencia, igualdad de trato y principio de riesgo y ventura (STS de 20 de julio 2016).

## Referencias bibliográficas

- Aranda Soria, S. (2022). Debate actual sobre la naturaleza jurídica de los contratos de explotación de bar, cafetería y restauración en inmuebles de dominio público. Especial referencia al ámbito militar y de la Guardia Civil. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 254.
- Blanco López, F. (2024). STS desestima reclamación de concesionario de autopistas de compensación de daños. <https://www.obcp.es>
- Carrillo Donaire, J. A., Álvarez Medina, L., Tarancón Babío, J. y Borja Carmona, F. (2023). Técnicas para preservar el equilibrio económico-financiero en los contratos del sector público a raíz del incremento generalizado de los precios de las materias primas. *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, 1. Marcial Pons.
- García Rosa, M. (2018). El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización. *Auditoría Pública*, 71.
- Gómez-Acebo & Pombo Abogados (2024). Jurisprudencia del Tribunal Supremo con-  
traria a indemnizar a las concesionarias de autopistas por las pérdidas derivadas de la pandemia. *Contratos del Sector Público*, 168.
- Lazo Vitoria, X. (2013). El futuro del mercado concesional en Europa. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 154.
- Noguera de la Muela, B. (2023). Nota sobre la revisión excepcional de precios en la contratación pública: Fin de trayecto. La doctrina del riesgo imprevisible. *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, 1. Marcial Pons.
- Sahún Pacheco, R. (2019). *Riesgo operacional y servicio público*. Agencia Estatal del BOE.
- Sanmartín Mora, M. A. (2019). Servicios de cafetería ¿contratos de servicios, concesiones o concesión demanial? <https://www.obcp.es>
- Vázquez Lacunza, E. (2017). La controvertida caracterización del contrato administrativo especial. *Revista Gallega de Administración Pública*, 54.

**José Enrique Candela Talavero.** Funcionario de la Administración local con habilitación de carácter nacional. Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha. Graduado en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Investigador colaborador del Centro de Investigación para la Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca. <https://orcid.org/0000-0002-5894-7833>



# Teoría y práctica del efecto incentivador de las subvenciones: una aplicación del método del caso a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

**Francisco A. Aranguren Baena**

Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía-  
Universidad de Córdoba (España)

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

## Extracto

En artículos anteriores (*CEFLegal*, 228 [enero 2020] y *CEFLegal*, 269 [junio 2023]), hemos analizado la importancia del cumplimiento del efecto incentivador de las subvenciones en el marco de las distintas convocatorias (europeas, nacionales, regionales y locales) de las ayudas públicas para el fomento de la inversión de la pyme. Como un paso más en nuestro estudio, en el presente artículo, siguiendo el conocido como método del caso, analizaremos el conjunto de interpretaciones que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ha venido realizando el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sobre dicho ítem. Nuestra (humilde) pretensión es que, a través de este trabajo, puedan extraerse determinadas conclusiones que ayuden a pacificar la controversia jurídica existente al respecto.

**Palabras clave:** subvenciones; efecto incentivador; método del caso.

Recibido: 10-07-2024 / Aceptado: 01-08-2024 / Publicado: 03-10-2024

**Cómo citar:** Aranguren Baena, F. A. (2024). Teoría y práctica del efecto incentivador de las subvenciones: una aplicación del método del caso a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 285, 101-124. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22463>



# Theory and practice of the incentive effect of public grants: an application of the case method to the jurisprudence of the Superior Court of Justice of Andalusia

Francisco A. Aranguren Baena

## Abstract

In previous works (*CEFLegal*, 228 [January 2020] and *CEFLegal*, 269 [January 2023]), we have analyzed the importance of the incentive effect of subsidies within the framework of the different legal calls (European, national, regional and local) for public aid to promote investment in SMEs. As a further step in our study, in this article, following what is known as the case method, we will analyze the set of interpretations that, in the sphere of the Autonomous Community of Andalusia, the Superior Court of Justice of Andalusia has been carrying out. Our (humble) claim is that, through this work, certain conclusions can be drawn that help to pacify the existing legal controversy in this regard.

**Keywords:** grants; incentive effect; case method.

Received: 10-07-2024 / Accepted: 01-08-2024 / Published: 03-10-2024

**Citation:** Aranguren Baena, F. A. (2024). Teoría y práctica del efecto incentivador de las subvenciones: una aplicación del método del caso a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 285, 101-124. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22463>



## Sumario

1. A modo de breve introducción (y justificación)
2. Aproximación al método del caso: su aplicación a las ciencias jurídicas
3. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y la jurisprudencia sobre el efecto incentivador de las subvenciones. Conclusiones
  - 3.1. Marco temporal
  - 3.2. Fallos (estimaciones/desestimaciones)
  - 3.3. Casuística y conclusiones
    - 3.3.1. Primacía del derecho de la Unión Europea respecto al efecto incentivador
    - 3.3.2. Rechazo del rigorismo y formalismo por parte de la Administración
4. Recomendaciones
  - 4.1. Primacía del derecho de la Unión Europea respecto al efecto incentivador
    - 4.1.1. Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional 2022-2027
    - 4.1.2. Decreto 114/2024, de 18 de junio, por el que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para las pymes
  - 4.2. Rechazo del rigorismo y formalismo por parte de la Administración

Referencias bibliográficas



## 1. A modo de breve introducción (y justificación)

En anteriores artículos (Aranguren Baena, 2020 y 2023), hemos intentado analizar la importancia del denominado efecto incentivador de la ayuda pública, en general, y de la subvención, en particular, como uno de los más relevantes y controversiales requerimientos normativos a cumplir por parte de la empresa (sobre todo, la pequeña y mediana empresa o pyme)<sup>1</sup>, para la obtención y disfrute de las distintas ayudas públicas establecidas para el fomento de la inversión empresarial en el contexto de las múltiples convocatorias normativas publicadas (a nivel comunitario, nacional, regional o local).

Sin ánimo de ser exhaustivos, nuestros intentos previos de estudio del controvertido ítem que se ha configurado como taxativa prohibición de un actuar *ante tempus*, bien pudieran resumirse en las siguientes conclusiones:

- 1 El efecto incentivador de las subvenciones se configura como el elemento central de la normativa comunitaria de ayudas de Estado y de las directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional y, por ende, de las distintas convocatorias de ayudas públicas existentes a nivel nacional, autonómico y local.
2. El efecto incentivador se puede definir como la exigencia de que los proyectos de inversión empresarial solicitados por las empresas que pretendan ser beneficiarias de ayuda pública no puedan estar iniciados antes de determinada fecha: la fecha de inicio; esto conlleva el establecimiento de dos momentos procedimentales claramente definidos: el de la fecha de solicitud y el de la fecha de inicio.

---

<sup>1</sup> Para la definición de pyme, véase el anexo I del Reglamento (UE) núm. 651/2014 de la Comisión.

3. En la operativa empresarial, y dado que la fecha de solicitud no debe plantear mayor problema como elemento formal al ser una fecha establecida y vinculada a un registro público, el elemento controversial del cumplimiento del efecto incentivador se sitúa en la segunda de dichas fechas: la de inicio. Y esto en un doble plano: a) la concreción conceptual de lo que se entiende por tal fecha de inicio (su definición); y vinculado necesariamente al anterior, b) su determinación temporal concreta (el *dies a quo*);
4. Como elemento axial de esta concreción y determinación ha de tenerse en cuenta el denominado compromiso en firme, o aquel primer compromiso jurídicamente vinculante. En esto, en definitiva, parece residenciar la solución práctica de la problemática del efecto incentivador, en concretar y determinar el momento, la fecha, de la irreversibilidad jurídica de la inversión que se pretende subvencionar. Pero, para esto, resulta necesario definir previamente qué ha de entenderse por tal compromiso en firme o primer compromiso jurídicamente vinculante.
5. En el intento de dilucidar lo anterior, a nivel interpretativo (lo que vendría a ser la determinación operativa y práctica del efecto incentivador), se ha venido produciendo una gran controversia jurídica que, a partir de una evidente inflación interpretativa no ha permitido unificar criterios, hasta el punto de poder caracterizar el efecto incentivador en su conjunto como concepto jurídico indeterminado, ya que el único consenso doctrinal al efecto resulta ser la evidente falta del mismo.
6. Como resultado final, y al no existir criterios prácticos de actuación, la administración gestora de los fondos públicos, en lugar de apostar por la tan necesaria simplificación de los trámites administrativos de las ayudas puestas a disposición de los beneficiarios, ante el temor de futuros reparos en vía de revisión a su actuación procedimental (con las previsibles consecuencias, no solo financieras, que esto podría implicar para los que toman las decisiones), ha optado por un evidente rigorismo formal en la validación del cumplimiento del efecto incentivador.

Establecido lo anterior, en el presente trabajo daremos un paso más en nuestro intento de dilucidar la indefinición operativa del citado efecto incentivador. Bajo nuestra nueva aproximación, intentaremos acercarnos al objeto de análisis bajo un eminente enfoque práctico. Para ello, utilizaremos la metodología del denominado método del caso (MC) y, a partir de esta, analizaremos la jurisprudencia sobre el efecto incentivador de las subvenciones emanada desde el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA).

El uso por nuestra parte en el presente trabajo del MC se justifica en que, gracias al análisis de casos reales (la doctrina jurisprudencial), es posible conectar la teoría (el texto normativo) con la práctica (la operativa de las actuaciones concretas). Bajo este considerando, nuestra pretensión sigue siendo la de aportar claridad y seguridad jurídica a la indeterminación existente y ayudar a conseguir que, en lo que atañe a las subvenciones públicas, el cumplimiento del efecto incentivador no sea óbice para que los recursos pú-

blicos puestos a disposición de las empresas acaben siendo desaprovechados (cuando no simplemente devueltos en fase de reintegro) por sus supuestos beneficiarios: las pymes que acometen inversiones.

## 2. Aproximación al método del caso: su aplicación a las ciencias jurídicas

Existe consenso entre la doctrina que el MC (*the case method*, también conocido como análisis o estudio de casos) tuvo su origen en la Universidad de Harvard en la primera década del siglo anterior y con el fin de que los estudiantes de Derecho, «en el aprendizaje de las leyes, se enfrentaran a situaciones reales y tuvieran que tomar decisiones, valorar actuaciones, emitir juicios fundamentados, etc.» (Servicio de Innovación Educativa de la UPM, 2008, p. 3).

Desde su mismo inicio a finales del siglo XIX, y como específica técnica operativa de aprendizaje, el ya denominado MC se vinculó a los estudios jurídicos y, más concretamente, a la Escuela de Derecho de la citada Universidad de Harvard, desde donde se exportó hacia otras disciplinas. En apretado resumen histórico:

El pionero del método del caso fue Christopher Columbus Langdell; el lugar, la Facultad de Derecho de Harvard, en la que era decano; y la fecha 1879, año en el que publicó el primer libro de casos. Pronto esta metodología pasó, con las necesarias adaptaciones, a otras disciplinas (por ejemplo, en 1911 en la Facultad de Económicas de Harvard). Y desde 1920 este método docente es el que predomina en la enseñanza del Derecho en EE.UU. y en muchas universidades de los países más avanzados del mundo. Pero el método del caso original, que es el que todavía se imparte en EE.UU., sobre todo en el primer año de carrera, dista mucho del que se ha consolidado como método para enseñar Derecho en los últimos tiempos (Vargas Vasserot, 2009, p. 198).

Desde el punto de vista del investigador, el estudio del caso es especialmente apropiado en «a large variety of factors and relationship are included no basic laws exist to determine which factors and relationships are important, and when the and relationships can be directly observed» (Fidel, 1984, p. 273).

Asimismo, considerada desde su origen como herramienta didáctica para que los estudiantes (sobre todo los de derecho) pudieran encontrar soluciones a problemas reales de la vida real, el método del caso se configuró como técnica activa que parte de «la definición de un caso concreto para comprender, conocer y analizar todo el contexto y las variables que intervienen en el caso» (Servicio de Innovación Educativa de la UPM, 2008, p. 3).

## Bajo la primacía del vínculo de la teoría con la práctica,

El objetivo principal de quienes utilizamos la metodología de casos es preparar alumnos, capacitarlos para la toma de decisiones bajo las presiones y problemas que se presentan en el acontecer diario. No pretendemos formar bibliotecas andantes, sino preparar hombres de acción que serán medidos y calificados por objetivos, estrategias y metas cumplidas. Por lo tanto, estos son los beneficios que obtiene el catedrático (el profesor, el docente) al aplicar la metodología del caso: al definir los objetivos que se quieren alcanzar con esta metodología, el catedrático aprende a analizar hacia dónde quiere llegar y lo que pretende demostrar; con este método el catedrático descubre y desarrolla su propio sistema, con la finalidad de entender la posible solución al problema; el catedrático motiva al alumno a formarse un juicio crítico y presentar posibles soluciones a la problemática planteada; se motiva a los alumnos con un aprendizaje significativo, basado en hechos reales.

A su vez, el alumno (el investigador, el estudioso) obtiene estos beneficios: el estudiante podrá obtener un liderazgo participativo, en donde escucha a los demás, pero también es partícipe en la toma de decisiones y posibles soluciones; con la metodología de casos el alumno desarrollará un pensamiento crítico, de análisis y síntesis; se formará para trabajar en equipo, así como para desarrollar una actitud de cooperación, intercambio y respeto a las ideas de los demás; con esta metodología el estudiante no memoriza, sino que se le invita a tener un acercamiento a la realidad, a analizar las necesidades del contexto y a enfrentar los problemas en el mundo real; el estudiante analizará la realidad y podrá adquirir nuevos conocimientos (Cienfuegos Alvarado *et al.*, 2018, pp. 59-60).

Por lo tanto, y bajo su configuración como instrumento de resolución de problemas, parece fundamental analizar cómo los expertos resuelven y deciden en cada posible alternativa planteada. En conclusión:

El método del caso se basa en las preguntas más que en las respuestas, es un método activo, no dogmático, centrado en quien aprende y no en quien enseña. Busca que los estudiantes desarrollen sus propios criterios. En definitiva, se trata de formarlos más que de informarlos. El MC da importancia tanto a los contenidos de la materia, como al proceso mismo de conocerla. Este proceso ayuda a formar en los estudiantes una capacidad de enfocar problemas y afrontar situaciones nuevas con criterios propios. En definitiva, se trata de que los estudiantes aprendan a pensar por su cuenta.

Los Casos, como señalan Mauffette-Leenders, Erskine y Leenders (2005), ofrecen la oportunidad de practicar el arte y la ciencia de la Dirección y Administración de Empresas, en un entorno de laboratorio, con poco riesgo empresarial o personal. En esencia, los casos son para los estudiantes de Economía de la Empresa lo que los cadáveres son para los estudiantes de medicina: la oportunidad de practicar en una situación real, sin riesgo.

El MC está basado en el debate. Los casos son un excelente vehículo para el crecimiento de la confianza en sí mismo y de la habilidad de pensar de manera más independiente y de trabajar de forma colaborativa. Incluso los casos fomentan la comprensión de los propios puntos fuertes y débiles, lo cual permite un profundo crecimiento personal.

Las tareas propias de la solución de casos pueden administrarse como tal. Es un proceso que puede aprenderse y que es posible mejorar (Hernández Mogollón y Díaz Casero, 2007, p. 41).

El MC implica, como se apuntó anteriormente, aprender a partir de la discusión donde los casos brindan la oportunidad de confrontar y debatir ideas, y los participantes actúan al mismo tiempo como instructores y como estudiantes. Requiere que el estudiante aprenda haciendo y enseñando a otros.

Bajo todo lo expuesto hasta el momento, parece posible detallar las características principales de esta modalidad didáctica:

1. Se fundamenta en la realidad, ya que parte de hechos reales.
2. Fomenta y desarrolla un aprendizaje y una toma de decisión fundamentados en la práctica del día a día, más que en la teoría.
3. Por último, y no menos importante (Miguel Díaz, 2006), se centra en el debate y en el razonamiento para buscar soluciones al problema y lograr una solución, no teniendo por qué haber una sola respuesta correcta<sup>2</sup>.

Siguiendo tanto a Martínez Sánchez y Musitu Ochoa (1995) como al Servicio de Innovación Educativa de la UPM (2008), se pueden establecer hasta tres categorías del método, en función de los distintos objetivos pretendidos:

- Casos centrados en el estudio de descripciones

Estos se centran en analizar, identificar y describir los aspectos más significativos de la situación dada y, a partir de estos, se pueda debatir y reflexionar las distintas perspectivas de abordar el problema. No se trata tanto de valorar o generar posibles soluciones, sino en centrarse en el análisis del problema concreto y de las variables concretas que lo forman (personas concernidas, variables contextuales, relaciones entre ellas, momentos y tiempos, etc.).

---

<sup>2</sup> Así, el MC engazaría dialécticamente la teoría y la práctica en un proceso reflexivo que se convierte, a su vez, en aprendizaje significativo, al tener que mostrar y analizar cómo los expertos han resuelto o pueden resolver sus problemas, las decisiones que han tomado o podrían tomar y los valores, técnicas y recursos implicados en cada una de las posibles alternativas.

- Casos de resolución de problemas

Esta tipología requiere que, tras el exhaustivo análisis de la situación, se valore la decisión tomada por el protagonista del caso concreto y real objeto de estudio y se tome (y justifique) la mejor decisión. Dentro de esta tipología de casos, a su vez, es posible detallar tres subgrupos (casos centrados en el análisis crítico de toma de decisiones descritas, casos centrados en generar propuestas de toma de decisiones, casos centrados en la simulación).

- Casos centrados en la aplicación de principios

En este modelo, lo principal es el análisis y selección de aquellos principios y normas que favorezcan la toma de decisión. Con este tipo de casos se intenta favorecer el desarrollo del pensamiento deductivo, que supone partir de la generalidad de la situación e ir aplicando las premisas necesarias para llegar a las conclusiones que dan la respuesta más adecuada. Esta tipología es la que suele utilizarse, sobre todo, en el ámbito del derecho.

Establecida la anterior caracterización tipológica, y aunque parece existir consenso en que «a través del método del caso se trata de desarrollar un sistema de autoaprendizaje que, en primer lugar, requiere plantear un caso concreto –y en la medida de lo posible, real–, para que pueda estudiarse el supuesto planteado con los materiales existentes (doctrinales, jurisprudenciales, documentales...)» (Turull Rubinat y Albertí Rovira, 2016, p. 185), es posible destacar que:

Un sector crítico del método del caso en Derecho norteamericano aboga desde hace tiempo por su sustitución (del método del caso) por el método del caso problemático, y es un hecho que en muchas asignaturas de Derecho de las universidades norteamericanas, sobre todo en cursos más avanzados de la carrera, se estructuran en torno a la resolución de problemas jurídicos. Se considera que los juristas en general y los abogados en particular son profesionales de resolver problemas, y que esto, junto al hecho demostrado de que la mejor forma de conocer el Derecho es usándolo, conlleva la preeminencia de esta metodología para fortalecer la conveniencia de la capacidad de análisis y de razonamiento jurídico, la expresión oral y escrita.

Una alternativa a la enseñanza basada en la resolución de problemas es la del llamado aprendizaje basado en problemas (ABP), estrategia de aprendizaje mediante la cual los alumnos construyen su conocimiento sobre la base de problemas de la vida real, pero no se trata aquí de aplicar conocimientos y de resolver problemas o de encontrar la solución acertada para cada caso, sino de construir las bases o los fundamentos teóricos del análisis del problema mismo.

Aunque a veces es difícil distinguir una u otra metodología, se puede decir que en el método de casos problemáticos la información está más estructurada,

parte de unos conocimientos previos y se busca una solución, en el ABP la información está más desestructurada y se busca que el estudiante construya su propio conocimiento, detectando primero los objetivos de aprendizaje normalmente en grupo y realizando su desarrollo de manera más autónoma (Vargas Vasserot, 2009, p. 199).

Bajo este marco disciplinar, y cuando prima lo cualitativo sobre lo cuantitativo, «much insight can be gained through qualitative research, particularly in systematic analysis of qualitative data to construct models delineating patterns of behavior» (Fidel, 1984, p. 287).

Nosotros, en el presente artículo, intentaremos hacer nuestra la pretensión efectuada, tomando como punto necesario de referencia de nuestro análisis el ámbito jurisprudencial. Este conjunto de sentencias nos permitirá llegar a aprehender los conocimientos jurídicos a través de sus propios razonamientos, potenciando así habilidades como el análisis y la argumentación jurídica y, sobre todo, llegar a profundizar en nuestro objeto de estudio.

### **3. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y la jurisprudencia sobre el efecto incentivador de las subvenciones. Conclusiones**

Bajo el enfoque metodológico que bien pudiera caracterizarse como del método problemático del caso (y siguiendo la óptica del Aprendizaje Basado en Problemas, ABP), nuestra labor investigadora se fundamenta en conocer (e intentar resolver) la problemática del efecto incentivador de las subvenciones de acuerdo a la labor jurisprudencial desarrollada hasta la fecha por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA).

Situamos nuestro enfoque bajo esta caracterización metodológica pues, a partir de las distintas sentencias, en las próximas líneas nuestra pretensión es analizar el posicionamiento del alto tribunal andaluz respecto a nuestro objeto de estudio (el efecto incentivador de las subvenciones), tomando su labor jurisprudencial como instrumento de resolución de problemas. Bajo este enfoque, resulta fundamental conocer cómo este tribunal ha resuelto y decidido en cada caso planteado. Así, la metodología que ensayaremos toma como necesario fundamento problemas de la vida real para, a partir de estos, intentar construir los fundamentos teóricos del análisis de la problemática originada. Dicho de otro modo, a partir de una información estructurada, y bajo unos conocimientos previos y determinados, intentaremos buscar una solución al problema planteado.

Así, a través del análisis de las distintas resoluciones emanadas desde dicho tribunal, pretendemos conocer el que bien pudiera considerarse *statu quo* de la interpretación que, desde dicho órgano judicial y a lo largo del tiempo, se ha venido realizando sobre el suso-

dicho requerimiento normativo, fundamental para el acceso de subvenciones públicas para la inversión por parte de las empresas. Dado que, a nuestro juicio, dicho requisito normativo es de evidente carácter controversial, hasta el punto de que bien pudiera aproximarse a la propia indefinición jurídica, entendemos que, solo a través de un conocimiento detallado de la labor interpretativa judicial, sería posible situar la esencia del problema y, de esta manera, intentar resolverlo para, en último lugar, poder aclarar las fundadas incertidumbres que los posibles beneficiarios de las subvenciones a la inversión (sobre todo, las pymes) puedan llegar a tener en su acceso y pacífico disfrute.

Para nuestra labor investigadora hemos utilizado el enlace del acceso al buscador de jurisprudencia del TSJA<sup>3</sup>, al que se ingresa desde la página web del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ Centro de Documentación Judicial)<sup>4</sup>. En dicho buscador (búsqueda por texto libre) se encuentran hasta 45 referencias (a la fecha 01-07-2024) vinculadas al criterio de búsqueda establecido (en nuestro caso: «efecto incentivador subvenciones»). Bajo estos considerandos, a continuación procedemos a detallar el análisis realizado.

### 3.1. Marco temporal

Las sentencias relacionadas con nuestro criterio de búsqueda abarcan un periodo amplio, de cerca de 8 años (la primera sentencia es de fecha 15-02-2016 y la última es de fecha 20-02-2024), lo que, evidentemente, nos permitirá un conocimiento amplio del sentido interpretador sobre el efecto incentivador por parte del TSJA. Por tanto, es posible afirmar que los resultados de nuestra investigación bien puedan ser considerados evidencia y prueba del sentido y línea interpretativos del TSJA sobre nuestro objeto de estudio.

### 3.2. Fallos (estimaciones/desestimaciones)

Del análisis de las 45 sentencias se comprueba que existe cierta paridad entre los recursos estimados y los desestimados por parte del TSJA. Así, cerca del 55 % de los fallos del alto tribunal andaluz dan la razón a la empresa mercantil recurrente, mientras que casi el 45 % de las sentencias analizadas dan la razón a la Administración andaluza. Estos porcentajes son, a nuestro juicio, evidencia de la problemática existente sobre la difícil interpretación del cumplimiento, o no, del efecto incentivador, dado que, en la mayoría de las situaciones, existe semejanza en los fundamentos de derecho aducidos por los recurrentes.

<sup>3</sup> <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=01>.

<sup>4</sup> <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Andalucia-Ceuta-y-Melilla/Jurisprudencia/Jurisprudencia-del-TSJ/>

### 3.3. Casuística y conclusiones

Bajo este epígrafe, el más relevante de la presente investigación, queremos mostrar los distintos supuestos (los casos como tales) sobre los que pivota la labor interpretadora del alto tribunal andaluz, evidencias de por dónde debieran centrarse desde el punto de vista normativo las nuevas órdenes y convocatorias reguladoras de subvenciones a la inversión a las empresas andaluzas, a los efectos de aclarar y delimitar el controversial efecto incentivador, si se quiere apostar por la seguridad jurídica y descargar a los órganos judiciales de futura y adicional carga de trabajo.

La aplicación del análisis del caso a las 45 sentencias del TSJA nos permite extraer las siguientes conclusiones que, a los efectos de claridad y concisión expositivas, hemos agrupado en dos bloques temáticos que nos permitan, más adelante, concentrar el conjunto de nuestras recomendaciones y sugerencias. Estos dos apartados toman como *leit motiv*, por un lado, la primacía del derecho comunitario y sus consecuencias en lo que respecta al efecto incentivador y, por otro, la lucha contra el rigorismo y el formalismo en la interpretación controversial del mismo por parte de la Administración.

#### 3.3.1. Primacía del derecho de la Unión Europea respecto al efecto incentivador

- Esta prevalencia del derecho comunitario, reconocida expresamente por el TSJA, lleva a este a citar *in extenso* párrafos completos de la normativa comunitaria relacionada con el efecto incentivador. Aquí, hay que destacar que no se limita la labor jurisprudencial a las principales regulaciones específicas sobre la materia (Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional y los Reglamentos de aplicación del Tratado a las ayudas regionales a la inversión, correspondientes a los periodos en vigor), sino que se remonta a las mismas conclusiones del Abogado General Sr. M. Wathelet, presentadas el 25 de septiembre de 2018<sup>5</sup>. Esta supremacía normativa permite al TSJA ir estableciendo un corpus doctrinal propio sobre determinadas cuestiones relevantes en la conformación de la determinación del efecto incentivador: determinación del inicio de los trabajos y definición de compromiso en firme o jurídicamente vinculante, entre los más importantes.

---

<sup>5</sup> Obviamente, la labor jurisprudencial del TSJA no se limita al ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A modo de ejemplo, también es muy citada como doctrina la STS de 29 de noviembre de 2002 (rec. núm. 382/2000), que estimó conforme con los fines de fomento una interpretación de la normativa sectorial en el sentido de exigir que la inversión sea posterior a la solicitud de subvención, pues aquellos fines no se lograrían si dicha inversión precediera a la solicitud, toda vez que se trata de fomentar la inversión, de provocarla, no de compensar o abaratar una inversión ya realizada.

- En relación directa con lo anterior, propugna expresamente el TSJA la no aplicación, en materia de subvenciones cofinanciadas por fondos europeos, del principio de proporcionalidad cuando se incumple el efecto incentivador: la totalidad del proyecto no podrá obtener ayuda regional en el supuesto de que se hubiera incumplido el efecto incentivador. Esto es, muy a menudo, fuente de controversia doctrinal en relación con lo reflejado en el artículo 37.2 de la Ley general de subvenciones (LGS), que preceptúa que «cuando el cumplimiento por el beneficiario o, en su caso, entidad colaboradora se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por estos una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la cantidad a reintegrar vendrá determinada por la aplicación de los criterios enunciados en el párrafo n) del apartado 3 del artículo 17 de esta ley o, en su caso, las establecidas en la normativa autonómica reguladora de la subvención».

A este respecto, la actividad jurisprudencial del TSJA establece que el incumplimiento de la condición de no iniciar los proyectos subvencionados antes de ser considerados incentivables (prohibición de actuar *ante tempus*) impide que la totalidad del proyecto obtenga ayuda regional. Y en la eventualidad que se hubieran iniciado antes de la comunicación del efecto incentivador, procede entonces declarar la pérdida del derecho al cobro, o el reintegro de las cantidades percibidas con arreglo a lo dispuesto en los artículos 37.1 f) de la LGS.

### 3.3.2. Rechazo del rigorismo y formalismo por parte de la Administración

- El rechazo manifiesto y contundente al uso (y abuso) de la interpretación literalista, rigorista y estrictamente formal por parte de la Administración en relación con el cumplimiento del efecto incentivador es evidente en muchas de las sentencias analizadas, predicándose por parte del TSJA una interpretación y valoración conjuntas de toda la prueba que evite la mera constatación fáctica de determinadas fechas en determinados documentos. Una conclusión que emana de las decisiones judiciales estudiadas es que se impone una cada vez más consolidada corriente jurisprudencial que reconoce la lógica antiformalista que subyace en el procedimiento administrativo<sup>6</sup>, que lleva al TSJA a concluir (en el caso que nos ocupa), que frente a una interpretación puramente literal del vocablo<sup>7</sup>, la fecha

<sup>6</sup> Y es que, a los efectos de la determinación del efecto incentivador, no resulta tan determinante el constatar las fechas de la solicitud de la ayuda y las de los documentos justificados (contratos, por ejemplo), sino si la ayuda que luego se iba a solicitar era efectivamente el incentivo para haber firmado esos documentos previamente.

<sup>7</sup> Aquí es reseñable que el mismo TSJA, apoyado en que la norma no habla de inicio de la actividad sino solo del proyecto, considera también factible, con sostén en cánones hermenéuticos del artículo 3.1 del

de la solicitud de ayuda no puede estimarse como fecha que, de un modo absoluto<sup>8</sup>, y en todo caso, condicione la consideración de la existencia de efecto incentivador. Es decir, el simple contraste de fechas no basta, hay que atender al concreto contenido de los documentos acreditados para determinar si existió, o no, inicio del proyecto mediante una interpretación y valoración conjunta de toda la prueba. Hay que probar la realización de actos externos que revelen, de forma indubitada, que el proyecto en cuestión ha sido, en efecto, iniciado antes de la presentación de la solicitud.

Abundando en este sentido, para el tribunal, en el análisis del efecto incentivador hay que considerar las actividades necesarias para la puesta en marcha de la actividad entendida como un todo, ya que, por ejemplo, no puede separarse la construcción del edificio de las instalaciones del mismo.

No solo esto: el concepto primer compromiso en firme debe ponderarse en términos de equidad justificando la grave decisión que supone el incumplimiento del efecto incentivador. Abundando en esto, el TSJA, siguiendo la doctrina jurisprudencial, establece inequívocamente que el concepto de inicio de los trabajos se vincula al pedido de equipos. Ahora bien, la mera solicitud de equipos no colma las exigencias legales. El pedido debe incorporar también un primer compromiso en firme, es decir, un vínculo jurídico entre las partes generador de derechos y obligaciones recíprocas, sin que la firmeza quepa predicar en los estudios de viabilidad. Luego no podemos hablar de compromiso en firme cuando del propio documento se desprenda que queda sujeto a ulterior confirmación, ni cuando el sistema de preparación de pedidos requiera una serie actuaciones no ejecutadas antes de la fecha de comunicación del efecto incentivador.

- Relacionado con lo anterior, y en su labor de concreción formal, el TSJA entra en la valoración concreta de concretos documentos mercantiles que suelen formar parte de todo expediente administrativo en materia de subvenciones públicas. Así,

---

Código Civil, una exégesis espiritualista del precepto que distinga entre el inicio del proyecto y el inicio de los trámites necesarios para la efectividad del proyecto. Y esta última opción interpretativa, que atiende fundamentalmente al espíritu y finalidad de la norma, a saber, el fomento de la capacidad emprendedora, al que por mandato del artículo 37.13 del Estatuto de Autonomía de Andalucía deben orientarse las políticas públicas andaluzas, preserva el sentido del requerimiento establecido. No solo esto. El TSJA hace prevalecer de manera inequívoca la exégesis finalista frente a la interpretación literal del vocablo proyecto. Desde nuestro punto de vista, esto último vendría a colisionar con lo establecido en el mismo artículo 3 del Código Civil (el sentido propio de las palabras) y el conocido aforismo de que *in claris non fit interpretatio*. Aunque, a veces, las cosas sí son lo que parecen. El mismo TSJA hace suyo el principio de parsimonia, que enunció el lógico escolástico Guillermo de Ockham: en igualdad de condiciones, la explicación más sencilla suele ser la más probable.

<sup>8</sup> Hasta tal punto, que el mismo TSJA (en Sentencia 15285/2023, de fecha 14 de noviembre de 2023), habla de «la controvertida fecha de solicitud, extremo que reviste suma importancia a efectos de precisar la acción subvencionada».

y aparte, evidentemente, de las facturas y sus pagos (transferencias bancarias y pagarés, verbigracia)<sup>9</sup>, la existencia de notas de entrega<sup>10</sup>, pedidos, albaranes, partes de trabajo, contrato de compraventa y hasta la misma adjudicación de una finca mediante subasta<sup>11</sup>, son para el TSJA pruebas reveladoras de la existencia de un compromiso en firme (incluyéndose aquí el reflejo contable de cada uno de estos documentos).

En cambio, para el TSJA no son prueba de compromisos en firme ni las referencias contenidas en las facturas a materiales suministrados que no se empleen en la realización de proyecto, ni las compras realizadas antes de iniciar el proyecto para una finalidad que no tenía nada que ver con el mismo, ni el aprovisionamiento de material fungible, ni las referencias a pedidos marcos para la actividad general de la empresa (que marcan el listado de precios que regirán los futuros encargos o las tarifas generales de precios acordadas), los contratos de alquiler o arrendamiento (cuya formalización se debe ubicar en los trámites previos al inicio del proyecto).

Tampoco implican compromiso jurídicamente vinculante los estudios de viabilidad, la mera provisión de fondos o de reserva, la obtención de licencias<sup>12</sup> y permisos administrativos, como la licencia de apertura<sup>13</sup>, o los documentos que únicamente ilustren acerca de acciones preparatorias de la puesta en marcha

---

<sup>9</sup> Respecto al pagaré –y a nuestro entender también otras formas de pago similares, en aplicación analógica de la Ley 19/1985, de 16 de julio (cambiaría y del cheque)–, el TSJA establece que debe considerarse que el pagaré, como promesa de pago o compromiso de pago por el que la empresa solicitante del incentivo se compromete a pagar a la empresa proveedora la cantidad de dinero especificada en una fecha determinada, constituye compromiso en firme, sin perjuicio de que la utilización del pagaré le haya permitido aplazar el pago del precio en fecha posterior.

<sup>10</sup> A este respecto, el TSJA determina que la nota de entrega se puede definir como aquel documento mercantil de uso no obligatorio, similar al albarán (término procedente del árabe que equivale a prueba o justificante), destinado a acreditar la entrega de un pedido. En la práctica es firmado por el receptor de la mercancía a fin de dejar constancia de su correcta recepción, indicando la transacción o la entrega de una mercancía, el precio individual y total de la operación y los datos del cliente y del vendedor. La nota de entrega ha de conceptuarse mero instrumento de ejecución del pedido, revelador de un primer compromiso en firme de adquisición.

<sup>11</sup> La doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de sentencias de 31 de octubre de 1983, 20 de octubre de 1989, 13 de octubre de 1998, 1 de julio de 1991, 11 de julio de 1992, 8 de junio de 1995, 20 de julio de 2006 y 2 de diciembre de 2009, atribuyen al acto de adjudicación al rematante de una finca subastada el carácter de tradición simbólica ficta y, en consecuencia, se opera la consumación del contrato, permitiendo la inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad.

<sup>12</sup> Para el TSJA, la licencia de obras incluso marcaría la fecha del inicio de los trabajos, según Sentencia 14463/2023, de 20 de septiembre de 2023.

<sup>13</sup> En este caso concreto, llama la atención que el TSJA vincule esta excepción a la habitual tardanza de los ayuntamientos en resolver.

del proyecto, es decir, cualquier documento que no implique un vínculo jurídico entre las partes generador de derechos y obligaciones recíprocas, ya que no se puede hablar de compromiso en firme cuando del propio documento se desprenda que queda sujeto a ulterior confirmación, ni cuando, por ejemplo, se requieran una serie actuaciones no ejecutadas antes de la fecha de comunicación del efecto incentivador. Y es que, como el TSJA sentencia, la mera solicitud viene a colmar las exigencias legales.

Especial consideración respecto a la inexistencia de compromiso en firme le merece al alto tribunal el contrato de arras penitenciales. Estas se han de considerar como un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada, ya que esta es la finalidad reconocida por el artículo 1454 del Código Civil, siendo doctrina constante de la jurisprudencia la de que las arras o señal que, como garantía permite el citado artículo, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquel sentido. Por este motivo, el TSJA sentencia que las arras concertadas penitenciales actúan como un acto preparatorio pero no de contenido irrevocable, a los efectos de considerar ya iniciados los trabajos. Por tanto, las arras penitenciales, por ser de desistimiento libre y sin causa para ambas partes, permiten concluir que no existe, a estos fines, un compromiso firme de adquisición y, por tanto, no implican vulneración del efecto incentivador.

- Evidentemente, y en directa relación con el amplio y variado conjunto documental que se vincula a todo expediente administrativo y que el TSJA entra a valorar (y de lo que la anterior enumeración es prueba), es posible que surjan incidencias en el tratamiento de la información y su justificación. Así, para el TSJA la aportación de certificados *ad hoc* o documentos que vengán a corregir errores tipográficos, imprecisiones, incorrecciones, inexactitudes (en este caso, y por lo que nos incumbe, en relación con fechas existentes en la documentación ya aportada en el conjunto del expediente administrativo, deben entenderse válidos siempre que se vinculen a errores detectados por el administrado y no por la Administración en su labor de comprobación). Esto implica que, en fechas cercanas a la expedición de la facturación mercantil se desplieguen iniciativas tendentes a procurar la rápida corrección de los datos erróneos o la aclaración de conceptos oscuros, ambiguos, o imprecisos. Incumbe a la beneficiaria, de acuerdo con el principio de facilidad probatoria del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), destruir la apariencia por ella misma creada de ser veraces y exactos los documentos aportados al procedimiento administrativo para justificar los gastos incurridos en la ejecución del proyecto incentivado. Es decir, que debe aplicarse la doctrina de los actos propios que rechaza que una persona pueda beneficiarse de su contradictorio proceder anterior (*venire contra factum proprium non valet*), siendo exigible a los beneficiarios que actúen con una exquisita diligencia en el marco del expediente administrativo. Apelando al Tri-

bunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que declaró, en los apartados 106 y siguientes de su sentencia de 13 de junio de 2013, HGA y otros/Comisión C-630/11P, EU:C:2013:387, que, en esencia, el requisito de anterioridad de la solicitud de ayuda respecto del inicio de la aplicación del proyecto de inversión no era más que una presunción *iuris tantum*, lo cual permite, por tanto, a los beneficiarios de la ayuda aportar pruebas alternativas que demuestren que la medida en cuestión sí tenía un efecto incentivador.

En resumen, en caso de existencia de correcciones, el resultado de la actividad probatoria a desplegar por la beneficiaria de subvenciones debe ser lo suficientemente contundente o eficaz para desvirtuar, de modo claro e inequívoco, la imagen fiel y exacta de los gastos incurridos que representaba la documentación justificativa que ella misma aportó a la Administración en orden a su ulterior comprobación administrativa.

## 4. Recomendaciones

Aunque el propósito del método del caso no debe ser nunca la de resolver problemas sino, en todo caso, ofrecer posibles soluciones, de la casuística analizada nos permitimos exponer las siguientes recomendaciones al poder legislativo regional en el marco de la potestad administrativa de fomento empresarial del gobierno andaluz<sup>14</sup>. Para ello, y siguiendo

<sup>14</sup> El artículo 58.2.1.º del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la comunidad autónoma la competencia exclusiva para el fomento y planificación de la actividad económica en Andalucía, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general, y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11.ª y 13.ª de la Constitución, lo que permite adoptar medidas con este objetivo. Asimismo, el artículo 37.1.13.º del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece entre los principios rectores de las políticas públicas el fomento de la capacidad emprendedora. Dentro de esta política, la subvención a las empresas tiene análoga naturaleza a la «donación modal» en el derecho privado, con la diferencia de la finalidad, que en modo alguno debe considerarse la liberalidad, pues la Administración entrega unas cantidades de dinero a cambio de una actividad, con unos objetivos y con unos plazos. La subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una *causa donandi*, sino a la finalidad de intervenir la Administración, a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por el beneficiario, en la actuación de este. En este sentido se puede concluir con las SSTS de 7 de abril de 2003 (rec. núm. 11328/1998), 4 de mayo de 2004 (rec. núm. 3481/2000), 17 de octubre de 2005 (rec. núm. 158/2000), 15 de noviembre de 2006 (rec. núm. 2586/2004) y de 19 de diciembre de 2013 (rec. núm. 3125/2010), que la naturaleza de dicha medida de fomento puede caracterizarse por las notas siguientes: 1) El establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquellas. 2) El otorgamiento de las subvenciones ha de estar determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma

nuestro *modus operandi*, vamos a concentrar el marco de nuestras sugerencias en los dos bloques temáticos que hemos configurado: la prevalencia del derecho comunitario, por un lado, y, por otro, la lucha contra el rigorismo y el formalismo en el actuar de la Administración.

## 4.1. Primacía del derecho de la Unión Europea respecto al efecto incentivador

La primacía del derecho comunitario hace que resulte fundamental en el nuevo periodo de programación 2022-2027, en general, y por lo que concierne a las ayudas públicas a la inversión a las empresas, en particular, situar la problemática de la aplicación del efecto incentivador en lo que establecen las nuevas directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional 2022-2027 y el Reglamento de la Comisión 1315 de 2023, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 651/2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del tratado.

Dado que la normativa regional de ayudas a la inversión (decreto-ley, decretos, así como las convocatorias y órdenes desarrolladoras) debieran beber, ineludiblemente, de lo que emana de la fuente normativa europea, resulta obligatorio traer aquí, siquiera brevemente, los aspectos más importantes de dichas regulaciones supraestatales, como marco orientador de lo que deben ser las normas de índole regional de ayudas públicas a la inversión. No obstante, como del análisis del Reglamento de la Comisión 1315 de 2023 no puede extraerse nada relevante respecto a nuestro objeto de estudio, nos centraremos en el marco regulador de las nuevas directrices sobre ayudas estatales de finalidad regional.

### 4.1.1. Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional 2022-2027

Esta norma, dedica la totalidad de su punto 5.2 al efecto incentivador (y, por lo que aquí nos interesa, su apartado 5.2.1 a las ayudas a la inversión). En este, se incide en la idea

---

correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica. 3) La subvención no responde a una *causa donandi*, sino a la finalidad de intervenir en la actuación del beneficiario a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por aquel. Por consiguiente, las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión (SSTS de 20 de junio, 12 de julio, 10 de octubre de 1997, 12 de enero y 5 de octubre de 1998 y 15 de abril de 2002). Quiere ello decir, como puntualiza nuestra jurisprudencia (Sentencia de 20 de mayo de 2003, rec. núm. 5546/1998), que, reconocido el carácter modal de la subvención o, si se prefiere, su naturaleza como figura de derecho público, que genera inexcusables obligaciones a la entidad beneficiaria.

fuerza propugnada por las autoridades comunitarias: la ayuda de finalidad regional solo podrá ser considerada compatible con el mercado interior si tiene un efecto incentivador.

Bajo lo anterior, se considera que la ayuda estatal tiene un efecto incentivador cuando cambia el comportamiento de una empresa de modo que esta emprende una actividad adicional que contribuye al desarrollo de una zona y que no habría realizado –o que solo habría emprendido de una manera limitada o diferente, o en otro emplazamiento– si no se hubiese concedido la ayuda. Y es que la ayuda estatal no debe subvencionar los costes de una actividad que la empresa llevaría a cabo en cualquier caso, ni debe compensar el riesgo empresarial normal de una actividad económica.

Establecido lo anterior, desde un punto de vista más práctico, las directrices señalan que el efecto incentivador puede demostrarse de dos maneras: 1) si la ayuda ofrece un incentivo para tomar la decisión de invertir en la zona en cuestión porque, de otro modo, la inversión no sería lo suficientemente rentable para el beneficiario de la ayuda en ningún lugar del Espacio Económico Europeo, y 2) si la ayuda ofrece un incentivo para localizar la inversión prevista en la zona en cuestión, en vez de hacerlo en otro lugar, porque compensa las desventajas y los costes netos de invertir en un emplazamiento situado en dicha zona. Y se concluye resaltando que si la ayuda no modifica la conducta del beneficiario de la ayuda estimulando la inversión inicial (adicional) en la zona en cuestión, puede considerarse que la misma inversión se realizaría en la zona incluso sin la ayuda. Por lo tanto, la ayuda carecería de efecto incentivador para lograr el objetivo de desarrollo regional y cohesión territorial y no puede autorizarse como compatible con el mercado interior con arreglo a las directrices.

Abundando en lo anterior, las directrices establecen que los trabajos de una inversión individual solo pueden comenzar después de que se haya presentado el formulario de solicitud de ayuda. Si los trabajos comienzan antes de la presentación del formulario de solicitud de ayuda, toda ayuda concedida en relación con esa inversión individual se considerará no compatible con el mercado interior<sup>15</sup>. Por último, la autoridad otorgante debe comprobar la credibilidad de la hipótesis de contraste y asegurarse de que la ayuda regional tiene el efecto incentivador necesario. Una hipótesis de contraste es creíble si es legítima y guarda relación con los factores que han impulsado al beneficiario de la ayuda a adoptar su decisión de inversión.

Como complemento necesario a lo anterior, las directrices (en su apartado 2.2 Definiciones) definen como inicio de los trabajos, bien el inicio de los trabajos de construcción

---

<sup>15</sup> A este respecto, los Estados miembros deben configurar un formulario normalizado de solicitud de ayuda que cumpla con los requisitos establecidos por las directrices comunitarias en su anexo VII y que incluyan información sobre el beneficiario, sobre la inversión a apoyar, sobre la financiación de la misma y sobre la necesidad de la ayuda y su efecto esperado.

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

#### 4.1.2. Decreto 114/2024, de 18 de junio, por el que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para las pymes

Fundamentado en lo anterior, resulta factible ofrecer una serie de conclusiones de lo que viene a ser, desde el punto de vista regional andaluz, las reglas que definen el cumplimiento del efecto incentivador en el marco de las ayudas a la inversión de las empresas andaluzas, a la luz de la citada prevalencia del Derecho de la Unión Europea. A estos efectos, lo primero a destacar es que se haya demorado tanto tiempo (BOJA de fecha 21 de junio de 2024) la publicación oficial de las primeras normas regionales que regulan la concesión de las subvenciones a la inversión de las empresas andaluzas en el actual periodo de programación plurianual<sup>16</sup>. Una vez publicado, tras el anterior proyecto de Decreto por el que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, según Resolución de 14 de marzo de 2024, hemos de acudir a dichas bases reguladoras para analizar el *statu quo* de nuestro objeto de estudio<sup>17</sup>.

En dicho decreto, y desde nuestro enfoque analítico, lo primero a destacar es que, en su régimen jurídico, no se haga mención expresa a las susodichas directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional 2022-2027<sup>18</sup>, en evidente contraste con el anterior Decreto 114/2014, de 22 de julio, por el que se establece el marco regulador de las ayudas a empresas que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía para la realización

<sup>16</sup> El Decreto-ley 1 de 2024 no puede considerarse como tal norma reguladora básica, ya que se orienta a la modificación parcial de cuatro disposiciones anteriores (Decreto 114/2014, Decreto 115/2014, Decreto 185/2014 y Decreto 303/2015).

<sup>17</sup> A partir de estas, con fecha de 5 de julio de 2024 se publicaron en BOJA (núm. 130) las distintas resoluciones por las que se efectúan las convocatorias para la concesión de subvenciones a los proyectos de investigación industrial y desarrollo experimental, proyectos de puesta en marcha de pequeñas empresas, y proyectos de crecimiento y mejora de la competitividad de las pymes en Andalucía.

<sup>18</sup> Sí se recogen, en cambio, las siguientes normas comunitarias: Reglamento (UE) núm. 2021/1058 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021; Reglamento (UE) núm. 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014; Reglamento (UE) núm. 2021/1060 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021; Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018; Reglamento (UE) 2023/1315 de la Comisión, de 23 de junio de 2023, por el que se modifican el Reglamento (UE) núm. 651/2014; y la Orden HFP/1414/2023, de 27 de diciembre.

de inversiones de finalidad regional, donde se recogían explícitamente las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para el periodo 2014-2020.

Esta ausencia, sin embargo, no es óbice para que, en la vigente regulación, se trate el efecto incentivador y se establezcan requisitos para determinadas tipologías de proyectos (los proyectos de inversión de creación de actividad económica y mejora de la competitividad de las pymes en Andalucía, entre ellos), indicándose que, para su subvencionabilidad, estos proyectos deben cumplir con lo siguiente: no estar iniciados los trabajos con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud, a fin de cumplir con el requisito de que la ayuda solicitada tenga efecto incentivador, de acuerdo con la definición dada en la misma propuesta de bases reguladoras. En relación con esta definición, se considera que las ayudas tienen un efecto incentivador si, antes de que se produzca el inicio de los trabajos, el beneficiario ha presentado una solicitud de ayuda que deberá contener, al menos, el nombre y tamaño de la empresa, la descripción del proyecto, incluidas sus fechas de inicio y finalización, la ubicación del proyecto, la lista de costes del proyecto, la forma de la ayuda, y el importe de la financiación pública necesaria para el proyecto.

Como complemento necesario a la anterior definición, el decreto define (en su anexo, apartado 22) el tal inicio de los trabajos como, bien el inicio de los trabajos de construcción en la inversión, bien el primer compromiso en firme para el pedido de equipos u otro compromiso que haga la inversión irreversible, si esta fecha es anterior a la fecha de la presentación de la solicitud. No se considerarán inicio de los trabajos ni la compra de terrenos, ni el arrendamiento de bienes inmuebles, ni los trabajos preparatorios como la obtención de permisos y la realización de estudios previos de viabilidad. En el caso de los traspasos, el inicio de los trabajos es el momento en que se adquieren los activos vinculados directamente al establecimiento adquirido.

Por último, dentro de dicha tipología de ayudas a la inversión empresarial en Andalucía, las bases reguladoras incluyen como documentación a presentar el acta notarial de presencia de no inicio de los trabajos del proyecto para aquellos que contemplen la construcción, ampliación o reforma de bienes inmuebles, o una declaración expresa responsable de no inicio de los trabajos para proyectos que contemplen únicamente inversiones para la adquisición de bienes de equipo, equipamientos e intangibles.

En resumen, de lo recogido en estas bases reguladoras en relación con el efecto incentivador, llama la atención que incorpore prácticamente *ad pedem litterae* la definición de inicio de los trabajos que aparece en las actuales directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional, aunque estas no sean recogidas expresamente en el régimen jurídico de aquellas. No solo esto. También recoge el decreto la prohibición *ante tempus* ya conocida y que, en la práctica administrativa, se vincula a la necesidad de que presentar una solicitud de ayuda, tal y como también se establecen las directrices comunitarias.

La presentación del acta notarial o de la declaración expresa responsable de no inicio que se recoge en el actual decreto de bases reguladoras, y aunque no figure como tal en

las directrices, sí ha venido siendo una práctica habitual en las órdenes reguladoras de las ayudas públicas a la inversión en el marco regional andaluz<sup>19</sup> y debe entenderse como garantía adicional del cumplimiento de la citada obligación, aunque esta documentación, por sí sola, no agota, ni limita, la casuística operativa del efecto incentivador en su práctica administrativa<sup>20</sup>.

Como puede comprobarse, en el marco de la prevalencia del derecho comunitario asentada por la actividad jurisprudencial del TSJA, se echa de menos que no se incorpore una mayor concreción de lo que ha de entenderse por el tal inicio de los trabajos o por el mismo compromiso jurídicamente vinculante<sup>21</sup>, sin obviar la no referencia en el proyecto regulador a la no aplicación del principio de proporcionalidad en caso de conculcación del efecto incentivador, dado que, como se recoge en las directrices europeas, si los trabajos comienzan antes de la presentación del formulario de solicitud de ayuda, toda ayuda concedida en relación con esa inversión individual se considerará no compatible con el mercado interior, principio ampliamente recogido por el TSJA.

## 4.2. Rechazo del rigorismo y formalismo por parte de la Administración

Relacionado con el bloque temático anterior, más interesante nos resulta aquí extraer conclusiones sobre el rechazo expreso por parte de la doctrina del TSJA a la interpretación rigorista, literalista y estrictamente formal de la Administración. Esta postura del alto tribunal, basándose en la lógica antiformalista y *pro actione* que subyace en el procedimiento administrativo<sup>22</sup>, tiene como fin atemperar las rigurosas consecuencias del incumplimiento del efecto incentivador. Es, precisamente, en este bloque donde más reticencias mostramos a la redacción del reciente decreto del gobierno andaluz por el que se regulan las ayudas a la inversión de las empresas andaluzas en el actual periodo de programación<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Orden de 5 de junio de 2017, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva a las empresas para el desarrollo industrial, la mejora de la competitividad, la transformación digital y la creación de empleo en Andalucía durante el período 2017-2020 (art. 19.1 d), verbigracia.

<sup>20</sup> El TSJA establece inequívocamente que el acta de no inicio no es prueba por sí misma, ya que en absoluto puede desmentir la intrínseca veracidad del proyecto realizado y ejecutado (Sentencia 1051/2024, de fecha 20 de febrero de 2024).

<sup>21</sup> Tomando como referencia, por ejemplo, la STJUE (Gran Sala) de 5 de marzo de 2019, oídas las conclusiones del Abogado General presentadas en audiencia pública el 25 de septiembre de 2018 (ECLI:EU:C:2019:172), jurisprudencia citada por el TSJA en algunas de sus decisiones.

<sup>22</sup> Aquí, entre otras, acúdase a la Sentencia de 19 de julio de 2018 (rec. núm. 3662/2017), dictada por la Sección 3.ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2018:3419).

<sup>23</sup> Decreto 114/2024, de 18 de junio, por el que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva, para el impulso de la actividad económica,

A nuestro entender, y con apoyo manifiesto en la labor del TSJA, resulta factible (y necesario) objetivar el denominado efecto incentivador a través de la concreción terminológica de lo que debe entenderse por inicio de los trabajos y por compromiso jurídicamente vinculante. Tomando como fundamento las sentencias del TSJA, al legislador andaluz no le debe resultar gravoso introducir, como elementos de interpretación y valoración de la prueba del citado efecto incentivador, referencias concretas a facturas, pagos<sup>24</sup>, albaranes, pedidos, notas de entrega, contratos de compraventa, etc. y también a contrato de arras, pedidos marco, licencias y estudios preparatorios, etc. Solo bajo una clara taxonomía del requerimiento normativo del *dies a quo*, sería posible reconducir la rigorista interpretación de la Administración a este respecto, ya que la determinación del concepto de primer compromiso en firme o jurídicamente vinculante debe ponderarse en términos de equidad, dada la grave decisión de pérdida de derecho al cobro o reintegro que pudiera llegar a adoptarse.

Por último, y dentro de este intento antiformalista y clarificador, el actual Decreto 114/2024 obvia, a lo largo de las fases procedimentales de todo expediente administrativo, las posibles rectificaciones documentales o corrección de errores, no contemplando, y, por tanto, no admitiendo expresamente en fase de subsanación la expresa posibilidad de una acción correctora por parte de la beneficiaria de las subvenciones que implique que pueda aportar pruebas de la existencia de correcciones que desvirtúen manifiestamente todo o parte de la documentación acreditativa ya aportada ante la Administración, máxime teniendo en cuenta las reglas que disciplinan la carga de la prueba contenidas en el artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil, por la que se atribuye mayor valor probatorio al expediente administrativo.

---

a través de proyectos de investigación industrial y desarrollo experimental, proyectos de inversión para el crecimiento y mejora de la competitividad de las pymes y proyectos de puesta en marcha de pequeñas empresas, por parte de la Agencia Empresarial para la Transformación y el Desarrollo Económico.

<sup>24</sup> Y así se podría aprovechar también para actualizar las referencias a la acreditación de los pagos contenidas en el artículo 27.2 c) de la anterior Orden de 5 de junio de 2017, y que cifraba la prueba documental a este respecto en las transferencias bancarias, cheques y pagarés, efectos mercantiles garantizados y que excluían a los pagos en metálico y a los pagos por ventanilla de entidades de crédito.

## Referencias bibliográficas

- Aranguren Baena, F. A. (2020). El efecto incentivador de la inversión en las subvenciones a las pymes y su controversial interpretación. El caso de Andalucía. *CEFLegal. Revista Práctica de Dercho*, 228, 81-114.
- Aranguren Baena, F. A. (2023). La ayuda pública como efecto incentivador de la inversión en el nuevo periodo de programación 2021-2027: ¿hacia un cambio de paradigma? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 269, 71-94.
- Cienfuegos Alvarado, C. et al. (2018). El método del caso: una herramienta de gran utilidad. *Sintaxis: Revista Científica del Centro de Investigación para la Comunicación Aplicada*, 1, 57-64.
- Fidel, R. (1984). The case study method: A case study. *Library and Information Science Research*, 6, 273-288.
- Hernández Mogollón, R. y Díaz Casero, J. C. (2007). Método del caso. Una aproximación desde el EEES. *Empresa global y mercados locales: XXI Congreso anual AEDEM*, 1, 37-56.
- Martínez Sánchez, A. y Musitu Ochoa, G. (1994). *El estudio de casos para profesionales de la Acción Social*. Narcea.
- Miguel Díaz, M. de (2006). *Metodologías de enseñanza y aprendizaje para el desarrollo de competencias: orientaciones para el profesorado universitarios ante el Espacio Europeo de Educación Superior*. Alianza.
- Servicio de Innovación Educativa de la UPM (Universidad Politécnica de Madrid). (2008). *Método del Caso*. Universidad Politécnica de Madrid. <https://innovacioneducativa.upm.es/sites/default/files/guias/MdC.pdf>.
- Turull Rubinat, M. y Albertí Rovira, E. (2016). *74 experiencias docentes del Grado de Derecho*. Ediciones Octaedro. [https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/144101/1/TURULL-ALBERTI%CC%81\\_74-experiencias-docentes-del-Grado-en-Derecho\\_p.pdf](https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/144101/1/TURULL-ALBERTI%CC%81_74-experiencias-docentes-del-Grado-en-Derecho_p.pdf).
- Vargas Vasserot, C. (2009). El método del caso en la enseñanza del derecho: experiencia piloto de un piloto novel. *Revista de Formación e Innovación Educativa Universitaria*, 2(4), 193-206.

**Francisco A. Aranguren Baena.** Economista. Verificador de fondos europeos (Junta de Andalucía). Profesor del Departamento de Estadística, Econometría, Investigación operativa, Organización de empresas y Economía aplicada (área de Organización de empresas) en la Universidad de Córdoba. Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales por ETEA (Compañía de Jesús)-Universidad de Córdoba. Doctorado por la Universidad de Córdoba (Diploma de Estudios Avanzados). Diplomado en Dirección Estratégica de Empresas por la Universidad Politécnica de Madrid. MBA por la Escuela Internacional de Negocios de Madrid. Programa Superior de Alta Dirección de Empresas por la Escuela de Negocios de Córdoba – Instituto de Práctica Empresarial de Málaga. Miembro del Iltre. Colegio de Economistas de Córdoba, de Economistas Contables y del Registro de Economistas Forenses. <https://orcid.org/0000-0002-7507-6232>



# Las personas jurídicas «penalmente» responsables por los delitos cometidos por sus integrantes: supuestos problemáticos

Lucas G. Menéndez Conca

Doctor en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.  
Universidad de Zaragoza (España)

lucasmendez@unizar.es | <https://orcid.org/0000-0001-8562-1487>

## Extracto

En los artículos 31 bis y siguientes del CP se regula la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes. Aunque en principio queda claro que estos preceptos se aplican a aquellas entidades que poseen personalidad jurídica conforme a nuestra legislación, se debe advertir que este criterio formal por el que ha optado el legislador ha sido objeto de múltiples críticas y, además, existen ciertas entidades que pueden plantear problemas interpretativos.

**Palabras clave:** responsabilidad penal de las personas jurídicas; delincuencia empresarial; entidades responsables; concepto de persona jurídica.

Recibido: 18-06-2024 / Aceptado: 19-07-2024 / Publicado: 03-10-2024

**Cómo citar:** Menéndez Conca, L. G. (2024). Las personas jurídicas «penalmente» responsables por los delitos cometidos por sus integrantes: supuestos problemáticos. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 285, 125-150. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22403>



# Legal persons «criminally» liable for crimes committed by their members: problematic cases

Lucas G. Menéndez Conca

## Abstract

Articles 31 bis et seq. of the Criminal Code regulate the «criminal» liability of legal persons for crimes committed by their members. Although in principle these articles apply to entities that have legal personality under our legislation, it should be noted that this formal criterion chosen by the legislator has been the subject of numerous criticisms and, in addition, there are certain entities that may pose interpretative problems.

**Keywords:** corporate criminal liability; corporate crime; responsible entities; concept of legal person.

Received: 18-06-2024 / Accepted: 19-07-2024 / Published: 03-10-2024

**Citation:** Menéndez Conca, L. G. (2024). Las personas jurídicas «penalmente» responsables por los delitos cometidos por sus integrantes: supuestos problemáticos. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 285, 125-150. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22403>



## Sumario

1. Introducción
  2. La ausencia de un concepto de *persona jurídica* en el artículo 31 bis del CP
  3. Supuestos problemáticos
    - 3.1. Sociedades mercantiles o de capital en formación y sociedades devenidas irregulares
    - 3.2. Uniones temporales de empresas y grupos de sociedades
  4. Consideraciones críticas sobre el criterio formal de la personalidad jurídica que utiliza el artículo 31 bis del CP
  5. Conclusión
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

Como es sabido, en los artículos 31 bis y siguientes del CP se reconoce la posibilidad de atribuir responsabilidad «penal» a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus dirigentes o empleados, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en dichos preceptos. Este régimen de responsabilidad «penal» de las personas jurídicas (en adelante, RPPJ) fue introducido en nuestro Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y modificado posteriormente por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y ha dado lugar a un intenso debate doctrinal en el que se han discutido numerosas cuestiones problemáticas que plantea esta decisión legislativa, comenzando por la propia naturaleza jurídica de las «penas» aplicables a las personas jurídicas.

Para que se pueda condenar a una persona jurídica por el delito cometido por alguno de sus dirigentes o empleados se requiere siempre la concurrencia de tres presupuestos comunes y, después, de uno de ellos deriva la comprobación de los llamados «hechos de conexión». Como primer presupuesto común, el artículo 31 bis del CP exige que la entidad posea personalidad jurídica, lo cual nos obliga a acudir a otras normas extrapenales para determinar qué entidades tienen personalidad jurídica y, por ende, pueden responder «penalmente» por los delitos cometidos por sus integrantes. En segundo lugar, se requiere que la infracción penal cometida por la persona física se encuentre dentro del catálogo de delitos que pueden dar lugar a la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas (sistema de *numerus clausus*). Es decir, que se trate de un delito respecto del cual se disponga de forma expresa que se podrán imponer a las personas jurídicas alguna o varias de las «penas» recogidas en el artículo 33.7 del CP. Por último, el tercer presupuesto común consiste en la previa actuación delictiva de una persona física que debe reunir ciertas facultades y características para poder transferir su responsabilidad (no su culpabilidad) a la persona jurídica<sup>1</sup>. Como indica González Cussac (2020), una vez comprobados los tres presupuestos comunes, el artículo 31 bis del CP describe, dentro del tercero de estos presupuestos, dos diferentes «hechos de conexión» para habilitar el mecanismo de transferencia de responsabilidad penal, desde la actuación ilícita de algunas personas físicas hasta la persona jurídica. Es decir, contempla dos posibles y diferentes «hechos de conexión» en consideración al rango y facultades de las personas físicas que cometieron el delito de referencia (pp. 95-96). Los dos diferentes «hechos de conexión» se recogen en las letras a) y b) del primer apartado del artículo 31 bis del CP:

---

<sup>1</sup> Se debe advertir que la persona jurídica no comete el delito de estafa, alzamiento de bienes, blanqueo de capitales, contra la Hacienda Pública, etc., sino que es la persona física la que comete el delito, cuya responsabilidad se transfiere a aquella si se cumplen ciertos requisitos. No se trata de una transferencia automática, puesto que es preciso que concurren los «hechos de conexión» previstos en el primer apartado del artículo 31 bis del CP, pero sí de una transferencia o derivación de una responsabilidad que no puede tener naturaleza penal.

En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actúan individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
- b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Aunque estos tres presupuestos comunes requieren un análisis exhaustivo, en este trabajo solamente se puede examinar el primero de ellos, es decir, el ámbito subjetivo de aplicación de este régimen de responsabilidad «penal». Si bien en principio queda claro que los artículos 31 bis y siguientes del CP se aplican a aquellas entidades que poseen personalidad jurídica conforme a nuestra legislación, se debe tener en cuenta que este criterio formal por el que ha optado el legislador ha sido objeto de múltiples críticas y, además, existen ciertas colectividades o agrupaciones que pueden plantear problemas interpretativos. En este texto se aborda, por tanto, uno de los interrogantes que surgen a la hora de examinar esta regulación, relativo al concepto de *persona jurídica* como sujeto activo de ciertos delitos que utilizan los artículos 31 bis y siguientes del CP.

## 2. La ausencia de un concepto de *persona jurídica* en el artículo 31 bis del CP

El primer apartado del artículo 31 bis del CP comienza indicando que «en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables», por lo que es evidente que este régimen de responsabilidad «penal» se aplica a las personas jurídicas. No obstante, este precepto no aporta un concepto de *persona jurídica* y tampoco un elenco de los sujetos a los que se designa con tal denominación. Es decir, no se establece expresamente un ámbito subjetivo de aplicación, sino, a la inversa, un ámbito subjetivo de inaplicación en el artículo 31 quinquies del CP (Boldova Pasamar, 2013, p. 234). En este precepto se excluye a una serie de entes de derecho público del ámbito subjetivo de aplicación de los artículos 31 bis y siguientes del CP, pese a que poseen personalidad jurídica, debido a las funciones públicas que tienen encomendadas. Así, el primer apartado del artículo 31 quinquies del CP establece que «las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales,

a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas». Asimismo, se limitan las «penas» que se pueden imponer a las sociedades mercantiles públicas, ya que el segundo apartado de dicho precepto dispone que «en el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal». Aunque en este trabajo no se realiza un análisis del artículo 31 quinquies del CP, debo indicar que, en su redacción original del año 2010 (art. 31 bis.5 CP), figuraban en esta lista de sujetos excluidos de este régimen de responsabilidad «penal» los partidos políticos y los sindicatos. No obstante, la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, cambió la redacción del anterior artículo 31 bis.5 del CP para incluir a estos entes dentro del régimen de RPPJ. En el preámbulo de esta ley se indica que «de este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos». En el año 2010 también estaban excluidas de este régimen de responsabilidad «penal» las sociedades mercantiles estatales. Sin embargo, tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se estableció un régimen punitivo limitado para las sociedades mercantiles públicas (sustituyendo, con buen criterio, el calificativo de «estatales» por el de «públicas») en el segundo apartado del artículo 31 quinquies del CP. Por tanto, actualmente estas entidades pueden ser «penalmente» responsables de ciertos delitos cometidos por sus integrantes, si bien solamente se les pueden imponer las «penas» de multa e intervención judicial<sup>2</sup>.

No podemos identificar *persona jurídica* con el concepto de sociedad a efectos penales en los delitos societarios que se recoge en el artículo 297 del CP<sup>3</sup>, ya que este tiene un ámbito de aplicación limitado a estas concretas infracciones penales. El primer apartado del artículo 129 del CP, tras su modificación en el año 2010, dispone que «en caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, *por carecer de personalidad jurídica*, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer

<sup>2</sup> Véase un análisis exhaustivo del artículo 31 quinquies del CP en Fernández Teruelo (2020, pp. 60 y ss.) y González Cussac (2020, pp. 102 y ss.). En cuanto a la problemática relativa a la inclusión de los partidos políticos y de los sindicatos en el ámbito subjetivo de aplicación de los artículos 31 bis y siguientes del CP, decisión legislativa no exenta de críticas, pueden verse, por ejemplo, Maza Martín (2018, pp. 393 y ss.) y León Alapont (2019, pp. 37 y ss.).

<sup>3</sup> Artículo 297: «A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena» (cursiva añadida). De la lectura de este precepto se desprende que la aplicación del artículo 31 bis del CP o del artículo 129 del CP dependerá de que la colectividad u organización ostente o no personalidad jurídica<sup>4</sup>. Se parte, por tanto, de la existencia de personalidad jurídica como requisito formal para la posible atribución de responsabilidad «penal»<sup>5</sup>. Ello nos obliga a acudir a otras normas extrapenales para determinar qué entidades tienen personalidad jurídica y, por ende, pueden responder «penalmente» conforme a los artículos 31 bis y concordantes de nuestro Código Penal.

El artículo 35 del CC indica que son personas jurídicas las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, comenzando su personalidad desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas, y las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Por su parte, el artículo 116 del CCom denomina compañías mercantiles a aquellas que se hayan constituido con arreglo a las disposiciones de este Código, y señala que, una vez constituidas, tendrán personalidad jurídica en todos sus actos y contratos. En concreto, siguiendo a Rosal Blasco (2018), podemos mencionar, entre otras, las siguientes agrupaciones u organizaciones que ostentan personalidad jurídica con arreglo a nuestra legislación: las sociedades civiles que tienen personalidad jurídica, las sociedades colectivas, las agrupaciones de interés económico, las sociedades de capital (entre las que se incluyen las sociedades de respon-

---

<sup>4</sup> Como señalan Largo Gil *et al.* (2021, p. 71), la atribución de personalidad jurídica comporta que una sociedad tiene capacidad jurídica plena, tanto para adquirir y obligarse en el tráfico, como para ser titular de derechos y obligaciones propias; es titular de un patrimonio propio distinto del de los socios, aunque inicialmente esté formado por las aportaciones de estos; tiene una responsabilidad propia en el plano contractual y extracontractual; y posee un nombre propio y exclusivo, un domicilio y una nacionalidad. Dicho ello, debemos advertir que, como dice Paz-Ares Rodríguez (2021, p. 435), «la personalidad jurídica no pasa de ser en realidad más que un mecanismo de imputación de derechos y obligaciones que siempre desemboca en los únicos y verdaderos sujetos de Derecho que pueden existir, los seres humanos».

<sup>5</sup> La Circular de la FGE 1/2011, de 1 de junio, indica que «los nuevos sujetos pasivos del proceso penal, potenciales responsables de ilícitos de esa naturaleza, son las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil y algunas personas jurídico públicas, constituyendo la ostentación de personalidad jurídica un primer filtro en este sentido, de modo que para aquellos otros entes colectivos que carezcan de la misma, se ha previsto un régimen diverso –de aplicación potestativa– en el artículo 129 del Código Penal» (p. 16). También se realiza esta distinción formal en el artículo 2, apartados sexto y séptimo, de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, la cual se remite a los artículos 31 bis y 129 del CP. Artículo 2.6: «Las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas». Artículo 2.7: «Asimismo, cuando el delito se cometa en el seno, en colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica, le será de aplicación lo previsto en el artículo 129 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal».

sabilidad limitada, las sociedades anónimas y las sociedades comanditarias por acciones), las asociaciones, las sociedades agrarias de transformación, las sociedades de garantía recíproca, las cooperativas y las entidades aseguradoras (pp. 36-38). En cambio, como señala Zugaldía Espinar (2013), quedarían fuera de este elenco, por ejemplo, los comités ciudadanos, las asociaciones de hecho, las sociedades de hecho, las comunidades de bienes, las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, las sociedades civiles sin personalidad jurídica, las herencias yacentes, las uniones temporales de empresas y los grupos de sociedades (pp. 170-171). Incluye también este autor entre las entidades que no poseen personalidad jurídica a las sociedades en formación y a las sociedades irregulares<sup>6</sup>. Sin embargo, como se explicará a continuación, no resulta claro que ambas carezcan de personalidad jurídica, inclinándose un amplio sector doctrinal y jurisprudencial, así como la Fiscalía General del Estado, por sostener que dichas sociedades tienen personalidad jurídica, por lo que les podrían resultar de aplicación los artículos 31 bis y siguientes del CP.

Dentro del tipo de la sociedad de responsabilidad limitada o de la sociedad anónima se pueden distinguir distintas clases de entidades de naturaleza particular como, por ejemplo, las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada laborales, las sociedades profesionales y las sociedades anónimas deportivas. A pesar de que en ocasiones reciben subvenciones públicas, los clubes de fútbol son personas jurídicas de naturaleza privada susceptibles de ser condenados por los delitos cometidos por sus dirigentes o empleados si se cumplen los requisitos previstos en el primer apartado del artículo 31 bis del CP. El artículo 14 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte indica que «los Clubes deportivos, en función de las circunstancias que señalan los artículos siguientes, se clasifican en: a) Clubes deportivos elementales. b) Clubes deportivos básicos. c) Sociedades Anónimas Deportivas». Su artículo 19.1 señala que «los Clubes, o sus equipos profesionales, que participen en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, podrán adoptar la forma de Sociedad Anónima Deportiva a que se refiere la presente Ley. Dichas Sociedades Anónimas Deportivas quedarán sujetas al régimen general de las Sociedades Anónimas, con las particularidades que se contienen en esta Ley y en sus normas de desarrollo» (el Real Madrid C.F., el F.C. Barcelona, el Athletic Club de Bilbao y el C.A. Osasuna son los cuatro únicos clubes profesionales de España que no han adoptado la forma de sociedades anónimas deportivas). En nuestro país ya han sido condenados por la comisión de distintos delitos contra la Hacienda Pública el F.C. Barcelona, el Rayo Vallecano de Madrid, el Real Zaragoza y el C.A. Osasuna<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> También las incluyen en este elenco, por ejemplo, González Sierra (2014, p. 279), Feijóo Sánchez (2016a, p. 58), Velasco Núñez (2020, p. 37) y Muñoz Conde y García Arán (2022, pp. 604-605).

<sup>7</sup> Véanse, al respecto, la SAP de Barcelona 694/2016, de 14 de diciembre (F.C. Barcelona); la SAP de Madrid 545/2018, de 16 de julio, y la STS 496/2020, de 8 de octubre (Rayo Vallecano de Madrid); la SAP de Zaragoza 83/2020, de 2 de marzo (Real Zaragoza); y las SSAP de Navarra 223/2020, de 15 de septiembre, y 291/2021, de 28 de diciembre (C.A. Osasuna). Asimismo, puede verse un análisis de las particularidades que presentan el régimen de RPPJ y la prevención de la delincuencia a través de la implementación de *compliance programs* en los clubes de fútbol en Menéndez Conca (2023, pp. 33 y ss.).

Se debe aclarar que el artículo 129 del CP, que continúa utilizando la problemática denominación de «consecuencias accesorias» para designar a las reacciones jurídicas previstas contra entidades sin personalidad jurídica, también es aplicable a las personas jurídicas con respecto de algunas infracciones penales. En concreto, se pueden imponer consecuencias accesorias a las personas jurídicas por la comisión de delitos de manipulación genética (art. 162 CP), alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262.2 CP), obstaculización de la actividad inspectora o supervisora (art. 294 CP), delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 CP) y falsificación de moneda (art. 386.4 CP). También está prevista la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP en los delitos de asociaciones ilícitas (art. 520 CP) y organizaciones y grupos criminales (art. 570 quater.1 CP), aunque en este último caso también se pueden imponer las «penas» previstas en el artículo 33.7 del CP. En el delito de falsificación de moneda también se prevé la RPPJ (art. 386.5 CP). El segundo apartado del artículo 129 del CP dispone que «las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior solo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas». Por tanto, a las entidades sin personalidad jurídica se les pueden imponer consecuencias accesorias en caso de que se cometa alguno de los delitos en los que está prevista la RPPJ y, además, en los referidos delitos en los que se aplica a las personas jurídicas el artículo 129 del CP, en lugar de los artículos 31 bis y siguientes del CP. En cambio, lo que no es posible es imponer las «penas» del artículo 33.7 del CP a una persona jurídica por la comisión de alguno de dichos delitos en los que solo se prevé la aplicación del artículo 129 del CP<sup>8</sup>.

Conforme al principio de territorialidad que rige en el orden penal, los tribunales españoles conocerán de las causas por delitos cometidos en España, bien por realizarse la conducta delictiva en territorio nacional, bien por producirse aquí el resultado. Por tanto, si el delito se ha cometido en España, la entidad implicada podrá ser juzgada por nuestros tribunales, con independencia de cuál sea su nacionalidad. Como señala Blanco Cordero (2023),

la ley aplicable a la responsabilidad penal de la persona jurídica viene determinada por el lugar en el que la persona física comete el delito. Por ello, la empresa debe responder penalmente ante los tribunales nacionales del lugar de ejecución del delito, que solo puede ser aquel en el que la persona física lleva a cabo la infracción penal. Es esta la que determina el *locus commissi delicti* (p. 29).

También serán competentes los órganos judiciales españoles si concurre alguno de los motivos descritos en el artículo 23 de la LOPJ que permiten enjuiciar a las personas que han intervenido en delitos cometidos fuera del territorio nacional. De este modo, una entidad ex-

<sup>8</sup> Pueden verse, al respecto, entre otros, Zugaldía Espinar (2013, pp. 172-173), Bacigalupo Saggese (2013, p. 93), González Tapia (2014, pp. 60-61), Dopico Gómez-Aller (2015a, p. 367), Feijoo Sánchez (2016b, pp. 306-307 y 309) y León Alapont (2017, p. 13).

trajera podría quedar sometida a un procedimiento penal en España, si bien, como se ha dicho, la aplicación del artículo 31 bis del CP o del artículo 129 del CP dependerá de que la misma ostente o no personalidad jurídica. Conforme al artículo 9.11 de la CC, «la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción». Asimismo, el artículo 15 del CCom señala que «los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España; con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias». Por consiguiente, para averiguar si una determinada agrupación o colectividad extranjera tiene personalidad jurídica, habremos de acudir a su correspondiente legislación nacional<sup>9</sup>. Como advierte Feijóo Sánchez (2016a), el sistema adoptado por el Código Penal abre una problemática con respecto de las personas jurídicas extranjeras que tienen sucursales o unidades de producción en España a las que no han dotado de personalidad jurídica, puesto que, en estos casos, se podría optar por aplicar alguna de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP a la sucursal o unidad de producción española que carece de personalidad jurídica, imponer una pena a la persona jurídica extranjera con arreglo a los artículos 31 bis y siguientes del CP entendiendo que dicha sucursal o unidad de producción es una parte de la persona jurídica extranjera, o incluso se podría escoger conjuntamente ambas opciones (pp. 59-60).

### 3. Supuestos problemáticos

#### 3.1. Sociedades mercantiles o de capital en formación y sociedades devenidas irregulares

Este criterio formal de la personalidad jurídica para identificar a aquellas entidades o agrupaciones que pueden ser sujetos activos de ciertos delitos conforme a lo dispuesto en los artículos 31 bis y siguientes del CP parece lógico (Rosal Blasco, 2018, p. 35), ya que, en principio, aporta seguridad jurídica a este sistema (Tugui, 2022, pp. 40-42) e impide que pue-

<sup>9</sup> En similares términos, la Circular de la FGE 1/2011, de 1 de junio, indica que «en nuestro sistema, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se ha hecho depender de su nacionalidad, si bien las entidades extranjeras, conforme prevé el artículo 9.11 del Código de Comercio (sic), se rigen por su Ley personal, esto es, la determinada por su nacionalidad, en todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. Para determinar pues la personalidad jurídica de las entidades extranjeras, habrá que estar a la legislación nacional que les sea propia. Asimismo, resultan de aplicación los criterios relativos a los límites espaciales de la Ley penal coincidentes con el ámbito de la jurisdicción, y, por tanto, y con carácter general, los establecidos en el art. 23 LOPJ» (p. 16).

dan realizarse interpretaciones extensivas o analógicas para aplicar el régimen de RPPJ a realidades sociales o económicas similares, pero carentes de personalidad jurídica (Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 321)<sup>10</sup>. Aun así, podemos encontrar algún caso en la jurisprudencia en que se ha condenado a una agrupación carente de personalidad jurídica en aplicación de los artículos 31 bis y siguientes del CP. La SAP de Cantabria 23/2018, de 22 de enero (FJ 2.º), tuvo que revocar la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Santander, que había condenado a una sociedad civil carente de personalidad jurídica por la comisión de un delito de falsedad en documento mercantil en concurso con un delito de estafa. Como se indica en la sentencia, «nos encontramos ante una sociedad civil que, *per se*, carecería de personalidad jurídica propia, respondiendo sus socios de forma personal e ilimitada de las deudas de la sociedad, una vez liquidado, en su caso, el patrimonio de la sociedad. [...] No cabe exigirle responsabilidad penal por la vía del art. 31 bis del Código Penal, al no concurrir el presupuesto básico del mismo, esto es, al no tratarse de un ente con personalidad jurídica propia».

La lectura conjunta de los artículos 31 bis y 129 del CP deja claro que aquel precepto solamente puede aplicarse a las entidades que posean personalidad jurídica. Sin embargo, no siempre resulta sencillo averiguar si una determinada colectividad posee personalidad jurídica y, si es así, cuándo comienza a ostentarla. Como se advierte en la Circular de la FGE 1/2011, de 1 de junio (pp. 24 y ss.), un supuesto peculiar es el de las sociedades mercantiles o de capital en formación. Para averiguar cuándo adquieren personalidad jurídica estas sociedades, debemos acudir a los artículos 20 y 33 de la LSC, los cuales señalan que «la constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil» y que «con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido». Aunque de la lectura de este último precepto podría inferirse que la sociedad adquiere personalidad jurídica en el momento en que se inscribe en el Registro Mercantil, la doctrina mayoritaria entiende que la ausencia de inscripción registral no determina la falta de personalidad jurídica de la sociedad, puesto que, como dice Vela Torres (2021a),

la tajante afirmación que se deduce del artículo 33 LSC, relativa a que la adquisición de la personalidad jurídica está subordinada a la inscripción, únicamente es sostenible si se entiende respecto de la personalidad del tipo societario elegido. Es decir, lo que se obtiene con la inscripción es la personalidad jurídica como sociedad de capital (en la modalidad elegida, dentro del elenco del artículo 1), pero no quiere decir que la falta de inscripción impida que la sociedad constituida en la escritura pública no adquiera ningún tipo de personalidad jurídica (pp. 789 y ss.)<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> En el mismo sentido se han pronunciado, entre otros, Morillas Cueva (2011, p. 25), Feijóo Sánchez (2016a, p. 58) y Fernández Teruelo (2020, p. 51).

<sup>11</sup> Véanse, en el mismo sentido, entre otros, Fernández de la Gándara (2010, pp. 370 y ss.), Sáez Lacave (2011a, pp. 421-422), Valpuesta Gastaminza (2013, pp. 156-157), Marqués Mosquera (2017, pp. 276-277), Paz-Ares Rodríguez (2021, pp. 434-435) y Broseta Pont y Martínez Sanz (2021, p. 321). Sigue esta misma línea interpretativa la Circular de la FGE 1/2011, de 1 de junio (pp. 25-26). No obstante, otros

La STS 324/2017 (NormaCEF NCJ062362), de 24 de mayo (FJ 2.º), sostiene que «la falta de inscripción de la escritura de constitución no priva de personalidad jurídica a la sociedad, sin perjuicio de cuál sea el régimen legal aplicable en función de si se trata de una sociedad en formación o irregular. En uno y en otro caso, tienen personalidad jurídica». En el mismo sentido se ha pronunciado la STS 143/2022 (NormaCEF NCJ065965), de 17 de febrero (FJ 2.º).

Por otra parte, en el caso de las sociedades devenidas irregulares, el artículo 39.1 de la LSC dispone que «una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones». En la SAN 2/2015, de 23 de enero (FJ 2.º), se había negado que una sociedad irregular posea personalidad jurídica y, por ende, pueda ser enjuiciada con arreglo a dispuesto en los artículos 31 bis y siguientes del CP, si bien en este caso la absolucón de la entidad implicada no se produce por este motivo. En esta sentencia se indica que a efectos penales, «como es el caso, nos encontramos ante una sociedad irregular carente de personalidad jurídica, y por lo tanto excluida del sistema de responsabilidad penal que para las personas jurídicas establece el artículo 31 bis del Código Penal [...], siendo aplicable en su caso, las denominadas "consecuencias accesorias" contenidas en el artículo 129 del Código Penal, expresamente previstas para ese tipo de entidades jurídicas. La nota distintiva de este tipo de sociedades es su incapacidad para realizar acciones jurídicamente relevantes y para actuar culpablemente, ya que salvo a efectos fiscales, no existen como tales formalmente [...]. Es más, incluso a efectos penales, una sociedad irregular carece de patrimonio propio, y, en consecuencia, ni se le puede disolver, ya que no existe como tal, ni se le puede imponer una sanción pecuniaria, ya que carece de patrimonio autónomo; y todo ello, sin perjuicio de las obligaciones que los socios pudieran haber asumido en nombre de la sociedad frente a terceros, que les sería exigible en su caso en vía mercantil». Sin embargo, lo cierto es que gran parte de la doctrina considera que las sociedades irregulares, en tanto intervienen en el tráfico jurídico, aunque sin estar inscritas, tienen personalidad jurídica distinta de la de sus socios, puesto que, como se ha indicado, el incumplimiento del requisito de la inscripción en el Registro Mercantil previsto en el artículo 33 de la LSC no implica que la sociedad afectada carezca de personalidad jurídica, sino que únicamente impide la adquisición de personalidad jurídica como sociedad de capital, conforme al tipo social elegido<sup>12</sup>. También se reconoce la personalidad jurídica *sui generis* de la so-

---

autores estiman que la adquisición de la personalidad jurídica está subordinada a la inscripción en el Registro Mercantil, por lo que carecen de la misma las sociedades en formación y las sociedades devenidas irregulares. Pueden verse, en este sentido, por ejemplo, Fernández Fernández (2013, pp. 163-164) y García-Pita y Lastres (2016, pp. 326 y ss.).

<sup>12</sup> Pueden verse, en este sentido, entre otros, Sáez Lacave (2011b, pp. 452-453), Marqués Mosquera (2017, pp. 312-313), Paz-Ares Rodríguez (2021, pp. 434-435), Broseta Pont y Martínez Sanz (2021, pp. 319-320), Largo Gil, Hernández Sainz y Gállego Lanau (2021, pp. 66-67) y Vela Torres (2021b, pp. 818-819). En la misma línea se ha pronunciado la Circular de la FGE 1/2011, de 1 de junio (pp. 26-28). Sin embargo, como se ha dicho, algunos autores como los citados anteriormente discrepan de esta postura.

ciudad irregular, por ejemplo, en las SSTS 919/2002, de 11 de octubre (FJ 1.º), y 1177/2006 (Norma CEF NCJ048713), de 20 de noviembre (FJ 3.º).

En consecuencia, siguiendo a la mayor parte de la doctrina en el ámbito del derecho mercantil, podemos concluir que tanto las sociedades mercantiles o de capital en formación como las sociedades devenidas irregulares ostentan personalidad jurídica y, por tanto, pueden ser sujetos activos de ciertos delitos en aplicación de los artículos 31 bis y siguientes del CP. La Circular de la FGE 1/2011, de 1 de junio, menciona también a las sociedades secretas como entidades de características peculiares, si bien resulta más claro que las mismas carecen de personalidad jurídica, ya que el artículo 1669 del CC establece que «no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes», por lo que solo les podrá resultar de aplicación el artículo 129 del CP.

### 3.2. Uniones temporales de empresas y grupos de sociedades

También pueden plantear problemas en esta materia los supuestos de uniones temporales de empresas (UTE) y de grupos de sociedades, puesto que ambas agrupaciones carecen de personalidad jurídica, pero están compuestas por entidades que sí la poseen. En cuanto a las UTE, el artículo 7.2 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial regional, deja claro que «la Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia». Por su parte, el artículo 18 del LSC indica que «a los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concorra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras». Existe consenso en la jurisprudencia y también en la doctrina en afirmar que los grupos de sociedades carecen de personalidad jurídica. Así, por ejemplo, la STS 76/2020, de 4 de febrero (FJ 3.º), señala que «los grupos de sociedades carecen de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un «patrimonio de grupo», ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales que justifiquen el levantamiento del velo»<sup>13</sup>.

La Circular de la FGE 1/2011, de 1 de junio (pp. 28-29), sostiene que si una unión temporal de empresas estuviera implicada en un delito únicamente podría aplicarse, en su caso, alguna de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del CP, sin perjuicio de

<sup>13</sup> Pueden verse también, al respecto, las SSTS 100/2014 (Norma CEF NCJ058594), de 30 de abril (FJ 6.º), y 429/2014, de 17 de julio (FJ 3.º). En la doctrina véanse, por ejemplo, Fernández de la Gándara (2010, pp. 1842-1843) y Caba Tena (2019, pp. 195 y 225).

que las empresas que la componen puedan ser condenadas a título individual conforme a los artículos 31 bis y siguientes del CP<sup>14</sup>. La misma solución sería predicable, a juicio de algunos autores, en los casos en que concurra un grupo de sociedades<sup>15</sup>. No obstante, García Albero (2019) considera que al grupo de sociedades no solo no se le puede aplicar el artículo 31 bis del CP (por carecer, como se ha dicho, de personalidad jurídica), sino tampoco el artículo 129 del CP, porque las consecuencias accesorias recogidas en este precepto solo resultan de aplicación cuando no hay personas jurídicas a las que atribuir responsabilidad penal, y un grupo de sociedades está conformado por entidades con personalidad jurídica que pueden ser condenadas conforme a los artículos 31 bis y siguientes del CP. Por consiguiente, según este autor, no se podría condenar a las sociedades que integran el grupo en aplicación del régimen de RPPJ y aplicar también unas consecuencias accesorias a un «grupo» que, en realidad, serían nuevas sanciones a la entidad dominante, con infracción del principio *non bis in idem* (pp. 284-285). En el mismo sentido, Pérez Rivas (2023) afirma que

la referencia expresa que se contiene en el art. 129 CP a los grupos de empresa, unido al dato de que estos carecen de personalidad jurídica, nos lleva a concluir que se podría actuar sobre los mismos mediante la imposición de esas consecuencias accesorias, siempre que el concreto autor del delito resulte condenado. No obstante, esta propuesta no resulta satisfactoria, ya que las consecuencias accesorias del art. 129 CP solo resultan de aplicación cuando no hay persona jurídica a quien imputar la responsabilidad criminal por los hechos cometidos en su seno, circunstancia que no concurre en los grupos de sociedades, los cuales [...] están conformados por una pluralidad de personas jurídicas (p. 4).

Dopico Gómez-Aller (2015b) sostiene que imponer las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP a grupos de empresas supone imponérselas directamente a personas jurídicas. En palabras de este autor,

los grupos de empresas son grupos de personas jurídicas. En los grupos de empresas la actividad empresarial es desarrollada por las concretas personas jurídicas, por más que pueda existir coordinación entre ellas. La conclusión es evidente si atendemos a las características de las consecuencias jurídicas de las que hablamos, que no son puramente pecuniarias sino de corte interdictivas. No es posible intervenir judicialmente un grupo de sociedades sin intervenir a las sociedades en sí. No es posible clausurar los locales de un grupo de sociedades sin clausurar los de las sociedades en sí (p. 169).

<sup>14</sup> Véanse, en el mismo sentido, entre otros, Zugaldía Espinar (2013, pp. 171-172), Bacigalupo Saggese (2013, p. 75), Fernández Fernández (2013, p. 164), Silva Sánchez (2016, p. 320), Dopico Gómez-Aller (2018, p. 166) y Gil Nobajas (2018, p. 17).

<sup>15</sup> Pueden verse, en este sentido, entre otros, Gómez-Jara Díez (2011, pp. 60-61), Zugaldía Espinar (2013, p. 174), Fernández Fernández (2013, p. 164), Silva Sánchez (2016, p. 320), Gil Nobajas (2018, p. 17) y Blanco Cordero (2021, pp. 100-102).

Este problema no se produce, según Dopico Gómez-Aller (2015b), en el caso de las uniones temporales de empresas, ya que la aplicación de consecuencias accesorias a una UTE no supone imponérselas a las personas jurídicas que participan en ella, sino solo a una concreta empresa (carente de personalidad jurídica) en la que participan. Por tanto, clausurar los locales de una UTE o suspender sus actividades, por ejemplo, no implica clausurar los locales o suspender las actividades de las empresas que la participan (pp. 169-170). Por su parte, Nieto Martín (2015) estima que la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP solo tiene sentido frente a entidades que resulten peligrosas debido a que están orientadas a la comisión de hechos ilícitos (empresas criminales) o a que la forma en que son gestionadas supone un peligro para terceros. Por ello, carece de lógica alguna que entes con personalidad jurídica como los que integran un grupo de sociedades o una UTE, por un determinado régimen de participaciones, puedan acabar en el campo de aplicación del artículo 129 del CP. En opinión de este autor, la comisión de un delito en un grupo de sociedades compuesto por personas jurídicas debe ser tratado exclusivamente en el marco del artículo 31 bis del CP, entendiendo que los administradores de la empresa matriz son administradores de hecho de la filial y que, por tanto, están obligados a extender el debido control sobre todo el grupo, en cuanto que sus empleados estarían «sometidos a su actividad» (pp. 102-103)<sup>16</sup>.

Se deben distinguir los supuestos en que el delito se ha cometido en el seno de un grupo de sociedades de aquellos casos en que el hecho delictivo se ha producido en una unión temporal de empresas. Dado que el grupo de sociedades carece de personalidad jurídica, en principio parece que la solución correcta sería imponer las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP al grupo de sociedades y condenar a las personas jurídicas que lo integran en aplicación de los artículos 31 bis y siguientes del CP. Sin embargo, lo cierto es que, como sostiene un importante sector de la doctrina, cuando se pueden imponer las «penas» del artículo 33.7 del CP a las personas jurídicas que integran el grupo, no solo no es necesario aplicar también el artículo 129 del CP, sino que hacerlo infringiría el principio *non bis in idem*. En cambio, cuando se trata de una unión temporal de empresas, es posible acudir tanto a los artículos 31 bis y siguientes del CP como al artículo 129 del CP, debido a que, como dice Dopico Gómez-Aller (2015b), la imposición de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP a una unión temporal de empresas no supone imponérselas a las personas jurídicas que participan en ella, sino solo a una concreta empresa (carente de personalidad jurídica) en la que participan (pp. 169-170). Se aplicaría alguna de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP a la unión temporal de empresas y, además,

---

<sup>16</sup> Habría que diferenciar los supuestos en que el delito es cometido por dirigentes o empleados de la sociedad matriz y también de alguna de sus filiales, los casos en que la infracción penal es realizada únicamente por un empleado de una filial, pero siendo consciente de que su comportamiento delictivo beneficia al grupo y, en tercer lugar, los supuestos en que el delito es cometido por los administradores de hecho de la filial, que a su vez son administradores de derecho de la matriz, en beneficio de ambas. Nieto Martín (2015) propone aplicar de forma analógica la cláusula de modulación de las cuantías de las penas de multa prevista en el primer apartado del artículo 31 ter del CP para paliar los problemas de *ne bis in idem* que se podrían suscitar en estos supuestos de imposición de varias sanciones penales (p. 104).

a las personas jurídicas que participan en ella se les podría imponer alguna o varias de las «penas» recogidas en el artículo 33.7 del CP (en todo caso, la «pena» de multa), siempre y cuando concurren los requisitos previstos en las letras a) o b) del primer apartado del artículo 31 bis del CP (los llamados «hechos de conexión»).

#### **4. Consideraciones críticas sobre el criterio formal de la personalidad jurídica que utiliza el artículo 31 bis del CP**

Aunque el criterio formal de la personalidad jurídica que utiliza el artículo 31 bis del CP para identificar a aquellas entidades o agrupaciones que pueden ser sujetos activos de ciertos delitos parece aportar seguridad jurídica a este sistema, se deben tener en cuenta las dificultades que se presentan en algunos casos para determinar si ciertas colectividades poseen o no personalidad jurídica y, en su caso, en qué momento la adquieren. Feijóo Sánchez (2012) considera que, dado que pueden existir entidades que ostenten personalidad jurídica exclusivamente con respecto de determinados ámbitos jurídicos, en estos casos solo será posible exigir responsabilidad penal con respecto de los ámbitos delictivos en los que se reconozca dicha personalidad jurídica. De este modo, por ejemplo, si una entidad posee en exclusiva personalidad jurídica conforme a lo establecido en la legislación tributaria, solo podrá responder penalmente por la comisión de un delito de defraudación tributaria. Para otros ámbitos delictivos en los que no se reconozca la personalidad jurídica habrá de recurrirse a las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP. Según este autor,

la interpretación contraria llevaría a impedir que a entidades con personalidad jurídica en determinados ámbitos no se les pudieran aplicar ni las penas derivadas del art. 31 bis ni las consecuencias del art. 129 por tener personalidad jurídica y ello carecería de sentido (p. 57).

Por otra parte, cabe mencionar que no es pacífica la postura acerca de la conveniencia de que algunas entidades que no poseen personalidad jurídica continúen careciendo de la misma, como sucede, por ejemplo, con las comunidades de propietarios, respecto de las cuales existen opiniones, aunque minoritarias, como la de Magro Servet, que abogan por el reconocimiento de la personalidad jurídica a estas colectividades con objeto de facilitar sus operaciones crediticias (Fuentes-Lojo Rius *et al.*, 2022, pp. 1 y ss.). Aunque no puedo detenerme en esta cuestión, resulta muy interesante también el tratamiento jurídico dispensado a las comunidades de bienes que desarrollan una actividad económico-empresarial con su patrimonio y su consideración como sociedades irregulares de carácter colectivo, si el objeto es mercantil, puesto que la atribución del carácter societario y su condición de sociedad externa implica la atribución de cierto grado de personalidad jurídica. Así, la STS 469/2020 (Norma CEF NCJ065151), de 16 de septiembre (FJ 5.º), señala que «de los propios estatutos de la denominada Comunidad de Usuarios, que figuran en escritura pública, no parece que el ente así constituido pueda ser calificado como comunidad de bienes, porque

no se destina a la mera administración estática de unos bienes, sino a la explotación de un negocio de generación de energía solar. [...] Una entidad de estas características, aunque revista la forma de comunidad de bienes, por haberse constituido para desarrollar una actividad claramente mercantil, la explotación en común de unos huertos solares, y actuar en el tráfico como centro de imputación de derechos y obligaciones, merece la consideración de sociedad mercantil, colectiva. Su carácter irregular, por la falta de inscripción registral, no impide que se le pueda reconocer cierta personalidad jurídica por la mera exteriorización de esta entidad en el tráfico, que constituye una publicidad de hecho».

La elección de este criterio formal de la personalidad jurídica por parte del legislador no ha estado exenta de críticas debido a que, como dice Urruela Mora (2012), carece de una justificación clara (pp. 447-448). Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en nuestra doctrina algunos autores como Gómez-Jara Díez (2005, pp. 241 y ss.) y Nieto Martín (2008, pp. 166 y ss.) habían mantenido que no todas las empresas son «imputables» en el derecho penal empresarial<sup>17</sup>, puesto que, como afirmaba el primero, para que estas tengan la capacidad de recibir una imputación jurídico-penal, esto es, puedan ser imputables, es necesario que hayan desarrollado una autorreferencialidad suficiente basada en una determinada complejidad propia. En consecuencia, podrían descartarse como personas jurídico-penales en el ámbito del derecho penal empresarial a las denominadas sociedades pantalla y a las sociedades con una complejidad propia insuficiente<sup>18</sup>. Al tratar la imputabilidad corporativa estos autores consideraban que para identificar a las entidades que pueden responder penalmente por los delitos cometidos por sus integrantes no debe prestarse atención a la existencia o no de personalidad jurídica, sino a la complejidad de su estructura organizativa. Siguiendo esta línea, tras la reforma del Código Penal del año 2010 no son pocos los autores que han criticado que nuestro Código Penal, a diferencia de lo que sucede en otros países, establezca un doble régimen de respuestas jurídicas para entidades con personalidad jurídica en los artículos 31 bis y siguientes del CP y otro para agrupaciones que carecen de la misma en el artículo 129 del CP<sup>19</sup>, máxime si tenemos en cuenta que la re-

<sup>17</sup> En realidad, no se puede distinguir entre personas jurídicas «imputables» e «inimputables», ya que los entes colectivos (y, en concreto, las personas jurídicas) carecen en todo caso de capacidad de culpabilidad.

<sup>18</sup> Durante estos años se ha discutido en la doctrina si las denominadas sociedades pantalla o de fachada y las entidades que carecen de una mínima complejidad organizativa interna deberían quedar excluidas del ámbito subjetivo de aplicación de los artículos 31 bis y siguientes del CP. Dado que ambos supuestos plantean distintos problemas interpretativos, es necesario abordar su análisis exhaustivo en trabajos independientes.

<sup>19</sup> En este sentido, Bacigalupo Saggese (2013) afirma que «la distinción de la responsabilidad penal de los entes colectivos entre los que tienen y no tienen personalidad jurídica que ha utilizado el legislador se puede decir que está históricamente superada y no se corresponde con la realidad de la vida de los negocios actual, como tampoco a las soluciones más modernas contempladas en otros ordenamientos jurídicos europeos y a escala comunitaria. Lo decisivo a la hora de definir al destinatario de la norma y a fin de elaborar los criterios de imputación debería ser la existencia de un patrimonio autónomo del que el ente colectivo, tenga o no personalidad jurídica, sea titular». Según esta autora, sería preferible establecer la responsabilidad penal de los entes colectivos, no de las personas jurídicas, siguiendo así el modelo

dación de este último precepto continúa siendo tan defectuosa como lo era antes del año 2010, puesto que no se indican los criterios que permiten aplicar consecuencias accesorias a estas entidades y solamente se exige que su imposición sea motivada<sup>20</sup>.

En algunas legislaciones cercanas a la nuestra se permite la atribución de responsabilidad (penal o administrativa) por los delitos cometidos en su seno no solo a las personas jurídicas, sino también a las colectividades o agrupaciones que carecen de personalidad jurídica. Así, por ejemplo, el artículo 51.3 del Código Penal neerlandés permite atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas y también a las sociedades sin personalidad jurídica y a las asociaciones y fundaciones. El artículo 11.2 y 5 del Código Penal portugués prevé la responsabilidad penal de las personas colectivas y de las entidades equiparadas, entendiéndose por tales las sociedades civiles y las asociaciones de hecho, las cuales, pese a carecer de personalidad jurídica, están sujetas a lo dispuesto en aquel precepto. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.2 del Decreto Legislativo italiano 231/2001, de 8 de junio, esta norma se aplica no solo a las entidades con personalidad jurídica, sino también a las sociedades y asociaciones que carecen de la misma. Aunque en este país se regula la responsabilidad administrativa de estas entidades, la mayor parte de la doctrina estima que se trata realmente de un régimen de responsabilidad de naturaleza penal o cuasipenal. Se debe destacar la legislación italiana debido a que el Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de

---

propuesto en el artículo 14 del *Corpus Iuris* (pp. 76-77). Por su parte, Nieto Martín (2012) considera que tendría que seguirse un concepto económico y no jurídico de empresa basado en la personalidad jurídica. La distinción en los artículos 31 bis y 129 del CP no debería ser la de entidades con o sin personalidad jurídica, sino que el diferente tratamiento jurídico-penal tendría que descansar en la consideración de que se trate de agrupaciones de economía legal o, en cambio, que estemos ante sociedades pantalla o de fachada (pp. 108-109). También se muestran críticos con la elección de este criterio formal de la personalidad jurídica por parte del legislador, entre otros, Gómez-Jara Díez (2011, pp. 51-52), Galán Muñoz (2011, pp. 42-43), Zugaldía Espinar (2013, p. 169), Berdugo Gómez de la Torre y Matellanes Rodríguez (2013, pp. 12-13), Gómez Tomillo (2015, pp. 51 y ss.), Rosal Blasco (2018, p. 70), Maza Martín (2018, pp. 257-258), Gil Nobajas (2018, pp. 20 y ss.) y León Alapont (2019, pp. 246-247).

<sup>20</sup> Como advierte Mayo Calderón (2023), en el artículo 129 del CP «no encontramos una descripción de los presupuestos de aplicación de tales medidas, ni tampoco del supuesto de hecho que les sirve de fundamento, que pudiera calificarse siquiera de mínimos. El legislador se ha limitado a decir en el artículo 129 que el juez o tribunal podrá aplicarla "en los supuestos previstos en este Código", pero en ninguna parte ha descrito los "presupuestos" determinantes de su aplicación. En algunos de los supuestos en que aparecen previstas expresamente en la Parte Especial, pero no en todos, suele describirse, sin embargo, algún elemento del supuesto de hecho, como por ejemplo que se haya *utilizado* el local o establecimiento para la comisión del delito o que el culpable *pertenezca* a una organización dedicada a las actividades delictivas de que se trate en cada caso. No cabe duda sobre que estas circunstancias deben estimarse constitutivas del supuesto de hecho de aplicación de las medidas, pero tampoco puede haber duda sobre que tales circunstancias representan solo un fragmento del supuesto de hecho y que este, por consiguiente, debe ser completado con otros sobre los que la ley guarda el más absoluto silencio» (p. 882). Por su parte, González Tapia (2014) señala que «otra conclusión muy relevante que se desprende de la lectura del art. 129 es la indeterminación en cuanto a los criterios que van a justificar la imposición al ente sin personalidad de las consecuencias accesorias. Tampoco, por tanto, los que vendrían a justificar su no aplicación» (pp. 61 y ss.).

junio, ha tenido una gran influencia en las reformas del Código Penal español en materia de RPPJ efectuadas en los años 2010 y 2015. Esa influencia se evidencia en el hecho de que nuestro legislador ha copiado literalmente distintos preceptos de dicha norma. Sin embargo, no se ha optado en nuestro país por permitir la aplicación de los artículos 31 bis y siguientes del CP a las entidades que carecen de personalidad jurídica.

Gómez Tomillo (2015) afirma que seguir el criterio formal de la personalidad jurídica implica acudir a normas extrapenales que no siempre son leyes orgánicas, por lo que no concurren en estos casos los requisitos de una norma penal en blanco. Atendiendo a los fines perseguidos por el derecho penal, identificados con la protección de bienes jurídicos, y realizando una interpretación coherente con los fines preventivos perseguidos con el reconocimiento de la RPPJ en nuestro Código Penal, este autor estima que, además de su correspondiente previsión legal, deben concurrir tres condiciones para que se pueda imputar la comisión de un delito a una entidad. En primer lugar, ha de tratarse de una organización que posea algún tipo de reconocimiento por parte del derecho positivo, de modo que se pueda mantener su condición de persona «jurídica», al tiempo que sea posible que le sean imputados derechos y deberes. En segundo lugar, es necesario que la organización tenga materialmente potencialidad para afectar al bien jurídico protegido por la norma. Por último, debe poseer la capacidad abstracta para hacer frente a la pena de multa, independientemente de cuál sea su capacidad económica real en el caso concreto, lo que supone la existencia de un patrimonio autónomo sobre el que hacer efectiva la sanción penal (pp. 52-54).

No obstante, aunque *de lege ferenda* se podría proponer, como ha hecho parte de la doctrina, que este sistema de atribución de responsabilidad «penal» tenga como sujetos activos a los entes colectivos, y no a las personas jurídicas, siempre que concurrieran las referidas condiciones, entiendo que la adopción de un criterio de carácter material para identificar a las agrupaciones o colectividades a las que les pueden resultar de aplicación los artículos 31 bis y siguientes del CP no puede ser incompatible con la lectura conjunta de los artículos 31 bis y 129 del CP, de la cual se desprende que las entidades que carecen de personalidad jurídica no pueden ser condenadas con arreglo a los artículos 31 bis y siguientes del CP<sup>21</sup>. Por ello, aunque pueda resultar discutible, en tanto se mantenga el criterio formal de la personalidad jurídica en el artículos 31 bis del CP, no se podrá atribuir responsabilidad «penal» con arreglo a este precepto a una agrupación o colectividad que carezca de la misma, debiéndose aplicar, en su caso, el artículo 129 del CP. En este sentido se ha pronunciado un importante sector de la doctrina. Así, por ejemplo, González Cussac (2020) afirma que

la regla general debe ser aplicar el criterio normativo-formal. Por consiguiente, únicamente a las entidades a las que el Derecho reconoce personalidad jurídica podrá

<sup>21</sup> En palabras de León Alapont (2023), «el art. 31 bis 1 CP refiere a un tipo de responsabilidad penal exclusiva para personas jurídicas, por lo que será *conditio sine qua non* para aplicar tal modelo que el ente colectivo de que se trate deba poseer personalidad jurídica» (p. 23).

aplicarse el art. 31 bis. Es decir, que no podrá recurrirse al criterio material para tratar a una entidad sin personalidad jurídica como si la tuviera. El Derecho Penal no debe operar esta transmutación jurídica. Y no lo debe hacer por razones de interpretación sistemática, unitaria y coherente de todo el ordenamiento jurídico. Pero también porque le obliga el principio de vigencia conforme a lo dispuesto en el art. 129 CP, específicamente previsto, precisamente, para esos supuestos. Por tanto, parece conveniente aplicar el régimen del art. 31 bis solo a las sociedades efectivamente dotadas de personalidad jurídica de acuerdo al criterio normativo-formal (p. 100).

Fuentes Osorio (2023) señala que

esta perspectiva formal no permite punir a un ente sin personalidad jurídica con las sanciones vinculadas con los arts. 31 bis y 66 bis CP cuando tenga una estructura compleja porque se exige la personalidad formal para poder imponer estas penas (pp. 62-63).

Por su parte, Feijóo Sánchez (2012) advierte que

una mayor seguridad jurídica, por la formalidad de este sistema, puede acabar dando lugar –y de hecho da lugar– a soluciones materialmente insatisfactorias, pero el texto de la ley no permite otra opción que aceptar esta decisión legislativa de partida (p. 56)<sup>22</sup>.

Algunos autores proponen utilizar un criterio mixto o formal-material para determinar el ámbito subjetivo de aplicación de este régimen de responsabilidad «penal» corporativa. Como dice Díez Ripollés (2012), se trataría de que el concepto legal de *persona jurídica* se complementa penalmente con «un enfoque material, atinente a la realidad económica y teleológica de su funcionamiento, y con la mira puesta en los objetivos pretendidos de prevención y persecución penales de estos entes colectivos» (p. 10)<sup>23</sup>. Aunque el artículo 130.2 del CP no puede ser analizado en este trabajo, se debe mencionar que el enfoque material adoptado para atribuir responsabilidad «penal» a las personas jurídicas adquiere una gran importancia en los supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica, puesto que se traslada la responsabilidad «penal» a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida, o a la entidad o entidades que resulten de la escisión.

<sup>22</sup> Pueden verse también, en este sentido, Gómez-Jara Díez (2011, p. 58), León Alapont (2019, p. 247), Gutiérrez Pérez (2021, pp. 121-122) y Tugui (2022, pp. 42-43).

<sup>23</sup> Abogan también por la utilización de un criterio mixto o formal-material para determinar el ámbito subjetivo de aplicación del régimen de RPPJ, entre otros, Nieto Martín (2008, pp. 29-30 y 166 y ss.), Gómez-Jara Díez (2011, pp. 54 y ss.), Galán Muñoz (2011, pp. 42-44), González Sierra (2014, pp. 286 y ss.), Gil Nobajas (2018, pp. 28 y ss.), González Cussac (2020, pp. 99 y ss.), Tugui (2022, pp. 38-39) y Fuentes Osorio (2023, pp. 60 y ss.). Cabe destacar el análisis de esta cuestión que efectúa León Alapont (2019), quien también opta por una concepción material de *persona jurídica* para complementar el criterio formal (pp. 242 y ss.).

### Artículo 130.2 del CP:

La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

Si bien se puede estar de acuerdo con esta propuesta de utilizar un criterio mixto o formal-material para determinar el ámbito subjetivo de aplicación de los artículos 31 bis y siguientes del CP, se debe reiterar que en todo caso se debe respetar el criterio formal de la personalidad jurídica que se ha adoptado en estos preceptos. Como advierte Mayo Calderón (2023), no es posible que el derecho penal modifique el concepto de personalidad jurídica, establecido en los artículos 35 y siguientes y 1665 del CC y en las leyes reguladoras de los distintos entes. Una vez que concurra la personalidad jurídica, de acuerdo con el contenido establecido en la normativa extrapenal, habrá que comprobar si concurren los presupuestos que configuran el supuesto de hecho que fundamenta la responsabilidad de las personas jurídicas prevista en los artículos 31 bis y siguientes del CP (pp. 887-888). Dicho ello, si bien creo que debe respetarse el límite impuesto por el tenor literal de los artículos 31 bis y 129 del CP, comparto las críticas doctrinales efectuadas a esta elección de un criterio formal de la personalidad jurídica por parte del legislador, advirtiendo que la errada redacción del artículo 129 del CP, el cual se aplica ahora a las entidades sin personalidad jurídica, continúa planteando los mismos –e incluso más– problemas de interpretación y aplicación que ya presentaba con anterioridad a la reforma del Código Penal del año 2010, puesto que continúan sin indicarse los criterios que permiten aplicar consecuencias accesorias a estas entidades y solamente se exige que su imposición sea motivada. Una parte de la doctrina considera que se tendrían que asimilar los criterios de atribución de responsabilidad «penal» a las personas jurídicas previstos en el artículo 31 bis del CP y los presupuestos de aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP y que, además, se deberían tener en cuenta las circunstancias que permiten eximir o atenuar la responsabilidad «penal» en que pueden incurrir las personas jurídicas también en relación con dichas consecuencias accesorias, de modo que no se dispense un trato sustancialmente diferente e injustificado a estas entidades en función de que posean o no personalidad jurídica. Por consiguiente, al equipararse los requisitos que permitirían acudir a una u otra respuesta jurídica, se restaría cierta importancia a la cuestión relativa a la personalidad jurídica<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Pueden verse, en este sentido, entre otros, Gómez-Jara Díez (2011, pp. 55 y 59-61), Zugaldía Espinar (2013, pp. 121-122), Dopico Gómez-Aller (2015a, pp. 367-368), Ortiz de Urbina Gimeno (2016, p. 170), Gil Nobajas (2018, pp. 33 y ss.), Martínez Patón (2020, pp. 542-543) y Echarri Casi (2020, pp. 403-404).

## 5. Conclusión

La lectura conjunta de los artículos 31 bis y 129 del CP deja claro que aquel precepto solamente puede aplicarse a las entidades que posean personalidad jurídica. Sin embargo, no siempre resulta sencillo averiguar si una determinada colectividad posee personalidad jurídica y, si es así, cuándo comienza a ostentarla. Aunque de la lectura de los artículos 20 y 33 de la LSC podría inferirse que la sociedad adquiere personalidad jurídica en el momento en que se inscribe en el Registro Mercantil, la doctrina mayoritaria en el ámbito del derecho mercantil entiende que el incumplimiento del requisito de la inscripción en el Registro Mercantil previsto en el artículo 33 de la LSC no implica que la sociedad afectada carezca de personalidad jurídica, sino que únicamente impide la adquisición de personalidad jurídica como sociedad de capital, conforme al tipo social elegido. Por tanto, las sociedades mercantiles o de capital en formación y las sociedades devenidas irregulares ostentan personalidad jurídica y pueden ser condenadas si se comete un delito en su seno y se cumplen los requisitos previstos en el primer apartado del artículo 31 bis del CP.

También pueden plantear problemas en esta materia los supuestos de uniones temporales de empresas y de grupos de sociedades, puesto que ambas agrupaciones carecen de personalidad jurídica, pero están compuestas por entidades que sí la poseen. Dado que el grupo de sociedades carece de personalidad jurídica, en principio parece que la solución correcta sería imponer las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP al grupo de sociedades y condenar a las personas jurídicas que lo integran, en aplicación de los artículos 31 bis y siguientes del CP. Sin embargo, lo cierto es que, cuando se pueden imponer las «penas» del artículo 33.7 del CP a las personas jurídicas que integran el grupo, no solo no es necesario aplicar también el artículo 129 del CP, sino que hacerlo infringiría el principio *non bis in idem*. En cambio, cuando se trata de una unión temporal de empresas, es posible acudir tanto a los artículos 31 bis y ss. del CP como al artículo 129 del CP debido a que, como dice Dopico Gómez-Aller (2015b), la imposición de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP a una unión temporal de empresas no supone imponérselas a las personas jurídicas que participan en ella, sino solo a una concreta empresa (carente de personalidad jurídica) en la que participan (pp. 169-170). Se aplicaría alguna de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP a la unión temporal de empresas y, además, a las personas jurídicas que participan en ella se les podría imponer alguna o varias de las «penas» recogidas en el artículo 33.7 del CP.

Durante estos años la doctrina ha criticado con razón que nuestro Código Penal, a diferencia de lo que sucede en otros países, establezca un doble régimen de respuestas jurídicas para entidades con personalidad jurídica en los artículos 31 bis y siguientes del CP y otro para agrupaciones que carecen de la misma en el artículo 129 del CP, máxime si tenemos en cuenta que la redacción de este último precepto continúa siendo tan defectuosa como lo era antes del año 2010, puesto que no se indican los criterios que permiten aplicar consecuencias accesorias a estas entidades y solamente se exige que su imposición sea motivada. No obstante, aunque *de lege ferenda* se podría proponer que este sistema de

atribución de responsabilidad «penal» tenga como sujetos activos a los entes colectivos, y no a las personas jurídicas, entiendo que la adopción de un criterio de carácter material para identificar a las agrupaciones o colectividades a las que les pueden resultar de aplicación los artículos 31 bis y siguientes del CP no puede ser incompatible con la lectura conjunta de los artículos 31 bis y 129 del CP, de la cual se desprende que las entidades que carecen de personalidad jurídica no pueden ser condenadas con arreglo a los artículos 31 bis y siguientes del CP. Por ello, aunque pueda resultar discutible, en tanto se mantenga el criterio formal de la personalidad jurídica en el artículo 31 bis del CP, no se podrá atribuir responsabilidad «penal» con arreglo a este precepto a una agrupación o colectividad que carezca de la misma, debiéndose aplicar, en su caso, el artículo 129 del CP.

## Referencias bibliográficas

- Bacigalupo Saggese, S. (2013). El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos. En J. M. Zugaldía Espinar y E. B. Marín de Espinosa Ceballos (Coords.), *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas* (pp. 67-102). Aranzadi.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. y Matellanes Rodríguez, N. (2013). Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista General de Derecho Penal*, 20, 1-26.
- Blanco Cordero, I. (2021). Responsabilidad penal de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el grupo de empresas. En N. Rodríguez García y F. Rodríguez López (Eds.), *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas* (pp. 97-127). Tirant lo Blanch.
- Blanco Cordero, I. (2023). Responsabilidad penal de la persona jurídica extranjera por los delitos cometidos en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25, 1-32.
- Boldova Pasamar, M. A. (2013). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. *Estudios Penales y Criminológicos*, 33, 219-263.
- Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. (2021). *Manual de Derecho Mercantil: Vol. I. Introducción y estatuto del empresario. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial. Derecho de sociedades*. Tecnos.
- Caba Tena, A. (2019). *El concepto de grupo de sociedades*. Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, J. L. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 1-32.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2010). Responsabilidad de personas jurídicas. En F. Molina Fernández (Coord.), *Memento Penal 2011* (pp. 319-328). Francis Lefebvre.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2015a). Imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica. En F. Molina Fernández (Coord.), *Memento Penal 2016* (pp. 353-368). Francis Lefebvre.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2015b). Consecuencias accesorias aplicables a entidades sin

- personalidad jurídica. En A. Juanes Peces (Dir.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas* (pp. 165-172). Francis Lefebvre.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2018). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En N. J. de la Mata Barranco, J. Dopico Gómez-Aller, J. A. Lascuraín Sánchez y A. Nieto Martín, *Derecho Penal Económico y de la Empresa* (pp. 129-168). Dykinson.
- Echarri Casi, F. J. (2020). La problemática aplicación del artículo 129 Código Penal en la actualidad. En E. Ortega Burgos (Dir.), *Derecho Penal 2020* (pp. 381-412). Tirant lo Blanch.
- Feijóo Sánchez, B. J. (2012). La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal. En M. Bajo Fernández, B. J. Feijóo Sánchez y C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 49-64). Civitas.
- Feijóo Sánchez, B. J. (2016a). La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal. En M. Bajo Fernández, B. J. Feijóo Sánchez y C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 55-66). Civitas.
- Feijóo Sánchez, B. J. (2016b). El art. 129 como complemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En M. Bajo Fernández, B. J. Feijóo Sánchez y C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 301-311). Civitas.
- Fernández de la Gándara, L. (2010). *Derecho de Sociedades* (Vol. I). Tirant lo Blanch.
- Fernández Fernández, L. M (2013). Aspectos mercantiles de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. En J. M. Zugaldía Espinar y E. B. Marín de Espinosa Ceballos (Coords.), *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas* (pp. 159-182). Aranzadi.
- Fernández Teruelo, J. G. (2020). *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*. Aranzadi.
- Fuentes Osorio, J. L. (2023). *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*. Bosch.
- Fuentes-Lojo Rius, A., Salas Carceller, A., Magro Servet, V., Carrasco Perera, A. y Echeverría Summers, F. M. (2022). Personalidad jurídica y comunidades de propietarios. *Actualidad Civil*, 3.
- Galán Muñoz, A. (2011). La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad. *Revista General de Derecho Penal*, 16, 1-49.
- García Alberó, R. (2019). Responsabilidad penal y *compliance* en los grupos de empresas. En J. L. Gómez Colomer (Dir.), *Tratado sobre Compliance penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (pp. 277-298). Tirant lo Blanch.
- García-Pita y Lastres, J. L. (2016). *La personalidad jurídica en el Derecho español. De la personificación de la Administración Pública a la personificación de las sociedades mercantiles*. Andavira Editora.
- Gil Nobajas, M. S. (2018). Personas jurídicas versus entidades sin personalidad jurídica: análisis y revisión de la dimensión institucional que delimita la aplicación de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal. *Revista General de Derecho Penal*, 29, 1-44.
- Gómez Tomillo, M. (2015). *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Aranzadi.
- Gómez-Jara Díez, C. (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons.

- Gómez-Jara Díez, C. (2011). Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En J. Banacloche Palao, J. M. Zarzalejos Nieto y C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales* (pp. 51-61). La Ley.
- González Cussac, J. L. (2020). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Tirant lo Blanch.
- González Sierra, P. (2014). *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*. Tirant lo Blanch.
- González Tapia, M. I. (2014). Las consecuencias accesorias del art. 129: la nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica. En J. M. Palma Herrera (Dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (pp. 43-68). Dykinson.
- Gutiérrez Pérez, E. (2021). La aparente irresponsabilidad penal de las sociedades unipersonales. En P. Simón Castellano y A. Abadías Selma (Coords.), *Cuestiones penales a debate* (pp. 115-137). Bosch.
- Largo Gil, R., Hernández Sainz, E. y Gállego Lanau, M. (2021). *Derecho Mercantil I. Vol. 2, El empresario. Empresario individual y Derecho de sociedades*. Kronos.
- León Alapont, J. (2017). ¿Responsabilidad criminal de los grupos parlamentarios? *Revista General de Derecho Penal*, 28, 1-40.
- León Alapont, J. (2019). *La responsabilidad penal de los partidos políticos*. Tirant lo Blanch.
- León Alapont, J. (2023). *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*. Tirant lo Blanch.
- Marqués Mosquera, C. (2017). La inscripción registral (arts. 31-40). En P. Prendes Carril, A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas y R. Cabanas Trejo (Dirs.), *Tratado de Sociedades de Capital* (Tomo I, pp. 267-321). Aranzadi.
- Martínez Patón, V. (2020). ¿Programas de Compliance para consecuencias accesorias (art. 129 CP)? En P. Simón Castellano y A. Abadías Selma (Coords.), *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa* (pp. 531-543). Bosch.
- Mayo Calderón, B. (2023). Las denominadas «penas» aplicables a las personas jurídicas. En M. A. Boldova Pasamar y C. Alastuey Dobón (Coords.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito* (pp. 863-958). Tirant lo Blanch.
- Maza Martín, J. M. (2018). *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*. La Ley.
- Menéndez Conca, L. G. (2023). La responsabilidad penal de los clubes de fútbol. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 44(116), 33-63.
- Morillas Cueva, L. (2011). La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anales de Derecho*, 29, 1-33.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2022). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Iustel.
- Nieto Martín, A. (2012). Ponencia. En J. Dopico Gómez-Aller (Dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva* (pp. 103-110). Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, A. (2015). Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas. En A. Nieto Martín (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (pp. 50-109). Tirant lo Blanch.

- Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2016). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones materiales. En I. Ayala Gómez (Coord.), *Memento Penal Económico y de la Empresa 2016-2017* (pp. 165-200). Francis Lefebvre.
- Paz-Ares Rodríguez, J. C. (2021). Las sociedades mercantiles. En A. Menéndez Menéndez y A. Rojo Fernández-Río (Dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil* (Vol. I, pp. 423-442). Civitas.
- Pérez Rivas, N. (2023). La responsabilidad penal de los grupos de empresa: criterios sobre la atribución de responsabilidad penal a la empresa matriz por los delitos cometidos por sus filiales. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 162.
- Rosal Blasco, B. del (2018). *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*. La Ley.
- Sáez Lacave, M. I. (2011a). Artículo 33. Efectos de la inscripción. En A. Rojo Fernández-Río y E. M. Beltrán Sánchez (Coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (Tomo I, pp. 420-426). Civitas.
- Sáez Lacave, M. I. (2011b). Artículo 39. La sociedad devenida irregular. En A. Rojo Fernández-Río y E. M. Beltrán Sánchez (Coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (Tomo I, pp. 452-458). Civitas.
- Silva Sánchez, J. M. (2016). *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Edisofer.
- Tugui, F. D. (2022). *Las penas previstas para las personas jurídicas en el Código Penal español. Un estudio teórico-práctico sobre el contenido y la aplicación del sistema de penas diseñado para las personas jurídicas*. Colex.
- Urruela Mora, A. (2012). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*. *Estudios Penales y Criminológicos*, 32, 413-468.
- Valpuesta Gastaminza, E. (2013). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*. Bosch.
- Vela Torres, P. J. (2021a). Artículo 33. Efectos de la inscripción. En J. A. García-Cruces González e I. Sancho Gargallo (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (Tomo I, pp. 783-794). Tirant lo Blanch.
- Vela Torres, P. J. (2021b). Artículo 39. Sociedad devenida irregular. En J. A. García-Cruces González e I. Sancho Gargallo (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (Tomo I, pp. 817-824). Tirant lo Blanch.
- Velasco Núñez, E. (2020). *10 años de responsabilidad penal de la persona jurídica (análisis de su jurisprudencia)*. Aranzadi.
- Zugaldía Espinar, J. M. (2013). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*. Tirant lo Blanch.

**Lucas Gabriel Menéndez Conca.** Doctor en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por la Universidad de Zaragoza (Área de Derecho Penal). Miembro de la Comisión Académica de la Cátedra Johnson & Johnson «Derecho y Salud» de la Universidad de Zaragoza. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). Autor de diversos artículos científicos publicados en revistas indexadas de España, Colombia y Argentina y de varios capítulos en obras colectivas. Ponente en un importante número de congresos nacionales e internacionales y miembro del equipo de trabajo en varios proyectos de investigación. <https://orcid.org/0000-0001-8562-1487>

# El derecho a la intimidad del menor no puede modularse por el hecho de que los progenitores sean famosos

Comentario a la STS de 24 de julio de 2024

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

[castoparamo@gmail.com](mailto:castoparamo@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

1. Los procedimientos en los que de alguna manera se difunden aspectos de la vida privada de los menores en los que aparecen con sus padres o familiares pueden ser considerados como vulneradores de sus derechos fundamentales, y para ello hay que realizar un examen de los derechos en conflicto, el derecho a la información y la libertad de expresión y el derecho a la intimidad y la imagen de los menores afectados. No puede decidirse sino en función del caso concreto, las manifestaciones realizadas y el alcance de las imágenes o fotografías que se difundan o publiquen.

La sentencia seleccionada para comentar resuelve de manera definitiva la demanda de vulneración del derecho a la intimidad e imagen de unos menores cuyas imágenes son difundidas y se realizan unos comentarios que les afectan. La demanda fue resuelta inicialmente por el juzgado de primera instancia, desestimando la demanda por entender que hay una total ausencia de datos o hechos relativos a la identidad de los menores, y se emplea la técnica del pixelado de manera adecuada para la salvaguarda de la imagen de los menores en las imágenes con sus rostros, y aparecen completamente de espaldas, por tanto, sin posible identificación, ni se revelan datos de los menores y se da prevalencia a la libertad de información.

La sentencia fue recurrida en apelación por los progenitores, y la audiencia provincial estimó el recurso por entender que existió, de esta esfera tan privada de unos menores que son ajenos y tienen derecho a mantenerse intactos a la noticia que afecta a su padre, sujetos a especial protección ante su vulnerabilidad, y la merma de sus derechos y la injerencia arbitrarias o ilegales en su vida privada.

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 1 al 15 de septiembre de 2024).

Frente a la sentencia estimatoria por la demandada se interpuso recurso de casación que estimó el recurso de casación.

**2.** En relación con el derecho fundamental a la intimidad, el Tribunal Supremo ha declarado que del marco normativo aplicable y de la doctrina de la sala, como sintetiza la sentencia 14/2022, de 13 enero, con cita de abundante jurisprudencia de la sala, los derechos a la intimidad y a la propia imagen son derechos autónomos con sustantividad y contenido propio y específico.

Para apreciar que la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona vulnera su derecho a la intimidad, resulta necesario que dicha imagen revele su intimidad personal o familiar, que muestre algún aspecto reservado protegido por el derecho a la intimidad.

No cualquier dato personal se encuentra protegido por el derecho a la intimidad (STC 292/2000 [NormaCEF NCJ051718], de 30 de noviembre, y sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 483/2020 [NormaCEF NSJ061747], de 22 de septiembre). La función del derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 de la CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (STS 551/2020, de 22 octubre).

Asimismo, en relación con la ponderación entre la libertad de información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en los casos en que los intereses de los menores están afectados, el ordenamiento jurídico otorga una especial protección al interés del menor, ya que los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (art. 3) se refuerzan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (art. 4). En palabras de la STC 158/2009 (NormaCEF NCJ049939), de 29 de junio de 2009 (FJ 4.º):

Cabe recordar que, de conformidad con el art. 20.4 CE, las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I, en las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Asimismo, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia (sobre cuyo valor interpretativo *ex art. 10.2 CE* no es necesario insistir), y, entre ellas, muy en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), que garantiza el derecho de los niños a la protección de la ley contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 16), así como la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño, en la que se establece que «todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su fa-

milia, ni a sufrir atentados ilegales a su honor» (apartado 29 del § 8 de la Resolución A 3- 0172/92 de 8 de julio).

A su vez, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, tras establecer que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso al efecto (art. 2), precisa seguidamente en su artículo 3, en cuanto a los menores de edad (e incapaces) que su consentimiento deberá ser prestado por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten y, de no ser así, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por sus representantes legales, quienes estarán obligados a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, habiendo de resolver el Juez si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere.

Las previsiones del art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 se complementan, en cuanto a los menores, por lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales (art. 4.3).

En definitiva, cuando se trata de la difusión de la imagen de menores en medios de comunicación, el consentimiento, bien del menor maduro, bien de sus representantes, es insuficiente para legitimar la intromisión si se aprecia el riesgo de daño al interés del menor.

Cuando se trata de menores no maduros, el consentimiento a que se refiere el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982 ha de ser otorgado por su legal representante, es decir, por los titulares de la patria potestad. Y, conforme al artículo 156 de la CC:

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

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

**3.** Respecto del derecho fundamental a la propia imagen, asimismo indica que el derecho a la propia imagen comprende una doble faceta positiva y negativa, a las que se refiere la sentencia 697/2019 (NormaCEF NCJ064443), de 19 de diciembre, cuya doctrina ratifica la más reciente 626/2021, de 27 de septiembre, al señalar que:

[...] atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. En su faceta negativa o excluyente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta.

Recuerda la STC 27/2020 (NormaCEF NCJ064675), de 24 de febrero,

que la regla primera para lograr la protección de este derecho fundamental consiste en que, para poder captar, reproducir o publicar la imagen de una persona, es indispensable su consentimiento inequívoco, siendo excepcionales los supuestos en los que no se requiere dicha autorización y que aparecen contemplados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Según la sentencia 497/2015 (NormaCEF NCJ060267), de 15 de septiembre, que se funda como precedente en la sentencia 92/2015 (NormaCEF NCJ059677), de 26 de febrero:

Por más que el género de entretenimiento o crónica social en su versión más frívola y agresiva y la proliferación de formatos televisivos caracterizados por la agresividad verbal entre sus propios colaboradores comporte un serio riesgo de banalización o desvalorización de los derechos fundamentales, hasta el punto de que la sociedad española no comprenda fácilmente la razón de que asuntos aparentemente nimios, con origen en programas que responden a esos formatos, acaben siendo finalmente decididos por el Tribunal Supremo o por el Tribunal Constitucional, todo lo cual justifica una cierta repulsa a que los tribunales de justicia puedan ser manipulados por quienes se sienten ofendidos a consecuencia de haber sido ellos mismos ofensores, sin embargo no cabe desconocer, «de un lado, que los programas de televisión del género en cuestión, de crónica social o mero entretenimiento pero con un tono mucho más agresivo que en otras épocas, están tolerados socialmente y son seguidos por una gran parte de la población, circunstancia que debe ponderarse porque uno de los factores delimitadores de la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen es, según el art. 2.1 de la LO 1/1982, el constituido por "los usos sociales"; y de otro, consecuencia necesaria de lo anterior, que si dicho tipo o formato de programas de televisión está socialmente admitido, sus contenidos no podrán quedar al margen de los límites que la Constitución y la LO 1/1982, según su interpretación por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, imponen a la libertad de expresión en relación con el derecho al honor». En definitiva, tam-

bién estos programas, por más habitualmente agresivos que sean y por más tolerados socialmente que estén, tienen reglas, y entre estas se encuentran las impuestas por la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Por lo que se refiere a la valoración de las pautas de comportamiento del demandante, la sentencia 701/2016, de 24 de noviembre, puntualiza que:

Cualquiera que sea la opinión que merezca este género televisivo, quien voluntariamente se presta a participar en él, en el caso de la demandante mediante retribución, generando polémica para así lograr su aparición en programas sucesivos gracias a pautas de comportamiento extravagantes o escandalosas, no puede pretender que se proteja su honor frente a expresiones objetivamente ofensivas o insultantes de los guionistas, presentadores y colaboradores de estos programas que a su vez alimentaban la polémica y propiciaban, o podían propiciar, nuevas apariciones de la demandante en televisión.

4. En relación con el derecho fundamental a la propia imagen, la sentencia de esta sala 617/2018, de 7 de noviembre, recuerda que «el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 14/2003, de 28 de enero, declaró que cuando se denuncia que una imagen gráfica ha vulnerado dos o más derechos deben enjuiciarse por separado esas pretensiones», y que «partiendo de la autonomía del derecho a la propia imagen, el interés de una persona por evitar la difusión de su imagen solo debe ceder ante la existencia de un interés público prevalente o ante la presencia de circunstancias legitimadoras de la intromisión». En cuanto a las causas de exclusión legal, una de estas es el carácter accesorio de una fotografía o fotograma. Según la sentencia 207/2017 (NormaCEF NCJ062332), de 30 de marzo, esta causa de exclusión del artículo 8.2 concurre «cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección». Y en esta línea, la sentencia 634/2017 (NormaCEF NCJ062826), de 23 de noviembre, declaró que existe accesoriedad «cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección, y no hay nada desmerecedor o de desdoro para el afectado».

En la sentencia de esta sala 887/2021, de 21 de diciembre, nos referimos a los contornos del derecho a la propia imagen en los términos siguientes: «El derecho a la propia imagen consiste en el «[...] derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública» y, por lo tanto, abarca «[...] la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental» (por todas, SSTC 23/2010 [NormaCEF NCJ052093], de 27 de abril, FJ 4.º; 12/2012 [NormaCEF NCJ056353], de 30 de enero, FJ 5.º; 19/2014 [NormaCEF NCJ058261], de 10 de febrero, FJ 4.º y 5.º; y 25/2019 [NormaCEF NCJ063890], de 25 de febrero, FJ 4.º, así como SSTS 476/2018 [NormaCEF NCJ063388], de 20 de julio; 491/2019 [NormaCEF NCJ064557], de 24 de septiembre; 697/2019 [NormaCEF NCJ064443], de 19 de diciembre, y 209/2020, de 29 de mayo). Se trata de un derecho autónomo respecto de los otros derechos fundamentales al honor

y a la intimidad personal y familiar, lo que constituye una peculiaridad de nuestro ordenamiento jurídico, en comparación con otros de nuestro entorno y con el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (SSTS de 22 de febrero de 2006, rec. núm. 2926/2001 (NormaCEF NCJ049175), y 9 de junio de 2009, rec. núm. 2292/2005 [NormaCEF NCJ050818]).

Posteriormente, establecimos que, en aquellos casos en que pueda razonablemente pensarse que la fotografía de una persona en un acto público ha sido publicada previamente en internet con el consentimiento de la persona afectada, en un determinado sitio web de acceso general (en ese caso, una cuenta de Twitter), su utilización en otra comunicación pública efectuada en internet puede considerarse una «consecuencia natural», legitimada por los usos sociales (sentencia 476/2018 [NormaCEF NCJ063388], de 20 de julio).

En relación con el derecho a la propia imagen es doctrina reiterada de la sala (por todas, sentencia 293/2024, de 4 de marzo, que recuerda lo declarado por la 8/2023, de 11 de enero, y por las demás que son citadas por esta) que:

El derecho a la propia imagen consiste en el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública y pretende tutelar la representación gráfica de la figura humana visible y reconocible, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, a fin de impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad (informativa, comercial, científica, cultural, etc.) perseguida por quien la capta o difunde, por lo que abarca la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, no debiendo confundirse con una de las manifestaciones del honor en sentido objetivo, esto es, la «imagen pública», la consideración pública, la reputación o la idea que los demás tienen de uno mismo [...]. Y por lo que no dice, dado que no afirma en ningún momento que la imagen de aquel permita su identificación aunque sea únicamente por las personas de su círculo más próximo o íntimo en la fotografía el menor se encuentra en una posición en la que no es posible apreciar sus rasgos físicos aunque no esté la imagen pixelada.

En sentencia 121/2022, de 9 de febrero, declaramos que las referencias que se hacen de los menores son genéricas, sin mención de nombres y colegios, ni aspectos de su vida íntima o personal, por lo que solo pueden relacionarse por la filiación con sus padres, sin que se revelen otros datos sobre su personalidad.

La falta de identificación de los menores impide su reconocimiento, y ello unido a la falta de mención de datos personales como nombres o centro escolar u otros que impiden su identificación. Las imágenes son de la vida ordinaria, sin que ello suponga una vulneración de los derechos fundamentales.

Como ocurre con los programas televisivos de crónica social y de las revistas como la demandada, que informan sobre cuestiones de ese tipo, y en este caso los derechos de los menores no fueron vulnerados, adoptando medios que impidieron su identificación y narrando aspectos que en nada afectaban a su derecho a la intimidad, al tratarse de momentos normales de la vida diaria que en nada incidían en sus derechos fundamentales.

5. Puede indicarse que la sentencia del Tribunal supremo que se comenta hace una valoración de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo adecuada, de conformidad con hechos acaecidos, por lo que se estimó el recurso en la medida en que no existió vulneración ni del derecho a la intimidad ni del derecho a la propia imagen de los menores, siendo su aparición de imposible identificación, al no poder ser identificados sus rostros en ningún momento, ni las imágenes difundidas afectaban a aspectos de su vida que supusieran una invasión de su intimidad que vulnerase ese derecho fundamental.

# Impugnación de la tutela automática, o resolución administrativa en materia de protección de menores

Comentario a la STS de 20 de junio de 2024

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

[jesquivias1959@gmail.com](mailto:jesquivias1959@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

El recurso de casación se fundamenta en el artículo 477.2.3 de la LEC por infracción de norma sustantiva, concretamente el artículo 172 del CC, y por versar sobre cuestiones con jurisprudencia contradictoria en las audiencias provinciales. La cuestión esencial consiste en mantener el principio de seguridad jurídica al interpretar este artículo con el 78 de la LEC; mejor dicho, en conciliar ambos preceptos para saber si las personas legitimadas en este último precepto están legitimadas para impugnar cualquier resolución administrativa de la entidad pública en materia de menores en protección, más allá de los dos años que establece el artículo 172 del CC. Este último previsto para recurrir la declaración de desamparo que conlleva la suspensión de la patria potestad.

Es un tema interesante porque no existe unanimidad en las sentencias de las audiencias provinciales. Para unas, toda resolución de la administración en esta materia tiene la limitación temporal de dos años, y más allá de estos dos años, se produce la caducidad de la acción; con lo cual, como sucede en este caso, dadas dos resoluciones administrativas de desamparo de dos menores de edad, dictadas el 12 de abril y el 28 de diciembre de 2017, y acogidos familiarmente con familia educadora, con un régimen de visitas establecido en favor de los progenitores, abuela y tía materna, que se suspende el 27 de agosto de 2020, por lo que han pasado más de dos años desde que declaró el desamparo de los menores.

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 30 de septiembre de 2024).

Al margen de que tanto el juzgado como la Audiencia acordaran suspender las visitas y confirmar la resolución administrativa, lo que aquí nos interesa de la sentencia del Tribunal Supremo es el estudio de la caducidad a instancias del Ministerio Fiscal, lo que consideramos relevante, pues se pide el pronunciamiento del supremo para establecer doctrina. El fiscal solicita, en el trámite de alegaciones escritas, lo siguiente:

Para el caso de que se estime el recurso, el Ministerio Fiscal solicita que la doctrina que se establezca sobre el plazo de caducidad de dos años precise que debe distinguirse, por un lado, la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, que conforme al art. 780 LEC deben formularse en un plazo de 2 meses desde su notificación y, por otro, la acción de recuperación del pleno ejercicio de la patria potestad y extinción de la tutela legal de la entidad pública para la cual, y conforme al art. 172 CC, existe un plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa de desamparo.

Y aquí existe una clara diferencia entre las resoluciones de desamparo del año 2017, para las cuales operaría el 172, y el plazo de dos años, y la de suspensión del régimen de visitas, para lo que se sugiere que no opere el límite de esos dos años, sino el de dos meses desde la notificación de la suspensión (el 27 de agosto de 2020), independientemente de que hayan transcurrido esos dos años.

Dicho lo anterior, avanzamos diciendo que el artículo 172 del CC, dada una situación de desamparo de menores de edad, permite a la entidad pública (que tiene encomendada su protección por ministerio de la ley) acordar la tutela automática mediante una resolución administrativa. La medida que se adopte debe ser notificada en legal forma a los padres y a la abuela. Y como quiera que se acordó el acogimiento familiar permanente con una familia educadora y después la suspensión de las visitas con los padres y la abuela, se interpone la demanda por todos ellos pretendiendo revocar la decisión de suspensión de las vistas acordada, mediante la oposición a la resolución administrativa. Por tanto, hemos de distinguir entre el acogimiento previo (que trae su causa en el desamparo y en una medida previa de la Administración de asunción de tutela automática y asignación de familia educadora de acogida), que no se cuestiona ni es objeto de recurso, y el supuesto que analiza la sentencia del Tribunal Supremo relacionado con la demanda de oposición a la resolución administrativa de suspensión de las visitas, por un lado, invocando la nulidad por falta de motivación (en el caso de los padres), y por otro, pretendiendo dejar sin efecto la decisión de suspender las visitas.

En el juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia da la razón a la entidad pública y entiende que el plazo de dos años determina la caducidad para oponerse a la resolución administrativa de suspensión de las visitas. La resolución en cuestión tiene por fecha la de 27 de agosto de 2020. Evidentemente se recurre en apelación y por la abuela se argumenta que no cabe la caducidad porque las incidencias se han producido con los padres, pero no con ella; a ella se la tiene que analizar por separado. La audiencia confirma la sentencia del juzgado

y aprecia caducidad de la acción en ambos casos. Pero motiva la suspensión de las visitas en interés del menor.

El asunto es interesante porque parece existir una difícil cohabitación entre el artículo 172 del CC y el 780 de la LEC. Veamos ambos:

Dispone el 172:

Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1, o los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela.

Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

Pasado dicho plazo decaerá el derecho de los progenitores o tutores a solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo.

Por su parte, el artículo 780 de la LEC dispone:

No será necesaria reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. La oposición a las mismas podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación.

El recurso incide en un motivo esencial: para unas audiencias el artículo 172 se refiere a toda petición dirigida a la entidad pública, sin que ello, en una interpretación flexible, impida el control de la actividad administrativa con el plazo de dos meses sin necesidad de acudir a la vía previa administrativa por el órgano judicial. Otras, en cambio, de manera tajante, entienden que ese plazo de dos años opera automáticamente contra cualquier resolución administrativa, de tal manera que, una vez transcurrido, se produce la caducidad de la acción.

Como hemos advertido, el Ministerio fiscal considera que la doctrina a fijar debe distinguir entre el plazo de dos años para impugnar la tutela automática que declara el desampa-

ro desde su notificación, a fin de su extinción o recuperación de la patria potestad (art. 172 CC), y el plazo de dos meses para el resto de las resoluciones administrativas de protección de menores desde la notificación. Toma como base de su petición el carácter flexible sobre la posibilidad de alegar y probar en asuntos donde está en juego el interés del menor, huyendo de interpretaciones rigoristas muy formales y desproporcionadas. Para ello invoca la jurisprudencia que mantiene esta postura favorecedora que evita inadmisiones de recursos cuando el fallo no se vería modificado, pero la interpretación de la norma sí justifica la fijación de una doctrina que evite la contradicción normativa y la disparidad de las resoluciones de las audiencias provinciales.

Por otro lado, la audiencia ha entrado en el fondo, analizando la conveniencia o no de mantener las visitas, llegando a la conclusión de que no proceden. Por ello, el recurso se ha centrado, no en el fundamento de la sentencia sobre las visitas, sino en la caducidad, y es sabido que las causas de inadmisión de un recurso de casación se pueden convertir en causas de desestimación cuando el fallo, no obstante ser admitido el recurso, no varía. Además, en este caso, el recurso tampoco ha concretado la norma o jurisprudencia que se consideran vulneradas. Estamos hablando, en definitiva, de lo que se denomina equivalencia de resoluciones, o, también, carencia de efecto útil, que la jurisprudencia entiende como casusa de desestimación sobrevenida. Así lo indica la STS (Sala 1.ª) del Pleno, de 27 de enero de 2017, n.º 3.1 f):

El recurso debe ser inadmitido por incurrir en la causa de inadmisión prevista en el artículo 483.2.4.º LEC de carencia manifiesta de fundamento, en relación con la falta de efecto útil del motivo; y ello porque, como ha dicho este tribunal en reiteradas ocasiones, no basta para la finalidad del recurso poner de manifiesto alguna vulneración legal que no sea por sí trascendente para el fallo, de forma que no prosperará cuando la eventual aceptación de la tesis jurídica del recurrente conduce a la misma solución contenida en la sentencia recurrida, incluso cuando no es correcta la doctrina seguida por la sentencia impugnada, si la estimación del recurso no determina una modificación del fallo (Tribunal Supremo [Civil], sec. 1.ª, de 12 de diciembre de 2018, rec. 3754/2016, SSTS 593/2006, de 15 de junio [rec. 4145/1999], 186/2011 de 29 de marzo de 2011 [rec. 2255/2007, NormaCEF NCJ055010] y 207/2014, de 22 de abril [rec. 1254/2012, NormaCEF NCJ058462]). No tiene ningún efecto sobre la sentencia de la audiencia resolver sobre la caducidad cuando el fallo, atendiendo a las circunstancias del caso y al interés del menor, se reafirma en suspender las visitas.

Pero, aceptando el estudio de la tesis propuesta por el fiscal, el Tribunal Supremo centra el debate,

confrontando lo dispuesto en el art. 172 CC con el 780 LEC; es decir, reiterando una vez más: saber es, si, transcurridos los dos años desde el desamparo, únicamente está legitimado para oponerse a la resolución administrativa de la entidad pública el Ministerio Fiscal o también los padres y la abuela.

La normativa sustantiva actual en esta materia se halla regulada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modificó los apartados 2 y 3 del artículo 172 del CC, y la procesal quedó actualizada por la disposición final novena de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

Del estudio de los preceptos el Tribunal Supremo entiende como relevante que el fiscal sea el único que puede recurrir una resolución de desamparo más allá de los dos años desde su dictado. Apela a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la singularidad procedimental en materia de menores, sobre las mayores garantías de los actos judiciales de esta naturaleza (STC 75/2005, de 4 de abril, NormaCEF NCJ040814). Se cita asimismo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y destaca lo esencial de los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas:

No se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que, en relación con tales procedimientos, se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor.

Es básico que pueda existir un control judicial de la Administración en asuntos tan sensibles. Lo permiten el artículo 24 CE y el 9 de la Convención. Conviene resaltar también la siguiente apreciación del Supremo en la sentencia, que influye en la decisión que luego veremos:

Puesto que la declaración de desamparo solo lleva consigo la suspensión de la patria potestad (art. 172.1.III CC), y para la privación es precisa una sentencia judicial (art. 170 CC), se impone una interpretación del límite temporal de dos años establecido en el art. 172 CC que, en atención a la finalidad perseguida de dotar de estabilidad a la situación del menor, no comporte una merma del derecho a la tutela judicial efectiva.

Efectivamente, no es lo mismo privar por sentencia que suspender por resolución administrativa desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva. Ni es lo mismo una situación de desamparo apreciada dos años atrás con el cambio de circunstancias más de dos años después por los progenitores o las personas legitimadas según el artículo 780 de la LEC. De ahí que se haga la siguiente precisión importante: «La limitación temporal debe entenderse por tanto circunscrita a las solicitudes que se dirijan a la propia entidad pública, y no alcanza a la pretensión de una actuación revisora de los tribunales, con la carga procesal que ello conlleva». Por tanto, ya empieza a aclarar la sentencia el límite temporal de control

de los actos de la Administración por la propia Administración y los límites del control judicial posteriores dentro de la tutela judicial y del sistema de garantías, sin perder la perspectiva de la seguridad jurídica en la interpretación integradora de ambos preceptos. Porque la impugnación de una resolución en materia de protección de menores en el plazo de dos meses es una cosa y la actuación de la Administración, otra. En definitiva, el artículo 172 del CC define el plazo de impugnación de la tutela automática o de cualquier resolución administrativa en materia de protección de menores como límite temporal para reclamar ante la entidad pública; en el caso del artículo 780 de la LEC, dentro del plazo de dos meses desde la notificación de la resolución administrativa que sea, y por las personas legitimadas en el precepto previstas, se podrá acudir al juez para el conveniente control jurisdiccional, aun cuando hayan transcurrido más de dos años de la declaración de desamparo.

Finalmente, no entramos en el análisis de las visitas, simplemente lo dejamos a la lectura de los argumentos que en la sentencia se contienen, porque consideramos que lo destacado es el estudio de la caducidad. La sentencia del Tribunal Supremo solo aplica el criterio de interés del menor y expone la normativa sobre la que se sustenta, para, al final, llegar a la misma conclusión de la audiencia provincial: la ratificación de la suspensión. Añadimos, no obstante, algunos aspectos que nos parecen interesantes, no tratados por el Tribunal Supremo en la resolución, centrados en la jurisprudencia sobre la comunicación entre nietos y abuelos. La STS núm. 90/2015, de 20 de febrero (Norma CEF NCJ059602), nos recuerda

que se ha de estar a las circunstancias del caso y valorar singularmente en cada uno de ellos si lo que el Tribunal considera probado constituye una causa relevante y de entidad como para ser calificada de justa a efectos de impedir, aunque sea transitoria y coyunturalmente, un régimen de visitas y comunicación de los abuelos con los nietos, si se tiene en consideración el papel que desempeñan los abuelos de cohesión y transmisión de valores en la familia, según recoge la exposición de motivos de la Ley 42 de 2003, de 21 de noviembre, por la que se modificó el artículo 160 del Código Civil, entre otros [...] rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deben tener siempre como guía fundamental el «interés superior del menor» (STS 28 de junio de 2004), si bien, y en aras de ese interés, se prevé la posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, como señala la Sentencia de 20 de septiembre de 2002, cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia un progenitor.

Es evidente que no se aplica al caso, pues se entienden justificadas las razones de la suspensión, pero nos sirve a título de doctrina que ilustra en el caso de los abuelos y su derecho a relacionarse con los nietos declarados en desamparo. Téngase en cuenta que la abuela solicitaba un trato procesal diferenciado con el recurso de los padres y que es a ella a quien también se le impiden las citas con sus nietos.

Lo que sí interesa destacar aquí, ya mencionado a lo largo del comentario, es que, a pesar de tratar la caducidad y darle el sentido manifestado, como el fallo no cambia, la sentencia de la audiencia está justificada por equivalente con la del Supremo; por ello, el pronunciamiento es no casar la sentencia en la «pretensión de que se deje sin efecto la resolución administrativa que suspendió las visitas de la recurrente». Sí en el sentido propuesto por la representación de R.P.G. «de declarar que la acción ejercitada por la recurrente no estaba caducada».

# Normativa MiFID y límites a la legitimación activa de las asociaciones de consumidores

**Adelaida Medrano Aranguren**

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

[an.medrano@poderjudicial.es](mailto:an.medrano@poderjudicial.es) | <https://orcid.org/0000-0003-4740-6836>

## Enunciado

Entre mayo de 2007 y marzo de 2009, dos personas físicas, D. Alberto y D.ª Andrea, suscribieron cinco órdenes de compra para cinco productos financieros con Banco Banif, SA (actualmente Banco Santander, SA), por importes comprendidos entre los 150.000 y los 300.000 euros, con un valor total de 900.000 euros.

Todas las compras tuvieron lugar mientras estaba vigente la Directiva MiFID I.

La Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales, Auge, presentó una demanda contra Banco Banif en representación de sus asociados D. Alberto y D.ª Andrea. Solicitó que se declarara la nulidad de los citados contratos de adquisición de productos financieros por error de vicio del consentimiento. Solicitó asimismo que se ordenara reintegrar a los inversores la suma de 481.634,14 euros más comisiones, gastos e intereses. Dicha demanda fue parcialmente estimada en primera instancia en relación con determinadas órdenes de adquisición. En consecuencia, la entidad de crédito fue condenada a restituir a los demandantes 462.515,74 euros, más los intereses legales desde la fecha de las inversiones respectivas anuladas.

La entidad de crédito demandada interpuso recurso contra la sentencia dictada en primera instancia ante la Audiencia Provincial de Granada. La audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia dictada en primera instancia, al considerar que la demandada no había tenido en cuenta el perfil inversor de los clientes y no les había ofrecido una información precontractual clara y completa sobre los riesgos de los productos que contrataban.

La entidad de crédito demandada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso extraordinario de casación ante el órgano jurisdiccional remitente. Argumenta que Auge carece de legitimación activa para demandar en nombre de sus asociados por-

que los productos contratados no son de uso común y generalizado, sino que se trata más bien de productos financieros especulativos de alto valor económico, que exceden los productos comunes de consumo.

El Tribunal Supremo destaca que, con carácter general, ha admitido la legitimación activa de las asociaciones de consumidores para la defensa de sus asociados en el ejercicio de acciones amparadas por la normativa de la Directiva MiFID I, incluso con ocasión de litigios en los que ha sido parte AUGE.

No obstante, en dos casos concretos, el Tribunal Supremo apreció la falta de legitimación activa de AUGE, como asociación de consumidores, para defender los intereses individuales de los consumidores en relación con inversiones en productos financieros especulativos y de alto valor económico, al considerar que no se trataba de productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado. En ese sentido, consideró que, conforme a la legislación española, esa legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios está vinculada a la defensa de sus derechos cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

En tales sentencias, el Tribunal Supremo razonó que hay servicios financieros que, por su naturaleza y circunstancias –en atención a sus elevados importes y a su carácter especulativo–, exceden de la consideración de «servicios de uso común, ordinario y generalizado». Ello no quiere decir que esos concretos inversores afectados no puedan litigar por sí mismos en defensa de sus derechos, pero no está justificado que lo hagan mediante una asociación de consumidores para no pagar los depósitos judiciales necesarios para la interposición de los recursos y evitar el riesgo de una eventual condena en costas en las instancias y en casación.

Se trata de evitar con ello un uso fraudulento o abusivo de esta legitimación especial de las asociaciones de consumidores en litigios en los que la condición de consumidor se diluye, en atención a las características del litigio y a la cuantía litigiosa. En caso contrario, según destaca el órgano jurisdiccional remitente, existiría el riesgo de aprovecharse del derecho a la asistencia jurídica gratuita que se reconoce a estas asociaciones cuando litigan en defensa de los intereses de sus asociados.

Por último, el Tribunal Supremo expone que, en su jurisprudencia, nunca ha negado la condición de consumidores a inversores con ánimo de lucro que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, aunque sus inversiones hayan sido complejas o de elevada cuantía. Ha cuestionado, no obstante, la legitimación activa de una asociación de consumidores en algunos casos concretos en que ha considerado, en atención a sus circunstancias, que podría haber un fraude procesal. Ese fraude procesal consiste en evitar pagar depósitos judiciales y las costas de la parte contraria iniciando el procedimiento a través de una asociación de consumidores, en lugar de personalmente, en perjuicio de la parte contraria y de la Hacienda Pública.

En tales circunstancias, el Tribunal Supremo acordó suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

Sobre la base de que las asociaciones de consumidores tienen legitimación para representar en juicio a inversores/consumidores que reclaman por un incumplimiento de los deberes de una sociedad de servicios de inversión en la comercialización de productos financieros complejos, ¿puede restringirse excepcionalmente esa legitimación por los tribunales nacionales cuando, en el marco de una reclamación individual, se trate de inversores de alta capacidad financiera, que realizan operaciones que no pueden considerarse de uso ordinario y generalizado y que litigan bajo el amparo de la asociación de consumidores con el resultado de poder beneficiarse de una posible exención de costas procesales en un proceso judicial de muy elevada cuantía, evitando el pago de depósitos judiciales y evitando pagar las costas de la parte contraria en caso de demandas infundadas o incluso temerarias?

Abordemos la respuesta a dicha cuestión.

Cuestiones planteadas:

1. La legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para litigar en nombre de sus asociados.
2. La compatibilidad de las normas nacionales y las normas MiFID en esta materia cuando se trata de productos que no son de uso generalizado, y la posible fijación de límites a esta legitimación.
3. Jurisprudencia en la materia.

## Solución

A la hora de informar respecto de la cuestión objeto de este caso, entendemos preciso detallar qué normativa es la de aplicación, tanto la comunitaria como la nacional española.

Normativa comunitaria

Directiva 2014/65/UE (MiFID II)

El artículo 74, apartado 2, de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la

que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (en lo sucesivo, Directiva MiFID II), dispone lo siguiente:

2. Los Estados miembros dispondrán que uno o más de los siguientes organismos, según determine su Derecho nacional, puedan también, en interés de los consumidores y de conformidad con el Derecho nacional, elevar un asunto ante los organismos jurisdiccionales o los organismos administrativos competentes para garantizar la aplicación del Reglamento (UE) n.º 600/2014 [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012] y de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva:

- a) organismos públicos o sus representantes;
- b) organizaciones de consumidores que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores;
- c) colegios profesionales que tengan un interés legítimo en la defensa de sus miembros.

## Derecho español

El artículo 11, apartado 1, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil dispone que, sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Con arreglo a la disposición adicional segunda de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, las asociaciones de consumidores tienen derecho a litigar con justicia gratuita cuando las acciones ejercitadas «guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado».

Conforme al artículo 36, apartado 2, de la Ley 1/1996, si la asociación pierde el litigio, no tiene que pagar las costas al litigante contrario, por muy elevada que sea la cuantía del procedimiento, como tampoco las pagarían los asociados concretos a los que tal asociación representa en el juicio.

El anexo I, parte C, punto 13, del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5, de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y normas concordantes, enumera, en términos

generales, como uno de tales productos y servicios de uso común, ordinario y generalizado, los servicios bancarios y financieros.

Tanto el artículo 11, apartado 2, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, como el artículo 247, apartado 2, de la LEC disponen, en los mismos términos, que los juzgados y tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

Detallado lo anterior, se trata de delimitar si el artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID II debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que restringe excepcionalmente la legitimación de las asociaciones de consumidores para representar los intereses individuales de determinadas categorías de inversores que tienen la condición de consumidores, sobre la base de la naturaleza y el valor económico de los productos financieros en los que esas personas han invertido. El órgano jurisdiccional remitente también pregunta sobre la pertinencia del hecho de que, en esas situaciones, las asociaciones de consumidores puedan beneficiarse de asistencia jurídica gratuita y de que las personas que representan eviten el pago de depósitos judiciales y de las costas de la parte contraria.

La cuestión que plantea el órgano jurisdiccional remitente trae causa de dos elementos concretos del derecho español. El primero es que las asociaciones de consumidores no solo están legitimadas para defender «los intereses generales de los consumidores y usuarios», sino también los «derechos e intereses de sus asociados». El segundo es que las asociaciones de consumidores tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando las demandas que presenten «guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado». En tales casos, si la asociación pierde el litigio, no tiene que pagar las costas al litigante contrario, como tampoco las pagarían los asociados concretos a los que tal asociación represente en el juicio.

Las dudas que se originan hacen referencia a la compatibilidad con el artículo 74.2 de la Directiva MiFID II, de una interpretación judicial que impone límites a la legitimación de una asociación de consumidores. Conforme a la jurisprudencia nacional, los inversores tienen la condición de consumidores cuando actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional. También ha admitido que las asociaciones de consumidores están legitimadas, por lo general, para defender a los inversores-consumidores. Sin embargo, se pregunta si puede restringirse la legitimación de asociaciones de consumidores como Auge cuando estas actúan en defensa de intereses individuales de sus asociados sobre la base de la naturaleza y el valor de las inversiones realizadas, que pueden no ser consideradas productos de uso o consumo común ordinario y generalizado. A la luz del régimen de asistencia jurídica gratuita aplicable a las asociaciones de consumidores, reconocer legitimación a esas asociaciones, en tales circunstancias, podría dar lugar a un fraude procesal consistente en evitar el pago de depósitos judiciales y de las costas procesales.

El artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID II obliga a los Estados miembros a disponer que uno o más de los organismos designados en ese artículo puedan, en interés de los consumidores y «de conformidad con el Derecho nacional», interponer un recurso para garantizar la aplicación de las disposiciones nacionales que desarrollen esa directiva. Sin embargo, cuando los Estados miembros ejerzan la facultad que les confiere el artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID II, deben hacerlo, como ha señalado en esencia la Comisión, dentro de los límites que establece esa disposición. Más concretamente, la legislación pertinente adoptada en el derecho nacional no puede perjudicar el efecto útil de dicha disposición, teniendo en cuenta los objetivos de esa directiva.

En lo que respecta, más específicamente, al ámbito material del recurso al que se refiere el artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID II, de dicha disposición resulta que cubre la correcta aplicación de las disposiciones nacionales que desarrollen esa directiva en interés de los consumidores, *sin excluir a los inversores que tengan la condición de consumidores*.

El concepto de «consumidor» no está definido ni en el artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID II, ni en ninguna otra de sus disposiciones. En cambio, el artículo 4 de la Directiva MiFID II define el concepto de «cliente» y las dos categorías de clientes (minorista y profesional).

Como observa acertadamente la doctrina, no existe una única definición del concepto de «consumidor» en el derecho de la Unión. Cada directiva define su ámbito de aplicación y cada una de ellas contiene su propia definición del «consumidor», que resulta pertinente a los efectos de esa norma. Sin embargo, la Directiva MiFID II no define quién es «consumidor». Así, para garantizar el cumplimiento de los objetivos perseguidos por el legislador europeo en el sector de los contratos celebrados por los consumidores y la coherencia del derecho de la Unión, procede tener en cuenta, en particular, el concepto de «consumidor» contenido en otras normas del derecho de la Unión. Las normas jurídicas pertinentes para la protección de los intereses de los consumidores cuando se adoptó la Directiva MiFID II muestran cierta convergencia en relación con algunos elementos esenciales de la definición del concepto de «consumidor». El consumidor es una persona física que actúa en un ámbito ajeno a una actividad o fin profesional o comercial e independientemente de tal actividad o fin, con el único objetivo de satisfacer sus propias necesidades de consumo privado.

Esa acepción del concepto de consumidor, basada en el criterio de la persona física que actúa en un ámbito ajeno a su actividad comercial o profesional, es de naturaleza *objetiva*. No hay ninguna indicación en el artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID II de que, para atribuir a un inversor la condición de «consumidor» con arreglo a esa disposición, proceda tener en cuenta la situación económica de esa persona en el momento en el que realizó la inversión y la naturaleza y valor de los instrumentos financieros en los que haya invertido.

La referencia al «interés de los consumidores» que figura en el artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID II indica que los inversores que puedan considerarse consumidores

llevan dos naturalezas: la de consumidor y la de inversor. El artículo 75 de la Directiva MiFID II corrobora esa doble condición, estableciendo y regulando que los Estados miembros deben fomentar el establecimiento de procedimientos eficaces y efectivos de reclamación y recurso para la resolución extrajudicial de «conflictos de los consumidores en relación con la prestación de servicios de inversión y servicios auxiliares». De dicha disposición resulta que existen *conflictos de los inversores* que tienen la consideración de *conflictos de los consumidores*.

Esa coexistencia no comporta ningún umbral en cuanto a la capacidad financiera o al valor de los instrumentos financieros en lo que concierne al derecho a interponer un recurso previsto en el artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID II. Así, a efectos de dicha disposición, el comportamiento del consumidor cuando actúa como inversor, y en particular el importe que haya invertido o la complejidad o el valor de los instrumentos, no priva a esa persona de la condición de consumidor, siempre que actúe en un ámbito ajeno a su actividad profesional.

Excluir el derecho de esos organismos y, en particular, de las asociaciones de consumidores a litigar con respecto a determinados inversores que tienen la condición de consumidores *debilitaría* de manera indirecta esa condición, a pesar de que, de hecho, no está sujeta a ninguna salvedad o reserva. Además, excluir ese derecho menoscabaría el *efecto útil* del artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID II, que consiste en prever un derecho a litigar en interés de todos los inversores-consumidores, sin establecer distintos niveles de ese derecho en función del volumen o naturaleza de la inversión. A tal respecto, es preciso tener asimismo en cuenta que el objetivo de la Directiva MiFID II consiste en ofrecer a los inversores un alto nivel de protección.

En este caso, no se discute que el Derecho español reconoce a las asociaciones de consumidores legitimación para representar los derechos e intereses de sus asociados y los intereses generales de los consumidores. El órgano jurisdiccional remitente señala que las personas físicas parte en el asunto objeto del litigio principal son consumidores y que su condición de tales ha quedado acreditada. Además, dicho órgano jurisdiccional ha declarado que, con carácter general, ha admitido la legitimación activa de las asociaciones de consumidores para la defensa de sus asociados en el ejercicio de acciones amparadas por la Directiva MiFID. Sin embargo, considera que la legitimación activa de las asociaciones de consumidores debe limitarse cuando representan los intereses de consumidores que han invertido en productos financieros complejos.

No obstante, esa interpretación jurisdiccional, que limita la legitimación de esas asociaciones sobre la base del valor o la naturaleza del producto financiero, puede menoscabar el *efecto útil* del artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID II. De todo lo anterior resulta que, aunque, al aplicar el artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID, los Estados miembros están facultados para decidir si las asociaciones de consumidores están legitimadas para defender tanto los intereses colectivos de los consumidores como los intereses parti-

culares de sus asociados, esa legitimación está vinculada a la condición de consumidores que tienen esos inversores. El tipo de producto o el importe de la inversión realizada por los inversores-consumidores afectados no es determinante a este respecto.

En cuanto a la legitimación y el fraude procesal a la luz del régimen de asistencia jurídica gratuita aplicable, conforme al Derecho español, las asociaciones de consumidores tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando las demandas que presenten «guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado». Eso significa que, conforme a la normativa nacional aplicable, tales asociaciones de consumidores no deben pagar las costas de la parte contraria ni tan siquiera cuando pierdan el procedimiento. Además, las asociaciones de consumidores no están obligadas a pagar los depósitos judiciales que se devengan con ocasión de la presentación de una demanda.

Con base en ello, cuando una asociación de consumidores presenta una demanda que no «guarde relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado», como los productos financieros complejos comprendidos en el ámbito de la Directiva MiFID II, existe riesgo de uso fraudulento o abusivo de la legitimación. Ese abuso consiste en que la asociación de consumidores se aprovecha indebidamente del régimen «privilegiado» de asistencia jurídica gratuita.

A este respecto debe señalarse, en primer lugar, que incumbe al órgano jurisdiccional interpretar los requisitos que establece el derecho nacional para que una asociación de consumidores pueda acogerse a la asistencia jurídica gratuita. Más concretamente corresponde al tribunal nacional determinar si los productos financieros complejos de alto valor deben considerarse comprendidos o excluidos del concepto de «productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado». También corresponde a dicho tribunal establecer las consecuencias de la clasificación de esos productos en relación con la aplicabilidad del régimen nacional de asistencia jurídica gratuita.

En segundo lugar, es preciso trazar una clara distinción entre la legitimación de las asociaciones de consumidores en el contexto de la Directiva MiFID II y la cuestión de la asistencia jurídica gratuita o cualquier eventual fraude procesal.

La interpretación más adecuada debe basarse en el sentido de que la legitimación de las asociaciones de consumidores con arreglo al artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID II no puede limitarse sobre la base del valor o la naturaleza de los productos financieros de que se trata se entiende sin perjuicio de la cuestión de si se puede restringir el acceso a la asistencia jurídica gratuita de esas asociaciones sobre la base de ese criterio.

A este respecto, ha de observarse que el artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID II (o cualquier normativa de la Unión a la sazón aplicable) no incluye ninguna disposición que regule la asistencia jurídica gratuita para los organismos que tienen legitimación activa. De

ello se desprende que, al no existir normativa de la Unión sobre la concesión de asistencia jurídica gratuita a las asociaciones de consumidores cuando litigan en interés de los consumidores, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales normas, en virtud del principio de autonomía procesal, siempre y cuando estas normas no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al derecho interno (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el derecho de la Unión (principio de efectividad).

Por lo que respecta al principio de equivalencia, debe señalarse que el Tribunal de Justicia no dispone de ningún dato que permita hacer dudar de la conformidad con dicho principio de las normas procesales controvertidas en el procedimiento principal.

Sin perjuicio de las apreciaciones que lleve a cabo el órgano jurisdiccional remitente, de la disposición adicional segunda de la Ley 1/1996 resulta que la norma con arreglo a la cual las asociaciones de consumidores pueden disfrutar de asistencia jurídica gratuita cuando las demandas que presenten guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado se aplica a todas las demandas pertinentes, con independencia de que se basen en el derecho de la Unión o en el derecho nacional.

Por lo que respecta al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento.

Además, las normas nacionales que restrinjan el acceso a la asistencia jurídica gratuita pueden incidir en el derecho de acceso a los tribunales y en el principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ese derecho implica que se preste asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

En el presente asunto, parece que la posibilidad que tienen las asociaciones de consumidores de acogerse a la asistencia jurídica gratuita no depende de la situación económica de la asociación, sino únicamente de la naturaleza de los productos o servicios objeto del litigio. También parece que la normativa nacional aplicable tiene por efecto suspender el principio de «quien pierde paga» en beneficio de las asociaciones de consumidores.

En la medida en que el derecho nacional instaura un régimen favorable para las asociaciones de consumidores y prevé una excepción al principio de «quien pierde paga», los cri-

terios que establece la normativa nacional para poder acogerse a ese régimen, en relación con la naturaleza del producto, conforme a la interpretación de los órganos jurisdiccionales nacionales, no parece que sea capaz de vulnerar el principio de efectividad.

Asimismo, en la medida en que el artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID II reafirma el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta, debe observarse que el régimen nacional de que se trata hace posible conceder asistencia jurídica gratuita a las asociaciones de consumidores sin exigir ninguna prueba de la falta de recursos suficientes. En estas circunstancias, ese régimen específico de asistencia jurídica gratuita no parece capaz de afectar al derecho a la tutela judicial efectiva de la asociación de consumidores.

Ha de añadirse además que los criterios establecidos por la normativa nacional para que las asociaciones de consumidores puedan beneficiarse del régimen especial de asistencia jurídica gratuita no afecta al derecho de los inversores individuales que tienen la condición de consumidores a presentar una demanda individual y solicitar asistencia jurídica gratuita si carecen de suficientes recursos, conforme a las disposiciones pertinentes del derecho nacional. También incumbe al órgano jurisdiccional nacional aplicar la normativa nacional para sancionar cualquier uso abusivo de la acción procesal o denuncia injustificada.

Dicho esto, es preciso destacar que el mero hecho de que una asociación de consumidores interponga un recurso en representación de inversores-consumidores que disponen de medios económicos significativos y han invertido en productos complejos no entraña, *en sí*, un fraude procesal que prive de legitimación a la asociación de consumidores.

Cualquier otra interpretación, de conformidad con este análisis, menoscabaría el *efecto útil* del artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID II.

A la luz de lo anterior, el artículo 74, apartado 2, de la Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita excepcionalmente la legitimación de las asociaciones de consumidores para representar los intereses individuales de determinadas categorías de inversores que tienen la condición de consumidores, sobre la base de la naturaleza y el valor de los productos financieros en los que esas personas han invertido. Ello ha de entenderse sin perjuicio de la cuestión de si la asistencia jurídica gratuita y la concomitante exención del pago de los depósitos judiciales y de las costas procesales de la parte contraria pueden restringirse con arreglo a esos criterios.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 11.2.
- Ley 1/1996 (asistencia jurídica gratuita, las asociaciones de consumidores), art. 36.2 y disp. adic. segunda.

- Ley 1/2000 (LEC), arts. 11.1 y 247.2.
- Real Decreto legislativo 1/2007 (TR Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), arts. 2.2 y 11.
- Directiva 2014/65/UE (mercados de instrumentos financieros), art. 74.2.
- SSTJUE 2 de mayo de 2019 (NormaCEF NCJ064147), 3 de junio de 2021 (NormaCEF NCJ065535), 11 de enero de 2024, de 14 de marzo de 2024 y 4 de julio de 2024.

# Contratación administrativa y contrato de suministro. Procedimiento de subvenciones y reintegro

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa  
Profesor del CEF.- (España)*

[julioalancaceres@hotmail.com](mailto:julioalancaceres@hotmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

## Enunciado

Usted está destinado en los servicios de Asesoría Jurídica General del ministerio competente en materia de Cultura. Le han llegado la documentación que, a continuación, se expone sobre la que se formulan diversas cuestiones expuestas tras la narración de los hechos, para que emita los correspondientes informes razonados que sirvan de base a las resoluciones que se deben adoptar por los órganos competentes:

1. Actuando por delegación del ministro, un director general del departamento está interesado en la contratación de suministro de energía eléctrica para diferentes dependencias del ministerio (su sede, oficina de información administrativa, bibliotecas, jardines exteriores en algunas dependencias, motores de agua, salón de usos múltiples u otras instalaciones), así como en la realización para el cambio de infraestructura y elementos necesarios y el mantenimiento para el suministro, que deberá hacerse de forma homogénea y coordinada, presentando cada instalación ciertas especialidades respecto a la ejecución técnica de todos ellos. Concretamente, se trata de 12 puntos de suministro. El valor estimado de todos los contratos alcanzaría la cantidad de 15.600 euros, y la empresa, una sociedad de responsabilidad limitada, oferta, en el trámite de consulta previa, formalizar tantos contratos menores como puntos de suministro, alegando, entre otras razones, que tienen finalidad diferente y áreas de gasto presupuestario (aplicación presupuestaria) diferente, especialidad en cada punto de colocación, que los contratos menores tiene un valor estimado de 1.300 euros cada contrato. Además, el plazo de ejecución de cada uno es inferior de 12 meses. El alcalde acaba realizando 12 contratos menores con dicha empresa.

Durante la ejecución del contrato se recibe un escrito anónimo en el órgano de contratación por el que relata que la empresa adjudicataria está destinando fondos recibidos por

el Estado en concepto de una subvención nominativa prevista en los Presupuestos Generales, donde, igualmente, se preveía anticipo de las cantidades a otorgar en concepto de subvención, que se concedieron a fines distintos de los previstos en su concesión, por lo que, al menos, pudiera ser constitutivo de una presunta infracción administrativa. Por ello, se había incumplido, parcialmente, el objetivo establecido al concederse la subvención, habiéndose cumplido el plazo para cumplir sus obligaciones el día 4 de mayo del año XXXX.

En la subvención concedida, en su momento, a la empresa se exigió una garantía y se señaló, en la convocatoria, el plazo de cuatro meses para la cancelación de la misma desde el reintegro o la cancelación.

Es de significar que, al cabo de un año de ejecutado totalmente el contrato, se presentó un escrito ante el órgano de contratación por parte de una sociedad anónima dedicada al mismo objeto social que la que resultó adjudicataria, poniendo de manifiesto –y era cierto– que el contrato había sido adjudicado a una contratista incurso en causa de prohibición, en concreto, por tener deudas en periodo ejecutivo con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Sin embargo, es de constatar que en el momento en que se propuso su adjudicación abonó la deuda más los intereses. En el escrito se solicita la revisión de oficio y una indemnización. Al día siguiente, el director general, sin más, resuelve la no admisión de la solicitud.

Igualmente, es de constatar que, como consecuencia de la denuncia de la presunta infracción administrativa, se ponen en marcha dos procedimientos: el sancionador y el procedimiento de reintegro. Este se inició por el órgano gestor a los tres meses del informe emitido por la Intervención General de la Administración del Estado favorable a la incoación de dicho procedimiento.

En concreto, se incoó el día 7 de septiembre del año XXXX, notificándose al día siguiente. En el mes de agosto del año siguiente, el procedimiento se paralizó sin razón aparente. Por ello, el día 1 de septiembre del año siguiente la Administración procede a incoar nuevo procedimiento de reintegro. Es de resaltar que en el mes de julio del año XXXX la sociedad mercantil se había disuelto y liquidado. Ante ello, la Administración se dirige, exclusivamente, contra el señor Pulido, que era socio minoritario del capital social de la citada entidad mercantil, exigiéndole el pago de la cantidad total que acabó determinándose en el procedimiento de reintegro más los intereses correspondientes. A este pago se opone el señor Pulido.

En relación con el procedimiento sancionador se inició, igualmente, el día 7 de septiembre, finalizando mediante resolución sancionadora por infracción muy grave, consistente en una multa, impuesta por un secretario de estado del ministerio el día 1 de noviembre, que fue notificada a la empresa el día 2 de noviembre de igual año. El día 3 de noviembre la sancionada interpone recurso de reposición contra aquella resolución. Igualmente, el importe de la multa es exigido, exclusivamente, al señor Pulido que, asimismo, se opone al pago.

2. Por otra parte, se ha recibido en el registro del ministerio escrito de un ciudadano donde solicita se le informe de las retribuciones percibidas por el ministro y los altos cargos del ministerio, sobre las declaraciones anuales de bienes, con especificación de la localización concreta en lo relativo a los bienes inmuebles y de las declaraciones de actividades de aquellos; igualmente solicita se le informe sobre los estudios y títulos universitarios que aquellos tienen.

3. Además, en relación con el contrato administrativo celebrado y señalado al inicio de este relato de hechos, en general, al órgano de contratación le surgieron las siguientes dudas que consulta con usted:

- a) Si cabía excluir una oferta si los pliegos de cláusulas administrativas particulares no han establecido los parámetros objetivos que sirvan para identificar las ofertas anormalmente bajas.
- b) ¿Qué efectos tendría en vía administrativa la falsedad en la declaración responsable presentada por el licitador en el proceso licitatorio si se hubiera realizado la adjudicación a través de procedimiento abierto y en un solo contrato?
- c) El ministro teme que se produzcan problemas financieros que debe afrontar de forma inmediata, por ello, desea conocer si La Ley 9/2017 habilita para contratar sin la previa disponibilidad de crédito presupuestario al efecto.
- d) Si se hubiere adjudicado en un solo contrato por procedimiento abierto, y el presidente de la mesa de contratación, el mismo día de la celebración de la sesión en que debía realizarse la propuesta de resolución al órgano de contratación, repentinamente, sufre un infarto, y el propio director general en el que había delegado la celebración del contrato decide actuar como presidente de la mesa de contratación, ¿sería ajustada a derecho?

Por otra parte, es de significar que, en el trámite de consulta previa a la adjudicación de los contratos menores, una entidad pública, instituto público creado por la Administración autonómica que, de acuerdo con su norma de creación y las finalidades previstas, entre otras, podía realizar el objeto de los contratos a que se refiere el caso, presentó el mejor proyecto desde todos los puntos de vista para la ejecución de los contratos. Sin embargo, no se le adjudicaron aquellos por dos razones; la primera, porque el órgano de contratación consideró que no podía licitar el contrato dada su condición de entidad pública; la segunda, porque percibía dotaciones públicas presupuestarias de la Administración autonómica que suponían más del 80 % de sus recursos. Es de resaltar que este operador económico mantenía una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el mercado privado y sus restantes actividades.

Finalmente, ante las continuas dudas surgidas al efecto en los numerosos procedimientos sancionadores que se instruyen por las distintas unidades administrativas del ministerio,

que llegan a conclusiones diferentes, se ha decidido elevar a usted la consulta de si con la nueva normativa ya no es aplicable la posibilidad que establecía el reglamento del procedimiento sancionador de 1993 de prescindir de la audiencia tras la propuesta de resolución en el procedimiento sancionador.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cuál será la naturaleza jurídica del contrato? ¿Es posible utilizar el procedimiento de contrato menor y formalizar tantos contratos individuales como puntos de suministro por área de gasto (finalidad del suministro)? Al respecto hay que tener en cuenta que en la actualidad los contratos están formalizados de forma individual e independiente y tienen diferente fecha de finalización. ¿Cuál sería, a su modo de ver, el procedimiento más adecuado a seguir conforme a la ley?
2. ¿Es forma legal de denunciar unos hechos mediante escrito anónimo? ¿Obliga a poner en marcha algún tipo de procedimiento?
3. ¿Resulta ajustada a derecho la decisión del director general no admitiendo la solicitud de revisión de oficio presentada por el vecino? Si se hubiere realizado un procedimiento abierto por un solo contrato y el propuesto tuviera una deuda con la Agencia Estatal de Administración Tributaria en periodo ejecutivo y paga la deuda para evitar la prohibición, ¿deja de estar incurso en la causa de prohibición. ¿Se le debe dar trámite de audiencia previa? ¿Procedería, en su caso, la indemnización al solicitante si se realizara la revisión de oficio y se terminara anulando el acto?
4. ¿Tiene alguna consecuencia jurídica el hecho de que el primer procedimiento de reintegro se iniciara a los tres meses del informe favorable de la Intervención General del Estado? ¿Resulta ajustado a derecho la decisión de la Administración poniendo en marcha el segundo procedimiento de reintegro?
5. Al disolverse la sociedad mercantil, adjudicataria del contrato, y haberse procedido a la liquidación de la misma ¿supone que ha de archiversse el procedimiento de reintegro? ¿Actúa con arreglo a derecho cuando exige toda la cantidad, resultante del procedimiento de reintegro, a un solo socio minoritario del capital social de la entidad mercantil? ¿Y la exigencia al mismo de la multa impuesta en el procedimiento sancionador?
6. ¿Era necesario justificar la concesión de la subvención nominativa, concedida en su momento, a la sociedad mercantil adjudicataria del contrato? ¿Dónde se hará, en su caso, la misma si su respuesta fuera afirmativa?
7. Si la subvención a la empresa adjudicadora del contrato hubiera sido concedida por delegación del ministro en el procedimiento de concesión y hubiera existido un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, ¿podrá revocar la de-

- legación el ministro? Si así fuera, ¿podría revisar la resolución tomada por el órgano delegado?
8. ¿Ha de facilitarse la información solicitada por el vecino respecto al ministro y los altos cargos del ministerio?
  9. ¿Era posible exigir garantía para la subvención concedida a la sociedad mercantil adjudicataria del contrato? ¿Se podría haber señalado el plazo de cuatro meses para la cancelación de la misma desde el reintegro o la liquidación? ¿Y si este plazo de hubiera establecido en las bases?
  10. Resuelva las dudas surgidas al órgano de contratación en el contrato administrativo celebrado.
  11. ¿Cuándo comenzará el plazo de prescripción de la sanción si se interpone recurso de reposición y no hubiere resolución expresa?
  12. ¿Podría aspirar la entidad pública a la adjudicación del contrato como contratista? ¿Resulta ajustado a derecho que los contratos a que se refiere el caso no se adjudicaran al instituto público, pese a que era el mejor proyecto porque percibía dotaciones públicas presupuestarias de la Administración autonómica que suponían más del 80 % de sus recursos? Este operador económico mantenía una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el «mercado privado» y sus restantes actividades, ¿por esta razón, no fue la adjudicataria?
  13. Informe sobre la duda planteada respecto del trámite de audiencia en el procedimiento sancionador tras la propuesta de resolución. Si considera el trámite preceptivo, ¿de qué plazo dispondría el interesado expedientado para complementar tal trámite?

## Solución

1. ¿Cuál será la naturaleza jurídica del contrato? ¿Es posible utilizar el procedimiento de contrato menor y formalizar tantos contratos individuales como puntos de suministro por área de gasto (finalidad del suministro)? Al respecto hay que tener en cuenta que en la actualidad los contratos están formalizados de forma individual e independiente y tienen diferente fecha de finalización. ¿Cuál sería, a su modo de ver, el procedimiento más adecuado a seguir conforme a la ley?

Respecto a la naturaleza jurídica del contrato de suministro de energía eléctrica se trata del artículo 16.3 d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), pues contempla expresamente como tal «la adquisición de energía primaria o de

energía transformada». Es lo cierto que el contrato conlleva también la realización de las operaciones necesarias para su instalación eléctrica así como el mantenimiento de dichos aparatos, por lo cual podríamos señalar, en sentido estricto, que nos encontramos ante un contrato mixto, respecto al cual señala el artículo 18.1 que «se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. Únicamente podrán celebrarse contratos mixtos en las condiciones establecidas en el artículo 34.2 de la presente Ley».

Referida la libertad de pactos en estos términos:

1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

2. Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante.

El régimen jurídico de la preparación y adjudicación de los contratos mixtos se determinará de conformidad con lo establecido en este artículo; y el de sus efectos, cumplimiento y extinción se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122.2.

Para la determinación de las normas que regirán la adjudicación de los contratos mixtos cuyo objeto contenga prestaciones de varios contratos regulados en esta Ley, se estará a las siguientes reglas:

a) Cuando un contrato mixto comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios se atenderá al carácter de la prestación principal.

Se plantea la cuestión relativa a la posibilidad de utilizar el procedimiento de contrato menor previsto en el artículo 118 de la LCSP, para la contratación separada del suministro de energía eléctrica de las diferentes dependencias e inmuebles del ministerio. Ello determinaría la formalización de un contrato menor por cada uno de los puntos de suministro de las instalaciones, lo que en su opinión estaría justificado porque tienen finalidad diferente y áreas de gasto presupuestario (aplicación presupuestaria) diferentes, y que los contratos menores no superarán el límite de 15.000 euros cada uno. Además, el plazo es inferior de 12 meses.

Ciertamente, para responder, adecuada y acertadamente, a esta cuestión se necesitarán más datos que los que proporciona el relato de hechos respecto a los condicionantes precisos de las referidas instalaciones; por ejemplo, en qué consiste la especialidad de cada

una de ellas; cuál es la complejidad técnica para su ejecución; en qué consiste y la razón de la coordinación de las prestaciones; dado su objeto, algo especial, cuántas operadoras económicas pueden realizar el o los contratos, etc.

La cuestión reside en determinar dos cuestiones:

- Si la mera existencia de una aplicación presupuestaria diferente para cada contrato justifica la posibilidad de valorar de forma separada los contratos que con un mismo objeto se celebren por una Administración a los efectos de aplicar los límites y requisitos del artículo 118 de la LCSP, para la utilización de los contratos menores.
- Cuáles son las condiciones que hay que tener en consideración para determinar si hay fraccionamiento indebido de los contratos.

El análisis realizado por la Junta Consultiva de Contratación del Estado del concepto de unidad funcional autónoma contemplado en el artículo 101.6 de la LCSP, en su Informe 9/2018, de 5 de abril, establece la doctrina de carácter general que opera como instrumento interpretativo para valorar cuándo concurre la condición de unidad funcional separada y autónoma y cuándo lleva aparejada que los valores estimados de los diferentes contratos puedan separarse, con las diferentes consecuencias que ello pudiera tener sobre la aplicación de los correspondientes procedimientos de licitación.

Tras analizar la normativa europea y la española sobre el particular, deduce los requisitos característicos para determinar en qué casos se puede considerar concurrente la responsabilidad autónoma de la unidad funcional, que van más allá de la mera consignación presupuestaria diferenciada para la finalidad del contrato de que se trate:

1. Debe tratarse de una unidad funcional separada. En este sentido es esencial que exista una función específica que caracterice de un modo particular a la unidad de que se trate y que, con ello, se pueda considerar a la misma separada, no en el aspecto orgánico o jerárquico, sino en lo que hace a la función que desempeña.
2. Esta unidad funcional separada debe ser responsable de manera autónoma respecto de la contratación o de determinadas categorías de contratos. Esta autonomía viene perfilada en la ley de modo tal que se puede atribuir a la unidad que cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato en cuestión. La financiación específica exige una diferenciación concreta en el presupuesto de la entidad pública a la que pertenezca. La competencia debe estar descrita de manera específica en la normativa interna de organización de dicha entidad pública, de modo que se pueda distinguir de las competencias de otros órganos existentes en su seno.
3. Ambas condiciones conducen a una tramitación del procedimiento de selección del contratista diferenciada y propia de la unidad funcional separada.

Bajo estas premisas, en los supuestos en que concurran las anteriores circunstancias, esto es, que estemos en presencia de una unidad funcional separada y que tal unidad esté cualificada por gozar de una financiación específica y de competencia para celebrar un contrato cabrá estimar los valores, como dice la ley, «al nivel de la unidad de que se trate». Ello determinará, en consecuencia, el ámbito de aplicación de los límites del artículo 118 de la LCSP, de acuerdo con la interpretación realizada por esta Junta Consultiva en anteriores informes respecto a su alcance y contenido.

En cualquier caso, a los efectos de determinar si existe un fraccionamiento indebido del contrato, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ya ha declarado que es necesario tener en cuenta diversos aspectos. Un aspecto sobre el que hemos incidido con anterioridad es la existencia de una unidad funcional y, además, la inexistencia de un vínculo operativo entre los diferentes contratos, lo que exigiría un tratamiento unitario de todos ellos, evitando un fraccionamiento artificioso del objeto del contrato que afectase al procedimiento de contratación o que se verificase con el simple objetivo de burlar los umbrales establecidos en la ley (Informe 31/12, 15/2016, Informe de 1 de marzo de 2018, en el que aludimos a nuestro previo Informe 1/09, entre otros).

A ello hay que añadir, como elemento hermenéutico de relevancia, la posibilidad de planificación del contrato, esto es, la previsibilidad de su realización en el marco de la oportuna programación de la contratación que la ley exige a los órganos de contratación. En este sentido, el artículo 28.4 de la LCSP señala que:

Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o periodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada.

Este artículo establece la obligatoria programación de la actividad de contratación que se vaya a desarrollar por cada órgano de contratación. Tal programación exige el análisis de los contratos que se van a realizar en cada periodo de tiempo, lo que indudablemente presupone el conocimiento de que el órgano de contratación va a tener una necesidad mantenida en el tiempo de una determinada prestación por un periodo de tiempo superior a un año. Por tanto, si el órgano de contratación cumple con su obligación de planificar adecuadamente su actividad contractual, es patente que la realización de prestaciones idénticas en ejercicios sucesivos ha de ser conocida con carácter previo, lo que puede llevar a concluir que en este caso no se está reaccionando ante necesidades sobrevenidas, desconocidas o novedosas, sino que, por el contrario, se estaría planteando la utilización del contrato menor en fraude de ley.

Estos dos elementos, junto con las demás circunstancias que definan y caractericen al contrato, son esenciales para poder determinar si, en cada caso concreto, existe un fraccionamiento indebido del contrato.

Por todo lo anterior, se puede concluir afirmando:

1. En la aplicación de lo dispuesto en el artículo 118 de la LCSP, para los contratos menores hay que tener en cuenta el concepto de unidad funcional previsto en el artículo 101.6 de la LCSP que señala:

Quando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales.

No obstante lo anterior, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate.

En todo caso, se entenderá que se da la circunstancia aludida en el párrafo anterior cuando dicha unidad funcional separada cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato.

2. En las licitaciones de los contratos públicos, en los supuestos en que estemos en presencia de una unidad funcional separada y que tal unidad esté caracterizada por gozar de una financiación específica y de competencia propia para celebrar un contrato, el valor estimado se calculará al nivel de la unidad de que se trate, el contrato tendrá autonomía y sustantividad respecto de los que puedan celebrarse en la misma entidad pública contratante, resultando que los límites previstos en el artículo 118 de la LCSP deberán verificarse al nivel de la correspondiente unidad funcional.
3. Es el órgano de contratación el que debe determinar si la realización separada de las diferentes actividades contractuales supone un fraccionamiento indebido del contrato, atendiendo a los conceptos descritos con anterioridad.

En el caso que analizamos, teniendo en cuenta que se trata de la contratación de suministro de energía eléctrica para diferentes dependencias ministeriales que tienen finalidad diferente y áreas de gasto presupuestario (aplicación presupuestaria) diferentes; que el importe total de los contratos menores no superará el límite de 15.000 euros, ni el límite temporal del año; que el valor de cada uno es de 1.300 euros y que se ha venido haciendo con anterioridad sin oposición de legalidad alguna; que presentan especialidades cada instalación; que exige coordinación la ejecución; que el valor estimado total sería tan solo de 15.600 euros, etc., podría defenderse la licitud de los contratos menores y que estos no tienen carácter defraudatorio de alterar el valor estimado del contrato, del procedimiento elegido y de las normas de publicidad, como prohíbe el artículo 99.2, prueba de ello es que, con anterioridad, se venía realizando de idéntica manera sin oposición alguna.

Ahora bien, siendo la cuantía total del valor estimado, sumados todos los contratos menores, de 15.600 euros (o sea, rebasa por muy poco el límite de los contratos menores), la finalidad de proteger a las pymes, puesta de manifiesto en la exposición de motivos y en diversos artículos de la LCSP y el apartado 3 del artículo 99 de la LCSP («siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta»), podría, igualmente defenderse, la existencia de un solo contrato con división en lotes de su objeto. Pero, también, es cierto que el mismo apartado 3 del artículo 99 dispone que «no obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras», señalando, a continuación, los supuestos en que se admitiría la no división en lotes, significando el supuesto previsto en el apartado b) al decir: «El hecho de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente».

Por otra parte, la JCCE, en el Informe 69/2008, ha dispuesto que existirá fraccionamiento del objeto del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraen individualmente no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado, por constituir una unidad funcional entre ellas, atendiendo a la finalidad que deben cumplir conjuntamente. En nuestro caso, sí son susceptible de aprovechamientos separados.

Y, en su Informe 57/2009 de la JCCPE, recogiendo lo ya manifestado en el Informe 69/2008:

La finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por ello, no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no solo contratarlas por separado, sino incluso su explotación en forma independiente.

En conclusión, habría que conocer más datos para poder valorar la viabilidad de una pluralidad de contratos menores o de un único contrato con división en lotes.

Desde luego, según el artículo 131.3 de la LCSP,

la adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utili-

zando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.

Finalmente, tampoco hay que descartar la utilización del procedimiento negociado con o sin publicidad si concurre alguno de los supuestos de los artículos 167 o 168 de la LCSP, respectivamente, especialmente si la prestación solo puede realizarse por un operador o se da el supuesto del artículo 168 a) 1.º), procedimiento con negociación sin publicidad en el caso de:

En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que: «No se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada; ninguna solicitud de participación; o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o a un procedimiento restringido, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el presupuesto base de licitación ni modificar el sistema de retribución, y que se envíe un informe a la Comisión Europea cuando esta así lo solicite».

## 2. ¿Es forma legal de denunciar unos hechos mediante escrito anónimo? ¿Obliga a poner en marcha algún tipo de procedimiento?

La Ley 2/2023, de 20 de febrero (Ley de protección del denunciante), reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción publicada en el BOE de 21 de febrero de 2023 supone la trasposición al derecho interno de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la unión. La norma tiene por objeto la protección de personas que denuncien delitos penales o infracciones administrativas graves o muy grandes.

Esta ley ha constituido una auténtica novedad, que viene a crear una nueva rama en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, porque supone un no solo una protección al denunciante, sino una configuración novedosa en las relaciones de control a la Administración.

El escrito presentado en el registro del ministerio haciendo constar unos hechos que podrían ser constitutivos de infracción administrativa muy grave no cabe duda de que tiene la consideración jurídica de denuncia.

Es sabido que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común establece en su artículo 58 que los procedimientos se iniciarán de oficio, por petición razonada de otros órganos o por denuncia.

La denuncia es posteriormente desarrollada en el artículo 62, que en su apartado 2.º consagra la conocida previsión general de la formulación de denuncia anónima, al indicar que «las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que la presentan».

No obstante, esta previsión del artículo 62.2 habrá de verse afectada desde la publicación de la citada Ley 2/2023, de protección al denunciante, porque cualquier denuncia que entre en el ámbito material de aplicación de esta ley, que resulta ser notoriamente extenso, pues incluye cualquier infracción u omisión administrativa grave o muy grave, podrá ser formulada de forma anónima. La propia ley la denuncia a través de canal interno de la organización (art. 7.1) o bien a través de canal externo (art. 17).

Por tanto, esta nueva regulación viene a desplazar a la regulación general que establecía el citado artículo 62.

Aunque debemos admitir que, en la práctica jurídica, ya se permitía la denuncia anónima porque, teniendo conocimiento la Administración de algún hecho presuntamente constitutivo de infracción administrativa, dependiendo del tipo de infracción, existía un riesgo evidente para los bienes jurídicos protegidos por la norma en el caso de consentir que dichos hechos se siguieran cometiendo. Pero es cierto que algún sector doctrinal defendía la imposibilidad de tramitar denuncias anónimas ante la prohibición positivizada del artículo 62.2.

Es preciso recalcar que esta ley solo se aplica para las infracciones muy graves o graves, por lo que para las infracciones leves se seguirá aplicando exclusivamente la regulación común del procedimiento.

En el caso que comentamos existe una denuncia por presunta infracción administrativa muy grave. Es obvio que esta conducta entra dentro del ámbito material de la Ley 2/2023, que señala en su artículo 2.3.º que

La presente ley protege a las personas físicas que informen, a través de alguno de los procedimientos previstos en ella, siempre que incidan en el mercado interior, tal y como se contempla en el artículo 26, apartado 2 del TFUE, incluidas las infracciones de las normas de la Unión Europea en materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, así como las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o con prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable al impuesto sobre sociedades.

O en su apartado b)

Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave. En todo caso, se entenderán comprendidas todas

aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social.

Lo procedente sería, al amparo del artículo 55 de la Ley 39/2015, abrir un periodo breve de información previa con el objetivo que marca dicho artículo, consistente en:

1. [...] conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.
2. En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.

Con posterioridad, si hay base para ello, se debería incoar el oportuno procedimiento sancionador que, un por lo expuesto en el relato de hechos, parece que se trata del incumplimiento en materia de subvenciones, cuyo artículo 58 b) establece como infracción muy grave «la no aplicación, en todo o en parte, de las cantidades recibidas a los fines para los que la subvención fue concedida».

3. ¿Resulta ajustada a derecho la decisión del director general no admitiendo la solicitud de revisión de oficio presentada por el vecino? Si se hubiere realizado un procedimiento abierto por un solo contrato y el propuesto tuviera una deuda con la Agencia Estatal de Administración Tributaria en periodo ejecutivo y paga la deuda para evitar la prohibición, ¿deja de estar incurso en la causa de prohibición. ¿Se le debe dar trámite de audiencia previa? ¿Procedería, en su caso, la indemnización al solicitante si se realizara la revisión de oficio y se terminara anulando el acto?

¿Resulta ajustada a derecho la decisión del director general no admitiendo, sin más, al día siguiente de la presentación del escrito, la solicitud de revisión de oficio presentada por el vecino?

Una vez detectado que se ha dictado un acto administrativo que adolece de alguno de los vicios de nulidad del artículo 39.2 a) –causas de prohibición para ser contratista– de la LCSP, como es el caso, sería obligación ineludible de la Administración la reacción para expulsar estos actos nulos de nuestro ordenamiento. Y, ello, en virtud de estar sometida la misma a la ley y al derecho, conforme el artículo 103 de la CE.

Sin embargo, no habría libertad absoluta para retirarlos del mundo jurídico, es decir, para anularlos; pues, junto al principio de legalidad está el de los actos propios –según el

cual nadie puede ir contra sus propios actos– y el de seguridad jurídica –que comporta la irrevocabilidad de actos declarativos de derechos–. Debiendo, para ello, seguir el procedimiento previsto para la revisión de oficio en el artículo 106 de la LPAC, a donde se remite el artículo 41 de la LCSP; que si bien se establece la imprescriptibilidad de la acción, esto es, no está sujeta a plazo alguno, debe tenerse en cuenta que esta no podrá ser ejercida cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, como así limita el artículo 110 del mismo cuerpo normativo.

Respecto a la revisión de oficio, el artículo 41.4 de la LCSP señala:

Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios en caso de nulidad no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá lo procedente sobre la declaración de nulidad conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por tanto, para la revisión de oficio del acto nulo era competente el órgano delegado, director general, pero en el caso de que estimara procedente establecer una indemnización será competente el ministro.

Sobre este asunto, y al objeto de determinar la posibilidad de acudir a la revisión de oficio respecto de los actos administrativos o, por el contrario, valorar si opera alguno de estos límites que impidan la misma, los diferentes órganos consultivos han venido advirtiendo, de forma general, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo –STS de 17 de enero de 2006, entre otras– que el examen de la aplicación de los límites de la revisión de oficio exige una ponderación de los principios en juego, que ha de examinarse caso por caso y a la vista del conjunto de las circunstancias concurrentes, sin que sea posible ofrecer soluciones apriorísticas.

Hemos de tener en cuenta que dichos límites no olvidan las causas de nulidad, sino que pretenden atemperar sus consecuencias. Aplicando, para ello, conceptos jurídicos indeterminados y abstractos –como son la buena fe o la equidad– que deberán ser objeto de ponderación en cada caso concreto. Sin embargo, el artículo 110 de la LPAC no es una norma interpretable, de forma que permita limitar la apreciación de las causas de nulidad a conveniencia, sino una norma dirigida a limitar una potestad administrativa exorbitante –ya que remueve actos firmes– conectada con las causas de nulidad.

Conforme a lo anterior, la determinación sobre la posibilidad de acudir a la revisión de oficio va a depender del estudio del concreto caso planteado. Ahora bien, la cuestión aquí

se centra en saber si tal estudio se realiza tras la tramitación del respectivo expediente o se aplica con carácter anterior. Esto es, si la concurrencia de alguno de los límites establecidos en el artículo 110 ha de valorarse durante la instrucción del expediente o en un momento previo que sirva para desechar el inicio de la acción.

La STS 254/2021, de 24 de febrero (NCJ065404), excluye la posibilidad de que se pueda rechazar una solicitud de revisión por la supuesta concurrencia de algunos de los límites establecidos en el artículo 110 de la LPAC. Al respecto, considera que:

Difícilmente sería pensable que la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes o incluso con menor razón la prescripción, puedan servir de fundamento de excluir la revisión de oficio sin trámite alguno, porque es difícil apreciar esas circunstancias sin, al menos, algunos trámites que permitan concluir su concurrencia. Podría admitirse que hay supuestos en los que el procedimiento que deba tramitarse esté simplificado por ser patente y ostensible el óbice para la declaración de nulidad al amparo de la potestad de revisión, pero en modo alguno declararla sin ningún trámite, en especial, los de audiencia de los afectados y la posibilidad de aportación de pruebas.

Y continúa diciendo que

para apreciar que una revisión de oficio es contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, debe realizarse en una resolución tras la incoación del correspondiente (sic) administrativo, de conformidad con los principios generales que al respecto se establecen en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Así, centrándonos en el caso que nos ocupa, hemos de concluir que, para valorar si concurre alguno de los límites a la revisión de oficio no solo será suficiente con su alegación, sino que precisará iniciar el expediente para apreciar si se da uno tales circunstancias. Pero sin que, por ello, se tenga que realizar todo el procedimiento y remitir el expediente al órgano consultivo (Consejo de Estado) para que se pronuncie al respecto porque, entre otras razones, ese informe solo será preceptivo y vinculante cuando se trate de anular el acto, pero no en el presente caso en el que parece que la intención del delegado director general es no anularlo.

En este caso, no se admitió el escrito de revisión de oficio al día siguiente y sin realizar trámite alguno por ello, la valoración si concurría límite alguno –que sí concurría pues la ejecución del contrato había finalizado dos años antes–, por lo que esta decisión en nula a tenor del artículo 47 e) de la LPAC, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Aunque, sin duda alguna, en este caso parece concurrir el límite previsto en el artículo 110, por el transcurso del tiempo, la equidad o la buena fe, porque el contrato había finalizado su ejecución hacía ya un año.

Si el propuesto como adjudicador de un contrato tiene deudas, en periodo ejecutivo, con la AEAT, ¿puede pagar la deuda para evitar la prohibición de contratación? ¿Se le debe dar trámite de audiencia?

La licitadora propuesta como adjudicataria está incurso en la prohibición de contratar del artículo 71.1 d) de la LCSP, consistente en tener deudas tributarias pendientes con la AEAT.

Esa prohibición para celebrar el contrato objeto de consulta no puede subsanarse con el pago de la deuda, puesto que es necesario que la licitadora esté al corriente de pago de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social desde el momento en que presenta su proposición hasta el momento de la formalización del contrato. Así lo establece la interpretación jurisprudencial sentada por la STS 1210/2020, de 28 de septiembre (NCJ065036). Dice así su FJ 8.º:

A la vista de lo hasta ahora reflejado incluyendo el art. 57 de la Directiva debemos concluir que los arts. 60.1 d) y 61.1 del derogado TRLCSP y [actuales arts. 71. 1 d) y 72.1 LCSP] en relación con el 146 del derogado TRLCSP y el más tajante 140 LCSP determinan que el cumplimiento de la obligación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe venir referido a la fecha de licitación del contrato o presentación de la oferta. La anterior conclusión es la que más razonablemente se ajusta a los principios del derecho de la Unión Europea. De permitirse la subsanación en el momento de formalización del contrato haría de mejor condición a los licitadores deudores que podrían no satisfacer sus deudas hasta el momento de la adjudicación.

Aclarada la imposibilidad de subsanar esta prohibición de contratar, respecto a la duda de cuál debe ser el plazo de audiencia que se dé a la licitadora en el procedimiento que se instruya para declarar tal prohibición, hay que decir que dicho trámite de audiencia del artículo 72.5 de la LCSP solo es necesario cuando es precisa una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, como ocurre con las prohibiciones de los artículos 71.1 a), b) o e). Pero la prohibición de contratar, que consiste en no estar al corriente de pago de obligaciones tributarias, se aprecia directamente por el órgano de contratación (art. 72.1 LCSP) sin que sea necesaria declaración previa.

De esta forma, en conclusión, hemos de decir que una vez que el órgano de contratación ha comprobado que la licitadora propuesta como adjudicataria tiene una deuda tributaria pendiente de pago en ejecutiva y que, por tanto, incurre en prohibición de contratar ex artículo 71.1 d) de la LCSP, en la interpretación que da de ella el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada, debe apreciar directamente dicha prohibición mediante el correspondiente acuerdo de exclusión de dicha licitadora.

Indemnización.

En relación con la indemnización solicitada debemos señalar que, en ningún caso, era procedente. En primer lugar, porque esa sociedad anónima no tenía legitimación alguna para

reclamar, puesto que no era interesada del artículo 4 de la LPAC, porque los contratos se adjudicaron verbalmente y sin concurrencia competitiva, de manera que salvo que hubiera sido una de las empresas consultadas por el órgano de contratación antes de la adjudicación, entendemos que carecía de legitimación para solicitar indemnización alguna aunque la hubiera tenido para impugnar, en su caso, la utilización de la contratación verbal en lugar de otros procedimientos que aseguran más eficazmente la concurrencia.

En segundo lugar, en el supuesto de que se hubiera procedido a la revisión de oficio y en el caso de que fuera una de las empresas consultadas, no basta la anulación del acto para el surgimiento de la indemnización de daños y perjuicios, sino que debería acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley 40/2015, LRJSP, esto es, la producción del daño, la imputación a la Administración y el carácter antijurídico del mismo (arts. 32 y ss. Ley 40/2015, LRJSP).

4. ¿Tiene alguna consecuencia jurídica el hecho de que el primer procedimiento de reintegro se iniciara a los tres meses del informe favorable de la Intervención General del Estado? ¿Resulta ajustado a derecho la decisión de la Administración poniendo en marcha el segundo procedimiento de reintegro?

¿Tiene alguna consecuencia jurídica el hecho de que el primer procedimiento de reintegro se incoara a los tres meses del informe favorable de la Intervención General del Estado?

El artículo 51.1 de la Ley 38/2003, LGS señala que

Quando en el informe emitido por la Intervención General de la Administración del Estado se recoja la procedencia de reintegrar la totalidad o parte de la subvención, el órgano gestor deberá acordar, con base en el referido informe y en el plazo de dos meses, el inicio del expediente de reintegro, notificándolo así al beneficiario o entidad colaboradora, que dispondrá de 15 días para alegar cuanto considere conveniente en su defensa.

Por lo tanto, no se ha obrado conforme a derecho pero, de acuerdo con el artículo 48.3 de la LPAC, «la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo», no siendo este el supuesto que analizamos, donde el retraso de un mes en la incoación del procedimiento de reintegro en principio no tiene ninguna trascendencia.

Sin embargo, podríamos reducir dos consecuencias jurídicas posibles de este retraso:

- a) En primer lugar, respecto al plazo de prescripción de la infracción, señal el artículo 30.2 de la LPAC, que «interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento

del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable». De manera que hasta que no se inicie el procedimiento no se interrumpe el plazo de prescripción de la infracción aunque, como en este caso, el procedimiento se inicie con un mes de retraso.

- b) La posible responsabilidad disciplinaria del retraso en el inicio del procedimiento si no existiera causa justificada. Al menos, podría existir la presunta comisión de una infracción leve tipificada en el artículo 8 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, consistente en «el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave».

Ajuste a derecho de la incoación del segundo procedimiento de reintegro.

Lo primero que debemos resaltar es la compatibilidad entre los dos procedimientos: el sancionador y el de reintegro, ya que se trata de bienes jurídicos diferentes protegidos por la ley. En el primero se trata de sancionar al infractor por infracción de la legalidad, y en el segundo, impedir que aquel se beneficie de la propia infracción con el consiguiente perjuicio para la Hacienda Pública.

Respecto al primero, que ha significado que existía una presunta infracción administrativa muy grave, contemplada en el artículo 58 b) de la Ley 38/2003, LGS, por destinar los fondos recibidos a otros fines distintos de los previstos en la subvención.

Respecto al reintegro, es el artículo 42 el que prevé el procedimiento si existe causa para ello, como es el supuesto que nos ocupa, puesto que el artículo 37.1, que regula las causas de reintegro, establece en su letra b) el «incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención». Dicha circunstancia se ha hecho constar expresamente en el relato de hechos.

Si el plazo para cumplir la sociedad limitada transcurrió el día 4 de mayo del año XXX, el día 7 de septiembre del mismo año, en que se incoa el procedimiento de reintegro, es claro que aún no se había producido el plazo de cuatro años que establece el artículo 39 de la LGS para la prescripción, computándose en el supuesto b), «desde el momento de la concesión, en el supuesto previsto en el apartado 7 del artículo 30». (Las subvenciones que se concedan en atención a la concurrencia de una determinada situación en el perceptor no requerirán otra justificación que la acreditación por cualquier medio admisible en derecho de dicha situación previamente a la concesión, sin perjuicio de los controles que pudieran

establecerse para verificar su existencia) y, en el supuesto c) «En el supuesto de que se hubieran establecido condiciones u obligaciones que debieran ser cumplidas o mantenidas por parte del beneficiario o entidad colaboradora durante un periodo determinado de tiempo, desde el momento en que venció dicho plazo», para que haya prescrito el derecho de la Administración a reconocer o liquidar el reintegro.

Respecto a la caducidad del procedimiento de reintegro, el artículo 42.4 señala:

El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de reintegro será de 12 meses desde la fecha del acuerdo de iniciación. Dicho plazo podrá suspenderse y ampliarse de acuerdo con lo previsto en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [hoy, apartado 2 del art. 22 Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común].

Si transcurre el plazo para resolver sin que se haya notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de continuar las actuaciones hasta su terminación y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo.

Este segundo procedimiento de reintegro puesto en marcha por la Administración no fue ajustado a derecho.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 70/2023, de 23 de enero, modificando la doctrina sentada hasta entonces (la última, STS 234/2021, de 19 de febrero, en la que señaló que en un procedimiento administrativo de reintegro de subvenciones, la omisión de la declaración de archivo de las actuaciones no invalida la incoación de un nuevo procedimiento de reintegro y la resolución dictada en este último, sino transcurrido el plazo de prescripción del derecho de la Administración para exigir el reintegro), estableció como doctrina casacional otra distinta y contraria, basada en los siguientes argumentos:

a) No cabe la existencia de dos procedimientos simultáneos sobre el mismo objeto. Ello atenta, en efecto, contra muchos de los principios que deben presidir la actuación administrativa y que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, enuncia en el artículo 3.1, en particular, los de eficacia, simplicidad, transparencia, economía de medios y eficiencia en la asignación de recursos públicos. No es preciso argumentar demasiado para afirmar que tener dos procedimientos simultáneos supone una actuación ineficaz, con duplicidad de medios y recursos, y que se presta a la reiteración de actuaciones concretas y a resultados posiblemente contradictorios, todo ello sin perjuicio de que, en ningún caso, podría haber dos resoluciones sobre el mismo supuesto. Igualmente, es evidente que tal actuación atentaría el principio de seguridad jurídica, causando al

administrado una falta de certeza sobre la situación jurídica de la materia objeto de las actuaciones administrativas simultáneas y sobre los objetivos de la actuación de la Administración. Todo ello no resulta paliado por el hecho de que en los supuestos en los que se abre indebidamente un segundo procedimiento sobre el mismo objeto, suele deberse a la paralización o abandono del primero de ellos, pero podría no ser así y, en cualquier caso, tal duplicidad de procedimiento puede no ser conocida por los interesados con la consiguiente indefensión.

b) La apertura de un segundo expediente, sin que haya transcurrido el plazo de caducidad, provoca una alteración de los plazos administrativos que puede servir para evadir la regulación sobre plazos administrativos a la Administración y, en particular, al plazo de caducidad. La regulación del procedimiento administrativo ya ha previsto la posibilidad de que el plazo resulte demasiado corto para la terminación del procedimiento o de que aparezcan nuevos hechos, ya contempla lo de la posibilidad de suspender o ampliar el plazo máximo para resolver (artículos 22 y 23 de la LPAC), pero tales supuestos están acompañados de estrictos límites para evitar la prolongación indebida del procedimiento o la indefensión de los interesados. Por el contrario, iniciar un nuevo procedimiento estando próximo el fin del plazo de caducidad puede servir para evitar que la caducidad se produzca, agotado ya el plazo de prescripción y sin posibilidad, por tanto, de iniciar un nuevo procedimiento. La iniciación de un segundo procedimiento supone, en definitiva, esquivar la previsión legal para el supuesto de que la Administración no pueda completar toda la actuación necesaria para concluir el procedimiento, que sería ampliar el plazo para resolver el primer procedimiento, pero en los estrictos términos que prevé la Ley de Procedimiento Administrativo Común.

c) Por último, también se produce una infracción, o en su caso, una desviada aplicación de los preceptos que regula los modos de terminación de los procedimientos. En efecto, si el primer procedimiento queda indefinidamente abierto, se infringe la obligación de finalizarlo mediante la correspondiente resolución de fondo, de caducidad y archivo o de simple archivo de las actuaciones y supone incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 21 de la LPAC a la Administración de resolver y notificar la resolución, sea cual sea su contenido. Sí, como sucede en el presente supuesto, se cierra en la propia resolución con la que se concluye el segundo procedimiento, aunque formalmente se dicta un acuerdo de archivo, no deja de ser una actuación anómala al hacerlo en el seno de otro procedimiento administrativo que se solapa con el primero.

En conclusión, la actuación administrativa incoando un nuevo procedimiento administrativo con el mismo objeto, sin haber finalizado el primer procedimiento y sin que se haya producido la caducidad de aquel que, en todo caso, debe ser declarada expresamente por la Administración, es un actuación fraudulenta y realizada en desviación de poder (art. 70 LJCA), por lo que, al menos, será constitutiva de vicio de anulabilidad del artículo 48 de la LPAC, cuando no de nulidad del artículo 47.

5. Al disolverse la sociedad mercantil, adjudicataria del contrato, y haberse procedido a la liquidación de la misma ¿supone que ha de archivarse el procedimiento de reintegro? ¿Actúa con arreglo a derecho cuando exige toda la cantidad, resultante del procedimiento de reintegro, a un solo socio minoritario del capital social de la entidad mercantil? ¿Y la exigencia al mismo de la multa impuesta en el procedimiento sancionador?

¿Debe archivarse el procedimiento de reintegro por disolución de la sociedad mercantil?

En absoluto, el artículo 40.4 de la LGS señala que «en el caso de sociedades o entidades disueltas y liquidadas, sus obligaciones de reintegro pendientes se transmitirán a los socios o partícipes en el capital que responderán de ellas solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera adjudicado».

Exigencia de cantidad de reintegro e intereses a un solo socio minoritario.

El precepto citado resuelve esta cuestión al limitar la responsabilidad del socio al límite del valor de la cuota de liquidación que se le hubiere adjudicado. Por tanto, solo responderá hasta ese valor.

El objetivo principal de la responsabilidad solidaria es proteger al acreedor, en este caso, a la Administración, facilitando el cobro de la deuda, y no hay que confundirla con la responsabilidad subsidiaria (en defecto de que responda otra persona) ni la responsabilidad mancomunada (en la que cada uno es responsable solo de su parte).

Pese a que el artículo 1137 del Código Civil, señala que «la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de estos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria», es lo cierto que en este caso la ley, específicamente, determina el límite de la responsabilidad solidaria.

Exigencia de la multa al socio minoritario, exclusivamente.

El artículo 69 de la LGS resuelve esta cuestión, señalando:

1. Responderán solidariamente de la sanción pecuniaria los miembros, partícipes o cotitulares de las entidades a que se refiere el apartado 3 del artículo 11 en proporción a sus respectivas participaciones, cuando se trate de comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado.

2. Responderán subsidiariamente de la sanción pecuniaria los administradores de las sociedades mercantiles, o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, de acuerdo con las disposiciones legales o estatutarias que les resulten de aplicación, que no realicen los actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones infringidas, adopten acuerdos que hagan posibles los incumplimientos o consientan el de quienes de ellos dependan.
  3. En el caso de sociedades o entidades disueltas y liquidadas en las que la ley limita la responsabilidad patrimonial de los socios, partícipes o cotitulares, las sanciones pendientes se transmitirán a estos, que quedarán obligados solidariamente hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera adjudicado o se les hubiera debido adjudicar.
  4. En el caso de sociedades o entidades disueltas y liquidadas en las que la ley no limita la responsabilidad patrimonial de los socios, partícipes o cotitulares, las sanciones pendientes se transmitirán a estos, que quedarán obligados solidariamente a su cumplimiento.
6. ¿Era necesario justificar la concesión de la subvención nominativa, concedida en su momento, a la sociedad mercantil adjudicataria del contrato? ¿Dónde se hará, en su caso, la misma si su respuesta fuera afirmativa?

Si bien la Ley 38/2003, general de subvenciones, LGS, ni en su artículo 22, ni su reglamento de 2006, referido a las subvenciones nominativas, no exige expresamente que conste la motivación de la concesión de una subvención nominativa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la discrecionalidad de la Administración para establecer, en función de las necesidades, las medidas que deben adoptarse para conceder subvenciones no le autoriza a establecer ayudas singulares o a dar prioridad a unos grupos frente a otros, sin una justificación objetiva y razonable.

Por otro lado, el artículo 65.3 c) del Reglamento de la Ley de subvenciones determina que «la resolución o, en su caso, el convenio deberá incluir los siguientes extremos: a) Determinación del objeto de la subvención y de sus beneficiarios, de acuerdo con la asignación presupuestaria». Aunque no es una justificación, en sentido estricto.

Es por ello que la inclusión en los presupuestos de la entidad de una subvención nominativa debería motivarse de manera objetiva, razonable y proporcionada, en cumplimiento del artículo 14 de la CE, bien en la memoria del presupuesto, bien en el convenio regulador de la subvención nominativa; ya que, para el gestor que debe tramitar la concesión, esta es asumida como una obligación impuesta al incluirse en los presupuestos de la entidad. La justificación de la singularidad difícilmente puede inferirse de la exposición de motivos de la ley (en caso del Estado y las comunidades autónomas), ni de la rúbrica del crédito presupuestario, ya que ni en una ni en otra parece, por regla general, la menor referencia

al criterio que el legislador pueda haber utilizado, por lo que para valorar si concurre dicha justificación habrá que recurrir a aquellas otras normas de carácter sustantivo que vengan a integrar en este punto la Ley de presupuestos.

7. Si la subvención a la empresa adjudicadora del contrato hubiera sido concedida por delegación del ministro en el procedimiento de concesión y hubiera existido un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, ¿podrá revocar la delegación el ministro? Si así fuera, ¿podría revisar la resolución tomada por el órgano delegado?

La delegación es revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido de acuerdo con el artículo 96 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Ahora bien, en el caso que analizamos, lo cierto es que el procedimiento ya había finalizado mediante la resolución correspondiente; por tanto; la revocación de esta delegación no era ya posible sin perjuicio de que si fuese necesaria la intervención del órgano concedente para cualquier acto posterior a la concesión de la subvención (revisión de oficio, reintegro, etc.), pudiera revisarse, conforme al artículo 107, por el órgano competente si se dan motivos de anulabilidad –lo que sucedió en el caso que comentamos– para ello del artículo 48 de la Ley 39/2015, LPAC.

Por tanto, en sentido estricto, el ministro no podría revisar la resolución tomada por el órgano delegado porque aquella se había agotado. Ello sin perjuicio de que el ministro, en el ejercicio de sus competencias, pudieran dictar otro acto con un contenido distinto.

8. ¿Ha de facilitarse la información solicitada por el vecino respecto al ministro y los altos cargos del ministerio?

Si los datos personales que son objeto de tratamiento se refieren al ministro y altos cargos, debe tenerse en cuenta que los representantes y funcionarios públicos tienen una relevancia que provoca una mayor protección en todo aquello que concierne a su actividad de representación, por lo que están obligados a soportar una afectación mayor de sus derechos de la personalidad.

Este debilitamiento del derecho a la protección de datos de los cargos públicos, en todo aquello que tenga conexión con el ámbito público, se evidencia también en las previsiones de la legislación de transparencia y el principio de apertura, imprescindibles en una nación democrática.

El artículo 16.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado señala que:

Los altos cargos formularán al Registro de Actividades de Altos Cargos, en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión o cese, según corresponda, una declaración de las actividades que, por sí o mediante sustitución o apoderamiento, hubieran desempeñado durante los dos años anteriores a su toma de posesión como alto cargo o las que vayan a iniciar tras su cese. Cada vez que el interesado inicie una nueva actividad económica durante el periodo de dos años desde su cese se declarará al Registro una vez dictada la resolución prevista en el artículo 15.

Por su parte, el artículo 16.1 de la mencionada ley establece:

1. Los altos cargos presentarán al Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales de altos cargos, en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión y cese, respectivamente, el certificado de su última declaración anual presentada del impuesto sobre el patrimonio, si tienen obligación de presentarla. Quienes no tengan tal obligación, presentarán un formulario cumplimentado equivalente que elaborará la Oficina de Conflictos de Intereses en colaboración con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.
2. Los altos cargos aportarán una copia de su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de inicio y al de cese. Asimismo, anualmente y mientras dure su nombramiento, aportarán copia de la declaración correspondiente.
3. Junto con la copia de su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio de inicio también se presentará certificación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de estar al corriente de las obligaciones tributarias o, en su caso, de las obligaciones tributarias pendientes.

Y, el artículo 21 señala:

1. Los Registros electrónicos de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de Altos Cargos se alojarán en un sistema de gestión documental que garantice la inalterabilidad y permanencia de sus datos, así como la alta seguridad en el acceso y uso de estos.
2. El Registro electrónico de Actividades tendrá carácter público, rigiéndose por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en esta ley y en las normas de desarrollo de las leyes citadas.
3. El Registro electrónico de Bienes y Derechos Patrimoniales tendrá carácter reservado y solo podrán tener acceso al mismo además del propio interesado, los siguientes órganos:

- a) El Congreso de los Diputados y el Senado, de acuerdo con lo que establezcan los reglamentos de las Cámaras, así como las comisiones parlamentarias de investigación que se constituyan.
  - b) Los órganos judiciales para la instrucción o resolución de procesos que requieran el conocimiento de los datos que obran en el Registro, de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales.
  - c) El Ministerio Fiscal cuando realice actuaciones de investigación en el ejercicio de sus funciones que requieran el conocimiento de los datos obrantes en el Registro.
4. Los órganos mencionados en el apartado anterior adoptarán las medidas necesarias para mantener el carácter reservado de la información contenida en el Registro electrónico de Bienes y Derechos Patrimoniales, sin perjuicio de la aplicación de las normas reguladoras de los procedimientos en cuya tramitación se hubiera solicitado la información.
5. El contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado y demás Altos Cargos se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado», en los términos previstos reglamentariamente. En relación con los bienes patrimoniales, se publicará una declaración comprensiva de la situación patrimonial de estos Altos Cargos, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando la privacidad y seguridad de sus titulares.

Por otra parte, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, impone en su artículo 8 el deber de publicar en el Portal de Transparencia –es decir, como publicidad activa y sin necesidad de que medie una solicitud de acceso– «las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo».

Por tanto, la Administración, en lo relativo a las retribuciones y declaración de actividades, cumplirá con su deber de prestación de información, indicándole al solicitante que lo solicitado se encuentra en el Portal de Transparencia, al que puede acceder libremente cuando lo desee o bien, transmitiéndole, específicamente, la información solicitada y, probablemente, ya publicada.

Respecto a la información sobre la declaración de bienes y derechos señala el artículo 21.5 que:

El contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado y demás Altos Cargos se publica-

rán en el «Boletín Oficial del Estado», en los términos previstos reglamentariamente. En relación con los bienes patrimoniales, se publicará una declaración comprensiva de la situación patrimonial de estos Altos Cargos, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando la privacidad y seguridad de sus titulares.

De manera que le indicará el BOE dónde se encuentra publicado o le facilitará, expresamente, la información solicitada y ya publicada.

Con respecto a la solicitud de la localización concreta de bienes inmuebles y los estudios y títulos universitarios con que cuentan aquellos, es obvio que no guarda relación alguna con la función pública del ministro ni de los altos cargos, tratándose de un dato de carácter personal protegido, tanto por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) que, en su artículo 4 1) señala que es

toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Por tanto, se entiende por dato de carácter personal, no solo cualquier información relativa a su identidad (como nombre y apellidos, domicilio, filiación, una fotografía o vídeo, etc.), sino la relativa a su existencia y ocupaciones (estudios, trabajo, enfermedades, etc.). Para el tratamiento de este dato sería preciso que nos encontramos ante un supuesto de ilicitud el tratamiento, en particular, del consentimiento del interesado, que se enumeran en el artículo 6 del citado reglamento.

Igualmente, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, en su artículo 6 exige el consentimiento del interesado para los datos de carácter personal, sin perjuicio de los supuestos exceptuados que regula el reglamento comunitario y la ley orgánica. Finalmente, el artículo 16 de la referida ley, referido al acceso parcial, determina que:

En los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite, salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante qué parte de la información ha sido omitida.

9. ¿Era posible exigir garantía para la subvención concedida a la sociedad mercantil adjudicataria del contrato? ¿Se podría haber señalado el plazo de cuatro meses para la cancelación de la misma desde el reintegro o la liquidación? ¿Y si este plazo de hubiera establecido en las bases?

El artículo 43.1 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, referido a los supuestos en los que se podrán exigir garantías, señala que «las bases reguladoras de la subvención podrán exigir la constitución de garantías en los siguientes casos: [...] 2. Cuando se prevea la posibilidad de realizar pagos a cuenta o anticipados».

El relato de hechos indica que se permitían anticipos de pago, luego era posible le exigencia de garantía siempre que estuvieran determinadas en las bases reguladoras del procedimiento de subvención.

Por su parte, el artículo 52.2 a), relativo a la cancelación de la garantía establece que «la cancelación deberá ser acordada dentro de los siguientes plazos máximos: a) Tres meses desde el reintegro o liquidación del anticipo».

Las bases constituyen las normas específicas que regulan cada modalidad de subvención, son la «ley» de cada procedimiento de concesión y, por ello, pueden fijar todas las circunstancias aplicables a cada convocatoria, como norma singular aplicable a las mismas (incluidos los plazos) dentro del marco de la ley y su reglamento. Si expresamente, la LGS o el reglamento no otorgan a las bases la posibilidad de establecer plazos diferentes a los fijados en estas normas con carácter general, las bases, por razón del principio de jerarquía normativa, no pueden alterar singularmente los mismos.

Por lo tanto, no parece que las bases pudieran establecer otro plazo más restrictivo para el interesado, contrariando lo que estable un reglamento general como es el real decreto de 2006 que desarrolla la Ley general de subvenciones.

En este caso, se hizo el establecimiento del plazo en la convocatoria, que es un acto o resolución administrativa, por lo tanto, debe aplicarse el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos que impone a la Administración el deber de conformarse a la norma administrativa que ella misma ha dictado, sin que pueda, al decidir situaciones concretas en relación con ella, admitir la excepción.

La inderogabilidad singular del reglamento viene regulada en el artículo 37 de la Ley 39/2015, y define este principio de la siguiente manera:

Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas procedan de un

órgano de igual o superior jerarquía al que dictó la disposición general. [Asimismo, se consideran nulas] las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria, así como aquellas que incurran en alguna de las causas recogidas en el artículo 47.

Esto es, en otras palabras, que una resolución administrativa de carácter particular, o lo que es lo mismo, un acto administrativo, no podrá vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, es decir, un reglamento, independientemente del grado jerárquico del órgano del que emane. El principio de inderogabilidad singular del reglamento nace de la potestad reglamentaria con la que cuenta la Administración, y es una garantía de protección para los reglamentos.

El artículo 47.2 de la Ley 39/2015 señala que:

También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

10. Resuelva las dudas surgidas al órgano de contratación en el contrato administrativo celebrado.

¿Cabía excluir una oferta si los pliegos de cláusulas administrativas particulares no han establecido los parámetros objetivos que sirvan para identificar las ofertas anormalmente bajas?

El régimen previsto en el artículo 149.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, en relación con las ofertas anormalmente bajas, diferencia dos supuestos.

El primer supuesto aplica a licitaciones que consideran el precio como único criterio de adjudicación. En este caso, si los pliegos no han establecido parámetros objetivos, resultan de aplicación los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente. Por lo tanto, aunque no se hayan establecido parámetros objetivos, si la oferta resulta incurso en anormalidad, conforme a los parámetros previstos reglamentariamente, y el licitador, en la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, no justifica su oferta, cabe su exclusión.

El segundo supuesto aplica a licitaciones en las que se utilice una pluralidad de criterios. En este caso, el artículo 149.2 b) de la LCSP establece que en los pliegos «se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto». Así, a dife-

rencia del supuesto anterior, no se remite a la aplicación supletoria de parámetros previstos reglamentariamente. Por lo tanto, la omisión en los pliegos de los criterios para determinar que la oferta está incurso en presunción de anormalidad impide que se pueda tramitar el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP y, en consecuencia, la exclusión de ofertas por resultar dudosas respecto a su viabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) reconoce la posibilidad de excluir ofertas cuando los pliegos no hayan determinados los parámetros objetivos si son manifiestamente incongruentes o si se deduce «sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno» la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así lo señaló la Resolución núm. 949/2015, de 9 de octubre, dictada en el recurso número 956/2015, y la Resolución del TACRC, número 453/2015, de 14 de mayo, dictada en el recurso número 390/2015, pues de otro modo se estaría alterando el orden del procedimiento de licitación definido legalmente en el artículo 150 de la LCSP, y en el artículo 30 del Real Decreto 871/2009 de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, y que tiene precisamente como objeto garantizar la objetividad de la adjudicación, evitando que los juicios de valor a emitir por el órgano de contratación y sometidos a discrecionalidad técnica puedan influir en el resultado final de la licitación. Solo así es posible garantizar el principio de no discriminación y libre concurrencia».

¿Qué efectos tendría en vía administrativa la falsedad en la declaración responsable presentada por el licitador en el proceso licitatorio?

Las declaraciones responsables son el instrumento previsto en el artículo 140 de la LCSP para la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para licitar. Así, en su apartado 1 a) queda establecido que las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación, de conformidad con lo indicado en el artículo 141.

Respecto de esta declaración, el apartado 3 del artículo 140 permite que el órgano o la mesa de contratación pueda pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

El modelo de declaración responsable, según el artículo 141 de la LCSP, deberá estar incluido en el pliego y deberá seguir el formulario de documento europeo único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea. La mesa de contratación, cuando se establezca su intervención, calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior. Ante la existencia de defectos subsanables, se dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.

El TACRC, en su resolución número 995/2019, de 6 de septiembre, hace referencia a que la LCSP sustituye la comprobación efectiva de la documentación acreditativa de la aptitud para contratar del licitador por una declaración responsable, en la que manifiesta que cumple los requisitos que a tal efecto establecen tanto la legislación de contratos como los pliegos que rigen la licitación. La efectiva verificación de la concurrencia de tales requisitos se realiza posteriormente, cuando el licitador propuesto como adjudicatario presenta la documentación y es comprobada por el órgano de contratación.

Respecto de ello se pronuncia en los siguientes términos: «Dicha presentación de documentación y verificación con su examen del cumplimiento de los requisitos previos de aptitud del contratista no convierte el requisito de la declaración responsable en un mero trámite formal inane de relevación jurídica». Expresamente señala que por la declaración responsable conforme al documento europeo único de contratación, «el declarante certifica hechos y, por tanto, asume el deber de decir la verdad sobre ellos, o lo que es lo mismo, se hace responsable –no solo en nombre de su empresa sino también personalmente– ante el órgano de contratación de la autenticidad de lo manifestado en la declaración y, en particular, de que reúne los requisitos de actitud para contratar exigidos por la legislación de contratos, de acuerdo y en los términos establecidos en el pliego que rige la licitación, así como de que las circunstancias declaradas relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar concurren en la fecha final de presentación de ofertas (art. 140.4 de la LCSP)».

Sobre la posibilidad de requerir la subsanación de defectos que pudieran atañer a la declaración responsable, la propia resolución aclara que no cualquier defecto apreciado en ella será siempre subsanable. Habrá que atender a la naturaleza del defecto y las concretas circunstancias de la licitación para apreciarlo. La discrepancia entre la declaración y la documentación presentada puede ser un error del declarante o puede tener por causa un propósito intencionado de faltar a la verdad.

La declaración responsable se ha articulado como un mecanismo para aligerar la carga documental en los procedimientos de licitación, siendo sustitutiva de la presentación de la documentación, pero «no exime del cumplimiento de los requisitos exigidos en la misma para concurrir a la licitación, y entre ellos, la solvencia. Antes al contrario, supone la declaración y afirmación de que se cumple con esos requisitos de solvencia, dado que, de lo contrario, no se podría concurrir a la licitación. Además, cabe recordar en este punto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.1 e) de la LCSP constituye una prohibición de contratar «e) Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia».

Señalado todo lo expuesto, es sin duda de trascendente importancia la labor de los empleados públicos en la vigilancia de los procedimientos contractuales, para prevenir el fraude y la falsedad, y con ello garantizar la mejor gestión de los recursos públicos.

En conclusión, en vía administrativa la falsedad en la declaración responsable presentada por el licitador en el proceso licitatorio supondría:

- a) Que incurre en causa de prohibición para ser contratista al amparo del artículo 71 e) de la LCSP. Señala el artículo 72.3:

En los supuestos previstos en la letra e) del apartado 1 del artículo anterior referido a casos en que se hubiera incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140, o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, y en los supuestos previstos en el apartado segundo del artículo 71, la declaración de la prohibición de contratar corresponderá al órgano de contratación.

- b) Es causa de nulidad de la adjudicación contemplada en el artículo 39.2 a) de la LCSP al estar incurrido en causa de prohibición para ser contratista.
- c) Podrá deducirse testimonio del documento falso y remitirlo al Ministerio Fiscal por presunto delito de falsedad documental.

El ministro teme que se produzcan problemas financieros que debe afrontar de forma inmediata, por ello, desea conocer si La Ley 9/2017 habilita para contratar sin la previa disponibilidad de crédito presupuestario al efecto.

En primer lugar, hay que señalar que el artículo 133.4 de la CE establece que «las Administraciones Públicas solo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes».

En segundo lugar, sobre la necesidad del previo expediente de contratación y la existencia de crédito se refiere, entre otros, el artículo 116 establece que entre la documentación que ha de integrar su contenido indica que deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o, en el caso de entidades del sector público con presupuesto estimado, documento equivalente que acredite la existencia de financiación. Por su parte, el artículo 117 señala que completado el expediente de contratación se dictará resolución motivada por el órgano de contratación. Dicha resolución implicará también la aprobación del gasto.

Otros artículos importantes son:

- El 39 de la LCSP, que enumera como causa de nulidad la carencia o insuficiencia de crédito.
- El 28 c) de la Ley de transparencia, que establece que constituye infracción muy grave en materia de gestión económico-presupuestaria los compromisos de gastos sin crédito suficiente para realizarlos, y la sanciona con la inhabilitación para

ocupar cargo público durante un periodo de entre 5 y 10 años y la obligación de restituir las cantidades satisfechas indebidamente.

Son dos los casos en que se habilita para contratar sin la previa disponibilidad del crédito presupuestario al efecto: la tramitación de emergencia y la tramitación anticipada.

Con respecto a la tramitación de emergencia, el artículo 119-1 de la LCSP se refiere a ella cuando la administración tenga que actuar de manera inmediata debido a acontecimientos catastróficos u otras situaciones de peligro que afecten a la defensa nacional.

Si es declarada la tramitación de emergencia, el órgano de contratación puede:

- Ordenar la ejecución necesaria para remediar el acontecimiento o satisfacer la necesidad sobrevenida, sin la obligación de tramitar el expediente de contratación.
- O bien, contratar objeto de forma total o parcial sin sujeción a los requisitos formales de la ley.

Por lo demás, el artículo 119.2 contempla las especialidades de este procedimiento.

El otro supuesto es la tramitación anticipada, referida las actividades locales en la disposición adicional tercera de la LCSP, que señala:

Se podrán tramitar anticipadamente los contratos cuya ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente o aquellos cuya financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente.

Con respecto a Administración General del Estado, el artículo 117.2 de la LCSP regula la tramitación anticipada en el ámbito de la Administración General del Estado, al señalar:

Los expedientes de contratación podrán ultimarse incluso con la adjudicación y formalización del correspondiente contrato, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente. A estos efectos podrán comprometerse créditos con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas sujetas a esta Ley.

En cualquier caso, la tramitación anticipada requiere una condición suspensiva, que la adjudicación queda condicionada a la existencia de crédito adecuado y suficiente (en los casos en que sea presupuestaria) o a la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente (en los casos que sea financiera).

El presidente de la mesa de contratación, el mismo día de la celebración de la sesión en que debía realizarse la propuesta de resolución al órgano de contratación repentinamente sufre un infarto, por lo que el propio ministro decide actuar como presidente de la mesa de contratación. ¿Resulta ajustada a derecho?

La mesa de contratación está definida en la propia ley de contratos, en el artículo 326.2, como órgano de asistencia técnica especializada. La mesa ejerce una serie de funciones tasadas relativas al desarrollo e impulso del procedimiento de adjudicación, siendo sus funciones más reconocibles las de valorar las proposiciones de los licitadores y realizar una propuesta al órgano de contratación de adjudicación a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta.

Por tanto, de momento su configuración como órgano técnico y no político es una razón esencial para considerar que el órgano de contratación no pueda o deba presidir, y ni tan siquiera formar parte de la mesa.

Además, el referido artículo 326 de la LCSP, en su apartado 4, establece que los miembros de la mesa son nombrados por el órgano de contratación. Con lo que nos encontraríamos ante la paradoja de que el órgano de contratación se nombraría a sí mismo y además se realizaría una autopropuesta de adjudicación que, desde luego, es una situación extraña y paradójica.

Pero hay que señalar que la normativa sobre contratos administrativos no lo prohíbe expresamente y, de hecho, en el ámbito de la administración local compuesta por múltiples municipios de escasos habitantes y carente del personal necesario, no resulta extraño que el órgano de contratación, en concreto, el alcalde o la alcaldesa, sea también presidente/a de la mesa de contratación. Así lo señaló el tribunal central de recursos contractuales en su resolución número 869/2018. Pero, desde luego, dada distinta naturaleza y distintas funciones que realiza el órgano de contratación y el presidente de la mesa, no parece que sea lo normal.

11. ¿Cuándo comenzará el plazo de prescripción de la sanción si se interpone recurso de reposición y no hubiere resolución expresa?

Impuesta la sanción, cabe recurso administrativo frente a ella, que, según los casos, podrá ser un recurso de alzada o un recurso potestativo de reposición. La interposición del recurso retrasa la ejecución de la sanción hasta que se dicte y notifique resolución expresa al recurso administrativo formulado por el administrado sancionado.

La Administración tiene un plazo determinado para resolver los recursos administrativos, que es de tres meses en el caso del recurso de alzada y de un mes en el del recurso de reposición. La falta de cumplimiento de dicho plazo no le libera de su deber de resolver aunque sea fuera de plazo. El sancionado puede seguir aguardando a que se le notifique la

resolución de su recurso, pues, aunque se desestime, solamente deberá cumplir la sanción a partir de la notificación de la resolución desestimatoria de su recurso.

La cuestión es: ¿puede computar para la prescripción de la sanción impuesta el tiempo que la Administración tarde en resolver el recurso administrativo? Hasta el año 2015, la respuesta era negativa. Ningún precepto permitía sostener tal efecto y el Tribunal Supremo se había pronunciado expresamente en contra en sentencias perfectamente razonadas.

Sin embargo, con la Ley 40/2015, el legislador sí quiso permitir que los sancionados pudiesen aprovechar la prescripción de las sanciones impuestas por la tardanza de la Administración, al resolver sus recursos como remedio frente a la inseguridad que se derivaría del mantenimiento indefinido en el tiempo de resoluciones sancionadoras ejecutables, pendiente de resolución un recurso administrativo.

Así, el párrafo tercero del artículo 30.3 de la Ley 40/2015 establece que, a diferencia del régimen jurídico anterior, ahora sí correrá el plazo de prescripción de la sanción desde que la Administración haya incumplido el plazo máximo de resolución del recurso. El texto legislativo es el siguiente:

El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla. En el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso.

Como se puede apreciar, la literalidad de la norma únicamente permitiría su aplicación para el supuesto de las resoluciones sancionadoras recurridas en alzada, pero no para aquellas que hubiesen sido recurridas en reposición por tratarse de resoluciones dictadas por un órgano administrativo que carece de superior jerárquico.

Ahora bien, ¿y qué pasa con las sanciones recurridas en reposición? Sobre esta cuestión no se pronunció el Tribunal Supremo, sin embargo sí tenemos resoluciones de otros órganos jurisdiccionales que dan una interpretación a la cuestión; sin duda alguna, de entre estas, una de las más didácticas y recientes es la Sentencia 597/2015, de 1 de octubre, del TSJ de Madrid. En ella, el Tribunal Superior de Justicia considera que no es posible asimilar sin más el régimen que, en interés de la ley, interpretó y estableció el Tribunal Supremo para negar la ejecutividad (y, por tanto, la posibilidad de que comience el cómputo del plazo de prescripción) a las resoluciones sancionadoras susceptibles de recurso de alzada –en tanto este recurso no haya sido resuelto–, a las resoluciones que, poniendo fin a la vía administrativa, solo son susceptibles de recurso potestativo de reposición. Y ello, continua la sala, por cuanto tal asimilación conduciría a desconocer la diferente naturale-

za jurídica de los recursos administrativos mencionados (jerárquico y obligado para poner fin a la vía administrativa, el de alzada; meramente potestativo, el de reposición), alterando igualmente la configuración legal de los actos administrativos que son susceptibles de revisión mediante uno y otro.

Es decir, en el caso de resoluciones únicamente recurribles en reposición, se considera que las mismas, al poner fin a la vía administrativa, son firmes y ejecutivas desde el mismo momento de su notificación, por lo que la eventual y potestativa interposición de un recurso de reposición no impide que puedan ser ejecutadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 138.3 de la Ley 30/1992. Consecuencia de este razonamiento es que, una vez notificada la sanción, comienza a computarse el plazo de prescripción de la misma que, por lo tanto, no queda demorado en estos casos hasta la resolución expresa de reposición.

Pues bien, el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 1627/2020, de 30 de noviembre, permitió la extensión de ese mismo efecto prescriptivo a las resoluciones sancionadoras recurridas en reposición, a pesar de que el precepto únicamente menciona la desestimación presunta del recurso de alzada y no la desestimación presunta del recurso potestativo de reposición.

La cuestión a resolver lo está en que el artículo 30 de la Ley 40/2015, LRJSP, no establece previsión específica acerca de qué ocurre en los supuestos de desestimación presunta del recurso de reposición, cuando, de forma expresa el artículo 90.3 de la Ley 39/2015, LPAC, dispone que «la resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, pudiendo adoptarse en la misma las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que en su caso se hubieran adoptado», debiendo de entender que, al utilizar el término recurso ordinario, quedan englobados tanto el recurso de alzada como el de reposición y, de esta manera, no podrá ser ejecutiva la resolución, en tanto no se resuelva el recurso de reposición.

Se plantea la duda de la aplicación de dicho criterio en relación con el recurso potestativo de reposición, por cuanto la norma no se refiere al mismo, sin embargo, en una interpretación conforme a su finalidad, y teniendo en cuenta la identidad de situaciones y contenido de ambos recursos, la respuesta ha de ser positiva.

Así, y como resulta del artículo 112 de la Ley 39/2015, ambos recursos, de alzada y de reposición, pueden fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de la ley; su resolución estimatoria o desestimatoria producen los mismos efectos en cuanto al reconocimiento del derecho controvertido, ambos recursos tienen establecido un plazo para dictar y notificar su resolución, transcurrido el cual podrán entenderse desestimados, de todo lo cual resulta que la inactividad de la Administración en su resolución, que puede ser igual y de la misma duración en ambos casos e, incluso, más relevante en el caso del recurso de reposición, para cuya resolución se apremia más

a la Administración estableciendo el plazo de solo un mes, da lugar a una misma situación de pervivencia indefinida de la resolución sancionadora, que se trata de evitar por el precepto en cuestión, de manera que existiendo identidad de razón y en garantía del principio de igualdad en la aplicación de la ley respecto de los administrados que se encuentren en idéntica situación, ha de entenderse que el precepto resulta de aplicación al supuesto de desestimación presunta del recurso de reposición.

No se advierte que el carácter potestativo del recurso de reposición justifique una respuesta diferente, pues el ejercicio de tal facultad de impugnación exige la misma respuesta de la Administración, cuya inactividad produce los mismos efectos que se tratan de solventar con la aplicación del referido artículo 30.3, párrafo tercero.

En consecuencia, y en relación con la cuestión planteada, se estableció como doctrina que ha de entenderse que el cómputo del plazo en los términos establecidos en el artículo 30.3, párrafo tercero, para el recurso de alzada es aplicable al supuesto de desestimación presunta del recurso de reposición.

12. ¿Podría aspirar la entidad pública a la adjudicación del contrato como contratista? ¿Resulta ajustado a derecho que los contratos a que se refiere el caso no se adjudicaran al instituto público, pese a que era el mejor proyecto porque percibía dotaciones públicas presupuestarias de la Administración autonómica que suponían más del 80 % de sus recursos? Este operador económico mantenía una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el «mercado privado» y sus restantes actividades, ¿por esta razón, no fue la adjudicataria?

¿Podría aspirar la entidad pública a la adjudicación del contrato como contratista?

El artículo 2 de la Directiva 2014/24 afirma que se consideran «contratos públicos» a «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios».

El mismo artículo 2 de la Directiva 2014/24 define también el concepto de «operador económico» de forma funcional: «una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios ».

Es decir, en la posición de contratista no procede una interpretación formal, pues puede ser que un organismo público, a la vez que en sus relaciones generales propias tiene la consideración de poder adjudicador, en otras, ocupe la posición de contratista, prestando

(y no recibiendo) servicios o suministros. Como se recuerda en la STJUE de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari, en la medida en que determinadas entidades estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso, aunque sea ocasionalmente, los Estados miembros no pueden prohibirles que participen en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de los mismos servicios.

En consecuencia, un mismo ente público (como sucede con un organismo público de investigación, que puede transferir conocimiento a la sociedad) puede tener un doble rol: puede ser poder adjudicador y puede ser operador económico. Y en la distinción es clave la finalidad de la relación jurídica que ocupan. En la primera hay utilización directa de sus fondos públicos para el cumplimiento de sus fines institucionales, mientras que cuando se actúa como operador económico la causa contractual es bien distinta y va directamente relacionada al cumplimiento de lo pactado, como contratista, en ese negocio jurídico, y donde prima la relación mercantil frente a la de interés general (lo que explica por qué los fondos obtenidos como contratista no computan a efectos de determinar el porcentaje de financiación pública).

Un ejemplo claro lo encontramos en los supuestos de entidades como las universidades públicas, consorcios e incluso empresas públicas, que pueden tener una doble vertiente: la de poder adjudicador (art. 3.2 LCSP) y la de operador económico (contratista). Esta dualidad ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari, donde recuerda que las Administraciones públicas pueden concurrir a licitaciones públicas siempre que estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado (lo que les impide la realización de falsos convenios que oculten un contrato público: por todas, STJUE de 8 de mayo de 2014, Technische Universität Hamburg-Harburg). Esta jurisprudencia confirma la premisa de que, frente a una concepción subjetiva, lo que interesa es la perspectiva objetiva de cuando existe contrato público (porque hay sujetos públicos que pueden tener un doble rol).

Resulta ajustado a derecho que los contratos a que se refiere el caso no se adjudicaran al instituto público, pese a que era el mejor proyecto porque percibía dotaciones públicas presupuestarias de la Administración autonómica, que suponían más del 80% de sus recursos? Este operador económico mantenía una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el «mercado privado», y sus restantes actividades, ¿por esta razón, no fue la adjudicataria?

El Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 3.<sup>a</sup>, Sentencia 1208/2023, de 2 de octubre (NCJ066785), rec. núm. 787/2021, resuelve un recurso de casación en el que se dilucida la procedencia sobre la adjudicación de un contrato de servicios, para la obtención de imágenes aéreas en 28 ayuntamientos de Galicia, para la posterior elaboración de la cartografía de los planes básicos municipales, a un operador económico con participación pública de la Generalitat de Cataluña, en concreto al Instituto Cartográfico de dicha comunidad.

En el presente caso, el interés casacional versa en determinar si la participación en la licitación de un contrato por quien percibe dotaciones presupuestarias, que suponen más del 80 % de sus recursos, coloca al licitador en una situación ventajosa incompatible con el principio de libre concurrencia en contratación pública.

En este sentido se pronunció el TJUE al indicar que si bien la percepción de fondos públicos para el desarrollo de las actividades propias de una Administración podría situar a estas empresas en una posición privilegiada con respecto a otros operadores, al permitirles ofrecer mejores condiciones de mercado y precios más competitivos, ello por sí solo no supone *per se* una infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, ni un atentando a la libre competencia.

Por ello, la sala estima que si bien las empresas que reciban fondos públicos pueden participar en procesos de licitación para la adjudicación de un contrato público, la exclusión de este tipo de entidades en un procedimiento de licitación solo es posible si realiza una oferta anormalmente baja debido a la obtención de una ayuda de Estado o en caso de recibir subvenciones o ayudas no conformes a derecho.

Y *a sensu contrario*, el tribunal entiende que el hecho de que una entidad pública mantenga una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el «mercado privado», y sus restantes actividades –como en el caso de la adjudicataria–, es un elemento relevante a los efectos de descartar la existencia de ayudas que desvirtúen la competencia.

La sala apoya los argumentos del instituto al oponerse al recurso en cuanto a que no hay falseamiento ni restricción alguna de la libre competencia, ni vulneración del principio de igualdad entre los licitadores, puesto que el adjudicatario no ha presentado una oferta con valores calificados de anormalmente bajos ni ha quedado acreditado el carácter ilegítimo de los fondos percibidos por el instituto; además, el mismo lleva un sistema adecuado de contabilidad separada que impide que en los casos de ejecución de un proyecto con un tercero –actuando como operador económico sujeto al ordenamiento privado– se produzca una financiación por transferencia de la Generalitat de Cataluña.

13. Informe sobre la duda planteada respecto del trámite de audiencia en el procedimiento sancionador tras la propuesta de resolución. Si considera el trámite preceptivo, ¿de qué plazo dispondría el interesado expedientado para complementar tal trámite?

El artículo 84 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas permite prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado.

Por su parte, el artículo 89.2 de la LPAC, relativo a la propuesta de resolución en procedimiento sancionador, establece que

una vez concluida la instrucción del procedimiento, el órgano instructor formulará una propuesta de resolución que deberá ser notificada a los interesados. La propuesta de resolución deberá indicar la puesta de manifiesto del procedimiento y el plazo para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que se estimen pertinentes.

De esta redacción resultan dos cuestiones: la primera de ellas es que ya no es posible prescindir del trámite de audiencia. Efectivamente, en los procedimientos sancionadores, el legislador ha sido explícito obligando a conceder dicho trámite al interesado sin prever supuesto alguno de omisión del mismo.

Queda a salvo, pues también está regulado en un artículo referido específicamente al procedimiento sancionador (art. 64 LPAC), la previsión contenida en su apartado 2 f), de que «en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, este podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada». Pero tal previsión no implica prescindir del trámite de audiencia, sino que no será necesaria formular propuesta de resolución por el instructor si en el trámite de audiencia, tras la incoación, el inculpado no ha formulado alegaciones. Sin embargo, nada dispone el precepto sobre si, aun sin propuesta de resolución (en realidad el acuerdo de iniciación adquiere tal carácter), debe concederse el trámite de audiencia propio de la propuesta de resolución. La seguridad jurídica aconseja que, transcurrido el plazo de audiencia con el acuerdo de iniciación sin alegaciones, la resolución sancionadora no se dicte sin haber transcurrido un nuevo plazo de audiencia, aun sin propuesta de resolución, pues el acuerdo de inicio adquiere tal carácter.

Otra cuestión resultante del artículo 89.2 es que no señala la ley el plazo en el que los interesados pueden formular alegaciones a la propuesta de resolución. Sí lo hacía el reglamento del procedimiento sancionador ya derogado (15 días, art. 19).

Tampoco se indica en el artículo 64.2 f) de la LPAC el plazo de audiencia a conceder tras el acuerdo de iniciación; circunstancia que también se contenía en el reglamento derogado (15 días, art. 16). La doctrina ya se ha pronunciado en el sentido de suplir esta laguna con dos posibilidades: una, aplicar el mismo plazo establecido en el artículo 90.2 de la LPAC de 15 días concedido al inculpado para que alegue lo que estime conveniente cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución; otra, utilizar el mismo plazo de audiencia en los procedimientos en general: no inferior a 10 días ni superior a 15.

Por tanto, respondiendo directamente a la cuestión planteada sobre el trámite de audiencia tras la propuesta de resolución del instructor, caben dos posibilidades: no conceder

dicho trámite si no resultan otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado; o conceder el trámite de audiencia en todo caso.

Consideramos que la seguridad jurídica aconseja que el instructor se pronuncie sobre las alegaciones formuladas por el interesado en el trámite de audiencia tras el acuerdo de iniciación y que se ponga en conocimiento del inculpado los razonamientos del instructor sobre esas alegaciones, antes de elevar la propuesta definitiva al órgano que haya de resolver el procedimiento sancionador. Además, el preceptivo trámite de audiencia tras la propuesta de resolución resulta de la dicción legal del artículo 89 de la LPAC, específico para el procedimiento sancionador

En el ámbito autonómico, en los casos de los procedimientos sancionadores regulados al amparo de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, el artículo 39 impone notificar la propuesta de resolución a los interesados indicándoles que disponen de un plazo de 15 días para formular alegaciones. Por tanto, coincidiendo esa regulación con la contenida y resultante de la interpretación de la regulación del procedimiento sancionador en la Ley 39/2015, nos mostramos favorables a conceder al inculpado trámite de audiencia tras la propuesta de resolución.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14, 103 y 133.4.
- Código Civil, art. 1.137.
- Ley Orgánica 3/2018 (protección de datos personales y garantía de los derechos digitales), art. 16.
- Ley 29/1998 (LJCA), art. 70.
- Ley 38/2003 (LGS), arts. 22, 39, 40, 42, 51.1, 58 y 69.
- Ley 19/2013 (transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), arts. 8, 16.1 y 21.
- Ley 3/2015 (Reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado), art. 16.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 21, 22, 23, 37, 47, 48, 55, 58, 60.2, 62, 64, 84, 89, 90, 106, 110 y 112.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 3.1, 30, 32 y 96.
- Ley 9/2017 (contratos del sector público), arts. 3.2, 16.3 d), 18.1, 28, 34, 39.2, 41, 71, 72, 99, 101, 117, 118, 119, 131, 134, 140, 141, 149, 150, 167, 168, 326 y disp. adic. tercera.

- Ley 2/2023 (protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción), art. 2.3.
- Real Decreto 33/1986 (Rgto. de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado), art. 8.
- Real Decreto 887/2006 (Rgto. Ley 38/2003, general de subvenciones), art. 43.1.
- Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, art. 2.
- Reglamento (UE) 2016/679 (protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos), art. 4.1.
- SSTJUE, de 6 de octubre de 2015 (Consorti Sanitari), y de 8 de mayo de 2014 (Technische Universität Hamburg-Harburg).
- SSTS, Sala 3.<sup>a</sup>, 1210/2020, de 28 de septiembre (NCJ065036); 30 de noviembre de 2020, núm. 1627/2020; 234/2021, de 19 de febrero; 70/2023, de 23 de enero, y 1208/2023, de 2 de octubre (NCJ066785), rec. núm. 787/2021.
- STSJ de Madrid 597/2015, de 1 de octubre.



# AHORA ES EL MEJOR MOMENTO PARA OPOSITAR

## Administración General

- Administradores Civiles del Estado
- Gestión de la Administración Civil del Estado
- Administrativos de la Administración del Estado

## Administración Local

- Interventores-Tesoreros
- Secretarios (de Entrada)
- Secretarios-Interventores

## Banco de España

- Técnicos (Banco de España)
- Inspectores del Banco de España

## Seguridad Social Empleo

- Inspectores de Trabajo y Seguridad Social
- Interventores y Auditores de la Seguridad Social
- Técnicos de la Seguridad Social
- Gestión de la Seguridad Social
- Gestión de la Seguridad Social (Especialidad Auditoría y Contabilidad)
- Subinspectores Laborales (Escala de Empleo y Seguridad Social)
- Administrativos de la Seguridad Social

Asesoramiento  
personalizado:

91 44 44 920  
[www.cef.es](http://www.cef.es)

## Hacienda / Tribunal Cuentas

- Inspectores de Hacienda del Estado
- Inspectores de Seguros del Estado
- Interventores y Auditores del Estado
- Técnicos de Auditoría y Contabilidad
- Técnicos de Auditoría y Control Externo del Tribunal de Cuentas
- Técnicos de Hacienda
- Agentes de la Hacienda Pública

## Justicia

- Jueces y Fiscales
- Letrados de la Administración de Justicia
- Gestión Procesal y Administrativa
- Tramitación Procesal y Administrativa

## Comunidades Autónomas

- Comunidad Valenciana
- Comunidad de Madrid
- Cataluña





# CURSOS

INICIO OCTUBRE  
2024

- Curso de Tributación Práctica
- Curso Avanzado en el Impuesto de Sociedades
- Curso Monográfico sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas – IRPF
- Curso Monográfico sobre Retribución y Compensación
- Curso sobre la Valoración de Puestos, Registro y Auditoría Retributiva
- Curso Práctico de Derecho Laboral
- Curso Avanzado sobre Gestión de Nóminas y Seguros Sociales
- Curso de Contabilidad Práctica
- Curso de Contabilidad Avanzada
- Curso de Pricing: Estrategias de Fijación de Precios
- Curso Superior en Marketing Digital y Redes Sociales
- Curso Monográfico sobre Contratos Mercantiles
- Curso de Inteligencia Artificial con ChatGPT
- Curso de Contabilidad de Instrumentos Financieros
- Curso de Power BI

Consulta  
nuestra oferta  
formativa  
completa en:

[www.cef.es/cursos](http://www.cef.es/cursos)

