

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 252 | Enero 2022

ISSN: 2697-1631

CONTRACT



Consideración de consumidores en contratos de adhesión

M.^a José Achón Bruñén

Fraude interno en las empresas y *compliance*

Vicente Magro Servet

Big data, privacidad y mercados digitales: los nuevos desafíos de la regulación en la UE

Fernando Díez Estella y Alba Ribera Martínez

La educación constitucional

David Parra Gómez

Terms and
conditions

CEF.-

+30 MÁSTERES

+200 CURSOS

ÁREAS

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

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

DESCUENTO ESPECIAL AHORA

PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Revista CEFLegal

Núm. 252 | Enero 2022

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

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

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Dolores Bardají Gálvez. Profesora titular de Derecho Civil. ESADE

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Catedrático de Derecho Civil. UAM y director de Bercovitz-Carvajal

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

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

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

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

Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero. Profesor titular de Derecho Mercantil. Universidad de Vigo

Rafael Fernández Valverde. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Alicia González Alonso. Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional. UAM y letrada del TC

Sara González Sánchez. Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad CEU Cardenal Herrera Oria

Carlos Gómez Asensio. Profesor de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia

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

José Damián Iranzo Cerezo. Magistrado del TSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Carlos Lema Devesa. Socio director de Estudio Jurídico Lema y catedrático de Derecho Mercantil. UCM

Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF y consejera de Gómez Acebo y Pombo

Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas. Catedrático de D. Mercantil. Universidad CEU San Pablo

Luis Medina Alcoz. Profesor titular de Derecho Administrativo. UCM y letrado del TC

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

Francisco Monterde Ferrer. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Linda Navarro Matamoros. Profesora de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia

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

Fabio Pascua Mateo. Catedrático acreditado de Derecho Administrativo. UCM

Juan Antonio Xiol Ríos. Magistrado del Tribunal Constitucional

Edita

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

Revista CEFLegal

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2022) (11 números) 175 € en papel / 90 € en digital

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

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista CEFLegal*. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición digital: www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



Imprime

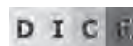
Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2022 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Revista CEFLegal

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

Supuestos en que las personas físicas con ánimo de lucro, las personas jurídicas y los entes sin personalidad pueden ostentar la consideración de consumidores en contratos de adhesión 5-38

Cases in which natural persons for profit, legal persons and entities without personality may be considered as consumers in accession contracts

M.^a José Achón Bruñén

El fraude interno en las empresas y la exigencia de mecanismos de autoprotección, vía cumplimiento normativo 39-62

Internal fraud in companies and the requirement of self-protection mechanisms via regulatory compliance

Vicente Magro Servet

La aplicación de criterios de desempate no previstos en los pliegos de licitación entre ofertas con idéntica puntuación (Comentario a la Resolución de 5 de noviembre de 2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) 63-68

Jaime Pintos Santiago y Roberto Carrodegas Méndez

Temporalidad de la pensión compensatoria en separaciones matrimoniales (Comentario a la STS de 23 de noviembre de 2021) 69-72

Casto Páramo de Santiago

Constitucional-administrativo

Big data, privacidad y mercados digitales: los nuevos desafíos de la regulación en la UE. (Análisis desde una perspectiva económica, regulatoria y *antitrust*) 73-104

Big data, privacy and digital markets: the new regulatory challenge in the EU. (Analysis from an economic, regulatory and antitrust perspective)

Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2021

Fernando Díez Estella y Alba Ribera Martínez

La educación constitucional <i>Constitutional education</i> David Parra Gómez	105-134
---	---------

Casos prácticos

Civil

Imprudencia leve en accidente de tráfico: competencia de la jurisdicción civil Adelaida Medrano Aranguren	135-144
--	---------

Administrativo

Autorización a extranjero de residencia temporal y efectos de una condena penal Julio Galán Cáceres	145-158
--	---------

Normas de publicación	159-160
-----------------------	---------

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



Supuestos en que las personas físicas con ánimo de lucro, las personas jurídicas y los entes sin personalidad pueden ostentar la consideración de consumidores en contratos de adhesión

M.^a José Achón Bruñén

Doctora en Derecho Procesal

<https://orcid.org/0000-0001-9380-9236>

Extracto

En el presente artículo doctrinal, con base en un análisis pormenorizado de la jurisprudencia, se realiza un estudio detallado de los casos en que las personas físicas con ánimo de lucro, las personas jurídicas y los entes sin personalidad pueden merecer la consideración de consumidores en contratos de adhesión y hallarse amparados por la normativa protectora en esta materia.

Palabras clave: consumidor; sociedades; fundaciones; asociaciones; comunidades en régimen de propiedad horizontal.

Fecha de entrada: 05-09-2021 / Fecha de aceptación: 07-10-2021

Cómo citar: Achón Bruñén, M.^a J. (2021). Supuestos en que las personas físicas con ánimo de lucro, las personas jurídicas y los entes sin personalidad pueden ostentar la consideración de consumidores en contratos de adhesión. *Revista CEFLegal*, 252, 5-38.



Cases in which natural persons for profit, legal persons and entities without personality may be considered as consumers in accession contracts

M.^a José Achón Bruñén

Abstract

In this doctrinal article, based on a detailed analysis of jurisprudence, a detailed study is made of the cases in which natural persons for profit, legal persons and entities without personality may be considered as consumers in accession contracts and may be covered by the relevant protective legislation.

Keywords: consumer; corporations; foundations; associations; communities under horizontal ownership.

Citation: Achón Bruñén, M.^a J. (2021). Supuestos en que las personas físicas con ánimo de lucro, las personas jurídicas y los entes sin personalidad pueden ostentar la consideración de consumidores en contratos de adhesión. *Revista CEFLegal*, 252, 5-38.



Sumario

1. Introducción
2. Extensión de la consideración de consumidor en la legislación española a sujetos no amparados por las directivas
3. Supuestos en que resulta conflictivo si las personas jurídicas o entes sin personalidad pueden ostentar la condición de consumidores
 - 3.1. Sociedades mercantiles
 - 3.2. Fiadores de empresarios o de sociedades mercantiles
 - 3.3. Fundaciones y congregaciones religiosas
 - 3.4. Asociaciones
 - 3.5. Comunidades en régimen de propiedad horizontal
4. Supuestos en que resulta conflictivo si las personas físicas pueden ser consideradas consumidoras: especial consideración a cuando actúan con ánimo de lucro
5. Carga de la prueba de la condición de consumidor
6. Inaplicación de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario a personas jurídicas que ostentan la condición de consumidoras y aplicación a personas físicas que no lo son

Referencias bibliográficas



1. Introducción

La interpretación del concepto de consumidor, contenida en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLUCU), ocasiona numerosos problemas en la praxis, dado que resulta posible que una persona física con ánimo de lucro reúna dicha condición o que incluso lo sea una persona jurídica

La condición de consumidor otorga un estatus privilegiado, de manera que cuando el adherente no merece dicho carácter, las normas aplicables son los artículos 5, 7 y 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), sobre el control de incorporación y el límite de las normas imperativas y prohibitivas, así como las disposiciones generales de la contratación del Código Civil¹. Sin embargo, en el caso

¹ Es posible declarar la nulidad (que no la abusividad) de cláusulas en contratos en que el adherente no es un consumidor:

El TS, Sala 1.^a, de lo Civil, en la sentencia 57/2019, de 25 de enero (rec. núm. 3416/2016 [NCJ064041]) en un supuesto en que la finalidad del préstamo fue la financiación de la compra de un local comercial para la instalación de un negocio de peluquería, declara la nulidad de la cláusula suelo porque los adherentes no tuvieron la posibilidad de conocer tan siquiera la propia existencia de la cláusula litigiosa en el momento de prestar su consentimiento contractual.

Asimismo, la STS 168/2020, 11 de marzo de 2020 (rec. núm. 3022/2017 [NCJ064761]) también declara la nulidad de la cláusula suelo por no superar el control de incorporación, en un caso en que la finalidad del préstamo era la financiación de la adquisición de una licencia municipal de auto-taxi de Madrid.

de que el contrato, integrado por condiciones generales, se concierte con un consumidor, resulta aplicable el régimen de nulidad por abusividad, establecido en el TRLCU, que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE, puesto que la nulidad de cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino solo del que ostenta la condición legal de consumidor o usuario. La nulidad por abusividad no resulta posible en contratos concertados entre profesionales y tampoco el doble control de transparencia o control de comprensibilidad real² que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica que supone el contrato³.

2. Extensión de la consideración de consumidor en la legislación española a sujetos no amparados por las directivas

El artículo 2 b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define al «consumidor» como toda persona física que, en los contratos regulados por dicha directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, y en parecidos términos se pronuncian otras directivas de consumo⁴.

² STS, Sala 1.ª, 12/2020, 15 de enero, rec. núm. 1528/2017:

El control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 [NCJ058437], caso Kásler y Káslerne Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 [NCJ059713], caso Matei; y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 [NCJ059711], caso Van Hove), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económica [...]. Este Tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las sentencias 367/2016 (NCJ061316), de 3 de junio; 30/2017 (NCJ062153), de 18 de enero; 41/2017 (NCJ062063), de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017 (NCJ062923), de 2 de noviembre; 639/2017 (NCJ062869), de 23 de noviembre; 8/2018 (NCJ063079), de 10 de enero; 314/2018 (NCJ063476), de 28 de mayo, y otras posteriores, en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores.

³ SSTS 241/2013 (NCJ057740), de 9 de mayo; 138/2015 (NCJ059806), de 24 de marzo; 705/2015 (NCJ060752), de 23 de diciembre; 367/2016 (NCJ061316), de 3 de junio; 158/2019, de 14 de marzo.

⁴ Véanse: artículo 2 de la Directiva 85/577/CEE (referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales); artículo 2.2 de la Directiva 97/7 (relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia); artículo 1.2 a) de la Directiva 1999/44 (sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo); artículo 2 e) de la Directiva 98/6 (relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores); artículo 2 e) de la Directiva 2000/31 (relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior); artículo 2 d) de la Directiva 2002/65 (referente a la

No obstante, la legislación española amplía esta definición, permitiendo que una persona jurídica o ente sin personalidad pueda ostentar dicho carácter, lo que resulta compatible con las citadas directivas comunitarias, que solo obligan al legislador nacional a brindar un mínimo de protección, sin que nada le impida ampliarla.

En la primera redacción del artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de los consumidores y usuarios, se consideraban consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquirían, utilizaban o disfrutaban, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que fuera la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los produjeran, facilitaran, suministraran o expidieran.

El posterior Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprobó el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, simplificó la definición del concepto general de consumidor y usuario al fijar como criterio determinante el elemento objetivo de ser ajeno a una actividad empresarial o profesional, sin realizar distinción alguna entre personas físicas o jurídicas. El precepto supuso una modificación de la definición tradicional contenida en la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, cuyo artículo 1.2 hacía descansar la definición en el elemento positivo de que el consumidor había de ser el destinatario final del producto o servicio adquirido. De esta manera se adaptaba la legislación española al concepto utilizado en las normas comunitarias (Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Directiva 85/577 sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles, Directiva 97/7 sobre contratos a distancia y la Directiva 99/44 sobre ventas de consumo), que consideran consumidor a las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial.

En un principio, el artículo 3 del TRLCU no realizaba distinción alguna entre personas físicas o jurídicas, pero la Ley 3/2014, de 27 de marzo, incluyó en el citado precepto una limitación para que las personas jurídicas pudieran ser consideradas consumidoras, exigiendo, no solo que actuaran en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o comercial, sino también que no tuvieran ánimo de lucro⁵. Además, incluyó expresamente a las entidades sin personalidad jurídica en el ámbito subjetivo de los consumidores y usuarios cuando actúen sin ánimo de lucro y al margen de una actividad comercial o empresarial. Por ello, si bien con la legislación actual pueden ser consumidoras tanto las personas físicas como jurídicas, a estas les basta con que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, mientras que las personas jurídicas y las entidades sin

comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores); artículo 2 a) de la Directiva 2005/29 (relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior) y artículo 3 a) de la Directiva 2008/48 (relativa a los contratos de crédito al consumo).

⁵ SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, 544/2017, de 30 de octubre, rec. núm. 668/2017.

personalidad jurídica no solo deben actuar en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, sino también sin ánimo de lucro.

De todos modos, otras leyes de consumo se muestran más restrictivas y solo brindan protección a los consumidores que ostentan la consideración de personas físicas, *v. gr.* artículo 2.1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo o el artículo 5 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, así como la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia bancaria, que únicamente incluye en su ámbito de aplicación a las personas físicas que no actúen en un ámbito de actividad profesional o empresarial (art. 2).

Asimismo, el párrafo segundo al artículo 3 del TRLCU (añadido por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero) limita la condición de «consumidor vulnerable» a las personas físicas, estableciendo que, sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, ostentan esta consideración, respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección, que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

No obstante, el Tribunal Constitucional, en la reciente sentencia del Pleno 156/2021, de 16 de septiembre, rec. núm. 1960/2017 (NCJ065728), ha declarado la inconstitucionalidad del inciso «persona física» del artículo 2.2 del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, por excluir a las personas jurídicas y entes sin personalidad del ámbito de aplicación de la norma, a pesar de que, conforme al artículo 3 del TRLCU, pueden ser consumidoras si actúan en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial y sin ánimo de lucro.

El TRLCU es de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, con lo que deja al margen las relaciones jurídicas concertadas solo entre particulares o celebradas exclusivamente entre empresarios, regidas con carácter general por las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio.

Así, por ejemplo, en el ámbito crediticio, cuando los prestamistas son personas físicas que no están dedicados con habitualidad a la concesión de préstamos, no se puede otorgar a los prestatarios la consideración de consumidores, pues conforme al artículo 2 del TRLCU esta norma solo es de aplicación en las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios⁶. No obstante, será aplicable la legislación de consumidores y usuarios al

⁶ Resolución de la DGRN/DGSJFP de 22 de julio de 2015 (NCR007021).

deudor cuando, pese a que la prestamista sea una persona física que no esté dedicada con habitualidad a la concesión de préstamos, la oferta se realice directamente por una empresa de intermediación (dedicada a la actividad de concesión de préstamos hipotecarios), y las estipulaciones del contrato estén redactadas al modo de los contratos de adhesión⁷.

3. Supuestos en que resulta conflictivo si las personas jurídicas o entes sin personalidad pueden ostentar la condición de consumidores

3.1. Sociedades mercantiles

La actuación de una sociedad mercantil no ofrece dudas en cuanto a su ánimo de lucro, porque precisamente por tratarse de una sociedad de capital dicho ánimo se presume (arts. 116 CCom. y 1 y 2 de la LSC), por lo que no puede ser considerada como consumidora⁸, con independencia de su tamaño.

Es irrelevante que se trate de una empresa pequeña o que se ejercite la actividad profesional a título personal y no bajo un amparo societario⁹. En este sentido, no se otorga la consideración de consumidor a una empresa pequeña dedicada a la gestión de alquileres que concierne un contrato de cobertura de tipos de interés, pues lo que pretendía era mejorar o garantizar el coste de su financiación (SAP de Vizcaya, Sec. 5.^a, 75/2013, de 1 de marzo, rec. núm. 55/2013)¹⁰.

Toda sociedad de responsabilidad limitada o anónima es siempre mercantil y, por consiguiente, tendrá la consideración de empresario (arts. 1 y 2 CCom.), con la correspondiente aplicación de su estatuto jurídico. La jurisprudencia ha señalado reiteradamente que el fin lucrativo es la causa del contrato de sociedad, a tenor de los artículos 1.665 del CC y 116

⁷ Resolución de la DGRN/DGSJFP de 6 de abril 2016.

⁸ STS, Sala 1.^a, de 3 de junio de 2019, rec. núm. 3958/2016, res. núm. 307/2019 (NCJ064084).

⁹ SSTS, Sala 1.^a, 533/2019, de 10 de octubre; 12/2020, de 15 de enero.

¹⁰ En similares términos, STSJ de Cataluña, Sec. 1.^a, de 4 de abril de 2013, rec. núm. 7/2012, res. núm. 26/2013:

En el caso de autos, la demandante, aunque de capital social reducido, es una persona jurídica que ha concertado la cláusula arbitral en el ámbito de un contrato de SWAP cuyo objetivo económico último –al margen de cuál fuera el resultado final del producto especulativo escogido para ello– era mejorar el coste de la financiación de su actividad empresarial, relacionada con la explotación de un negocio deportivo y, en cierto modo, con la intermediación inmobiliaria precisa para ello.

del CCom¹¹. La sociedad mercantil integra una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social¹².

Una sociedad mercantil está destinada a desarrollar una actividad comercial o empresarial presidida por el ánimo de lucro, lo que la excluye, en todo caso, de la protección que se otorga a los consumidores, con independencia de cuál haya sido el objeto que haya presidido su actuación, dado que la finalidad perseguida por cualquier sociedad de capital consiste en el desarrollo de una actividad comercial y empresarial, por simple que pueda ser. No cabe duda de que una sociedad mercantil opera en el tráfico mercantil con ánimo de lucro, pues ni siquiera cuando el contrato tuviera doble finalidad (empresarial y de consumo), y este último destino prevalezca, puede considerarse a la entidad mercantil como consumidora, dado que dicha consideración tiene cabida cuando es un adherente persona física, pero no cuando se trata de una sociedad mercantil con ánimo de lucro¹³.

La sociedad que alega actuar en el ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial debe probar tal circunstancia¹⁴. En este sentido, la SAP de Sevilla, Sec. 6.ª, 322/2020, de 30 de julio, rec. núm. 1336/2019 considera insuficiente la alegación contenida en la demanda acerca de que el motivo de la adquisición de una finca rústica destinada a la actividad agropecuaria era para su disfrute, considerándose inexplicable cómo puede usar una finca rústica una sociedad limitada con otra finalidad que no sea de carácter económico.

Las sociedades mercantiles tienen un objeto social determinado fijado con precisión en sus estatutos sociales, pero eso no significa que lo que no esté expresamente incluido en el objeto social sea «un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Hay actos sociales que son necesarios, de forma directa o indirecta, complementarios y auxiliares, para la realización del objeto social, no pudiendo ser considerados de ninguna manera «ajenos» a la actividad empresarial o profesional. Una sociedad mercantil actúa en el marco de su actividad empresarial no solo cuando lleva a cabo los actos propios de su objeto social, sino también cuando desarrolla otras conductas cuya finalidad es propiciar tales actos, ya sea para establecerse, para aprovisionarse, para contratar personal o para financiarse¹⁵.

En este sentido, el contrato de arrendamiento de una vivienda y plaza de garaje, suscrito por una sociedad mercantil para residencia de su apoderado y por razones de negocio,

¹¹ SSTS, Sala 1.ª, 1229/2007, de 29 de noviembre; 1377/2007, de 19 de diciembre; 784/2013, de 23 de diciembre; 307/2019, de 3 de junio.

¹² STS, Sala 1.ª, 1377/2007, de 19 de diciembre.

¹³ STS, Sala 1.ª, de lo Civil, 26/2020, de 20 de enero, rec. núm. 2161/2017.

¹⁴ SAP de Ciudad Real, Sec. 1.ª, 343/2017, de 7 de diciembre, rec. núm. 365/2017.

¹⁵ SSTS, Sala 1.ª, 963/2005 de 15 diciembre, y 1319/2007 (NCJ048325) de 20 diciembre. STSJ de Cataluña, Sec. 1.ª, de 4 de abril de 2013, rec. núm. 7/2012, res. núm. 26/2013.

no es un acto de consumo, pues se concertó en el ámbito de la actividad societaria, empresarial, no estando desvinculado del objeto social¹⁶.

Aun cuando una sociedad mercantil adquiera una vivienda para un tercero, no merece la condición de consumidor, pues supondría una elusión de la norma entender que dicha condición depende del destino posterior que la sociedad realice o pueda llevar a cabo en un futuro más o menos próximo, con un bien que haya adquirido. No resulta adecuado acudir a las normas protectoras de los consumidores a través de una sociedad mercantil cuando ninguna otra norma impide que dicha adquisición pueda realizarse por una persona física que pretende el uso y disfrute de dicho bien, pues ello no supondría más que efectuar una aplicación de la norma en fraude de ley, en contra de lo dispuesto en el artículo 7.1 del CC¹⁷.

En este sentido, la SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, 2175/2019, de 25 de noviembre, rec. núm. 219/2019 no atribuye la condición de consumidor a una sociedad de responsabilidad limitada que adquirió una vivienda para su administrador, pues nada le impedía haber adquirido por sí mismo la finca, si su único objetivo era usarla como residencia, pero al no hacerlo, y preferir interponer a una sociedad mercantil, debía ser consciente de que no solo obtendría ventajas fiscales (si era eso lo que buscaba), sino que también podría encontrarse con inconvenientes, entre ellos, el no poder obtener la protección que solo es propia de los consumidores y usuarios.

En similares términos, la SAP de Toledo, Sec. 1.^a, 141/2021, de 3 de febrero, rec. núm. 678/2018 tampoco otorga la consideración de consumidora a una sociedad mercantil que compró una vivienda para que residiera su administrador, pues al ser la prestataria una persona jurídica, la financiación se integra en el ámbito de su actividad profesional.

No se puede atribuir la condición de consumidor a una sociedad de responsabilidad limitada por el mero hecho de que adquiera una vivienda para un tercero. El hecho de que ese tercero sea la hija de un socio y administrador de la misma no desdice esa idea¹⁸.

Cuando es una compañía mercantil la que acude al banco en busca de crédito y financiación, es obvio que el crédito solo puede revertir en su actividad comercial y empre-

¹⁶ STSJ de Asturias, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1.^a, de 30 de enero de 2015, rec. núm. 4/2014, res. núm. 1/2015.

¹⁷ Cfr. Muñiz Casanova (2020): «Este planteamiento no tiene cabida en nuestro Derecho, que impide aplicar la doctrina del levantamiento del velo en beneficio de las personas físicas que, precisamente, han constituido esa persona jurídica para ocultarse tras ella».

¹⁸ SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, 1693/2019, de 2 de octubre, rec. núm. 1569/2018.

Igualmente, la SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, 2270/2019, de 9 de diciembre, rec. núm. 379/2019, en un caso en que una sociedad adquiere dos inmuebles para cederlos a los hijos del administrador a cambio del pago de unas rentas.

sarial, y no en los negocios o necesidades particulares de otras personas, aun cuando estas sean los fiadores o avalistas. Según la SAP de Salamanca, Sec. 1.ª, 35/2017, de 1 de febrero, rec. núm. 810/2016, «de haber sido así, bastaba con que estos se hubieran constituido en deudores hipotecantes y principales frente al banco, sobrando (permítase la expresión, "por no pintar nada") la asunción de cualquier compromiso obligacional por parte de dicha compañía».

Distinto es el caso de que una persona física vaya a pedir un préstamo para sí, pero que aparezca en la escritura de hipoteca como representante de una mercantil –fiadora del mismo–, pues ello no empece a su condición de consumidora si se acredita que el préstamo se concedió a título particular y para una vivienda personal¹⁹.

3.2. Fiadores de empresarios o de sociedades mercantiles

Cuando el prestatario ostenta la consideración de consumidor o usuario no se debe otorgar el mismo carácter al fiador si este fuera un profesional, aunque podrá aprovecharse de la abusividad declarada de oficio, ex artículos 552.1.II y 815.4 de la LEC, o a instancia del deudor consumidor.

A sensu contrario, resulta posible que un deudor no ostente la consideración de consumidor, pero que el garante lo sea cuando el mismo no actúe en el marco de su actividad profesional, y entre el garante y el prestatario no existan vínculos funcionales, pues el contrato de fianza entre fiador y prestamista o acreedor principal, a pesar de su carácter accesorio del negocio principal (préstamo), contiene una individualidad propia²⁰.

Según la Corte de Luxemburgo «corresponde al juez nacional determinar si la persona física actuó como garante en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado» (autos del TJUE de 19 de noviembre de 2015 [asunto C74/15] y 14 de septiembre de 2016, [asunto C-534/15]).

¹⁹ SAP de Guipúzcoa, Sec. 2.ª, 251/2019, de 28 de marzo, rec. núm. 21277/2018.

²⁰ STC, Sala 1.ª, 75/2017 (NCJ062513), de 19 de junio, rec. núm. 1582/2016.

AAAP de Lugo, Sec. 1.ª, 3/2017, de 11 de enero, rec. núm. 497/2016; Zaragoza, Sec. 5.ª, 32/2017, de 13 de enero, rec. núm. 334/2016; Toledo, Sec. 2.ª, 48/2018, de 15 de febrero, rec. núm. 95/2017; Gerona, Sec. 1.ª, 87/2018, de 25 de abril, rec. núm. 177/2018; Córdoba, Sec. 1.ª, 44/2019, de 11 de febrero, rec. núm. 392/2018.

SAP de Jaén, Sec. 1.ª, 697/2019, de 27 de junio, rec. núm. 656/2018.

Resoluciones de la DGRN/DGSJFP de 14 de julio de 2017 y 31 de octubre de 2017.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia 314/2018, 28 de mayo de 2018, rec. núm. 1913/2015 (NCJ063476), interpreta el término «gerencia» que utiliza el TJUE como cualquier modalidad de administración de la sociedad, por lo que quien participa directamente en la toma de decisiones de la empresa tiene vínculo funcional con ella. Es decir, a estos efectos, todos los administradores que afianzan a su sociedad, sean del tipo que sean, han de considerarse empresarios y no consumidores. Más problemática es la cuestión cuando no se trata de administradores, sino de socios con «participación significativa en el capital social», en cuyo caso lo determinante será, o bien que el socio tenga una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones y suponga que, *de facto*, su voluntad y la del ente social coincidan, o bien que el socio en cuestión tenga un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza, puesto que el TJUE utiliza el concepto de actividad profesional o vinculación funcional con la empresa en contraposición con las actividades meramente privadas. En el caso de esta sentencia, el Tribunal Supremo no concede la condición de consumidores a los fiadores que tenían un porcentaje relevante del capital social de la sociedad prestataria (un 25 %), máxime cuando la finalidad del préstamo fue la financiación del activo circulante de la empresa. Sin embargo, a la fiadora que no era socia ni administradora se le otorga la consideración de consumidora.

En la SAP de Asturias, Oviedo, Sec. 1.^a, 1112/2019, de 11 de noviembre, rec. núm. 610/2019, se otorga la condición de consumidor al fiador aun cuando la prestataria era una sociedad mercantil que, *per se*, tiene ánimo de lucro, y se concierta el préstamo en el marco de su actividad empresarial para obtener financiación y realizar una determinada promoción. La razón de otorgar al fiador la condición de consumidor obedece a que no tiene vinculación funcional alguna con la sociedad deudora al no ser administrador ni socio de la misma, su relación es la de suegro del administrador, sin que se aprecie ningún otro vínculo, siendo indiferente que el fiador hubiera sido administrador en su día de una sociedad promotora o apoderado de otra, así como que esté o no jubilado, pues lo relevante es que no concurre vínculo funcional alguno con la sociedad deudora principal.

En el mismo sentido, el auto de la AP de Lugo, Sec. 1.^a, 3/2017, de 11 de enero, rec. núm. 497/2016 considera consumidoras a las avalistas al no probarse que tuvieran relación laboral, participación ni cargo alguno en la sociedad prestataria, puesto que la razón que motivó su intervención en el contrato de fianza no fue otra que la relación familiar que las unía con el titular de la sociedad, al no constar tampoco que fueran titulares de un número relevante de participaciones sociales.

Igualmente, la Resolución de la DGRN/DGSJFP, de 31 de octubre de 2017 considera consumidores a los garantes, personas físicas hipotecantes de su vivienda habitual, al no guardar una vinculación funcional con la prestataria (empresa destinada a la hostelería).

De todos modos, la normativa de consumo solo se aplica en lo que afecte al fiador consumidor.

En este sentido, en la SAP de Pontevedra, Sec 1.^a, 3/2018, de 8 de enero (rec. 753/2017), se declara la abusividad por falta de transparencia de una cláusula suelo inserta en un contrato mercantil respecto a los fiadores-consumidores, entendiéndose que la misma debe ser expulsada del contrato únicamente respecto de aquellos, no afectando a las obligaciones del deudor principal (no consumidor), lo que determina que la pretensión de restitución, al no costar el pago por los fiadores de las cuotas de amortización del préstamo, se desestima.

En similares términos, en la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 6 de abril de 2016, rec. núm. 128/2016, res. núm. 83/2016, se declara abusiva la cláusula de intereses de demora con efectos limitados al fiador (consumidor), declarando que dicha cláusula desplegará todos sus efectos respecto de los demás ejecutados, que no ostentan dicha consideración. Y en similares términos se pronuncia la AP de Huelva, Sec. 2.^a, en auto núm. 38/2018, de 31 enero, que declara nula por abusiva la cláusula de intereses de demora del 25 % anual del préstamo únicamente respecto de los fiadores, dada su condición de consumidores, al no estar vinculados a la entidad prestataria, y se ordena que por la parte ejecutante se recalcule la cantidad resultante de la liquidación, excluyendo la aplicación de la citada cláusula respecto de los citados fiadores, que es sustituida por el interés ordinario pactado²¹.

La AP de Álava, Sec. 1.^a, en la Sentencia 284/2019, de 27 de marzo, rec. núm. 601/2018, ni siquiera considera que los fiadores ostenten legitimación para solicitar la nulidad de la cláusula suelo, al entender que ningún perjuicio les ha causado, dado que los prestatarios no habían dejado ninguna cuota impagada, pues se entiende ilógico que se devuelva a los fiadores unas cantidades que no han desembolsado.

En parecidos términos, la SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, 577/2018, de 18 de septiembre, rec. núm. 639/2017, declara que la fiadora carece de legitimación activa para solicitar la nulidad de las cláusulas suelo, vencimiento anticipado, intereses moratorios y redondeo del tipo de interés, por no ostentar la condición de prestataria, ya que el préstamo fue suscrito por una sociedad; no obstante, se le reconoce legitimación para solicitar su inaplicación, en lo que le pudieran afectar como fiadora, por ostentar interés legítimo, dado que la aplicación de esas cláusulas es esencial para determinar el alcance final de la responsabilidad de la actora como garante (fiadora) de la deuda.

En la SAP de Jaén, Sec. 1.^a, 697/2019, de 27 de junio, rec. núm. 656/2018, se considera que una cosa es la legitimación para solicitar la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo que pudiera afectarle en un futuro, y otra muy distinta que lo estuviera para reclamar el exceso indebidamente cobrado por la misma, pues ni se acredita, ni siquiera se

²¹ En similares términos: SSAP de Asturias, Oviedo, Sec. 6.^o, de 18 de noviembre de 2016, rec. núm. 432/2016, res. núm. 331/2016; Barcelona, Sec. 15.^a, 577/2018, de 18 de septiembre, rec. núm. 639/2017; Barcelona, Sec. 15.^a, 925/2019, de 17 de mayo, rec. núm. 763/2018.

intenta justificar, que hubiera asumido pago alguno en lugar de los deudores principales, para poder reclamar los mismos.

Asimismo, la SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, 925/2019, de 17 de mayo, rec. núm. 763/2018, considera que el fiador solidario con renuncia al beneficio de excusión, orden y división deviene, para el caso de impago del prestatario o acreditado, deudor solidario juntamente con aquel, por lo que no hay duda de que ello le inviste de un interés legítimo y, por tanto, ostenta legitimación activa para impugnar determinadas cláusulas del contrato principal que le pueden ser aplicables, como la cláusula suelo, el interés de demora, el vencimiento anticipado y las comisiones por impago; sin embargo, no le reconoce interés, ni por tanto legitimación, para impugnar otras cláusulas que no le afectarán, como el pago de los gastos y costas judiciales que se imponen a la parte deudora, ni la de renuncia a la cesión del préstamo sin notificación al deudor.

La SAP de Asturias 17 de marzo de 2017, rec. núm. 81/2017, res. núm. 106/2017, también considera que el fiador solidario se encuentra plenamente legitimado para solicitar la declaración de nulidad de la cláusula suelo, dado que debe distinguirse según que la acción de nulidad contractual ejercitada en la demanda hubiese sido la de nulidad relativa (anulabilidad) o la de nulidad radical; en el primer caso solo estarán legitimados los contratantes, mientras que en el segundo bastará que se invoque un interés que justifique la pretensión de invalidez.

No puede entenderse que el fiador ostente legitimación para instar la nulidad del contrato principal, basándose en la existencia de vicios del consentimiento personales del deudor, pues no se trata de una nulidad absoluta sino relativa o anulabilidad. Por ello, no se otorga legitimación *ad causam* al fiador en caso de anulabilidad de la cláusula multidivisa por vicios del consentimiento, pues el artículo 1.853 del CC solo le permite oponer las excepciones que competan al acreedor principal y sean inherentes a la deuda, mas no las puramente personales del deudor, con lo que se impide alegar vicios en los que hubiera podido incurrir el deudor al prestar su consentimiento, por ser excepción personal, sin que a ello sea óbice que la fianza se hubiera prestado con carácter solidario²².

3.3. Fundaciones y congregaciones religiosas

Una fundación de interés general, por su propia naturaleza, carece de ánimo de lucro (art. 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones).

La SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, 343/2017, de 30 de junio, rec. núm. 177/2017, otorga la condición de consumidora a una fundación que solicitó un préstamo para adquirir un local

²² SAP de Madrid, Sec. 8.^a, de 23 de enero de 2019, rec. núm. 529/2018, res. núm. 19/2019.

para el desarrollo de su actividad. Se considera que tal actuación no forma parte de una actividad empresarial o profesional, y que tampoco fue realizada con ánimo de lucro, pues el local no se destinó a la obtención de rentas, ni se introdujo en el mercado de algún otro modo, sino que se destinó al ejercicio de las actividades puramente fundacionales que, por definición, carecen de ánimo de lucro.

En el mismo sentido, la SAP de Córdoba, Sec. 1.ª, 791/2019, de 22 de octubre, rec. núm. 929/2019, otorga la consideración de consumidora a una fundación que solicitó un préstamo para mejorar sus instalaciones, al considerar que no desarrolla una actividad comercial o empresarial, ni persigue ánimo de lucro, sino que se trata de una entidad que se dedica a la atención a ancianos pobres y enfermos, estando afecto su patrimonio a un fin de interés general, cual es realizar una labor social con las personas mayores más desfavorecidas.

De todos modos, una fundación puede llevar a cabo actividades mercantiles relacionadas con sus fines fundacionales. Si estas actividades tienen ánimo de lucro, no gozarán de la protección de la legislación especial de consumidores, aunque no formen parte de una actividad empresarial²³. Hay que tener en cuenta que el artículo 3 del TRLCU no se refiere en abstracto a que las personas jurídicas no tengan ánimo de lucro sino a que «actúen sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial», por lo que se debe atender a cada actuación concreta.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Granada, Sec. 4.ª, en la Sentencia núm. 25/2020 de 24 enero, declara que aun cuando Cáritas Diocesana de Granada es una asociación sin ánimo de lucro, no cumple el segundo de los presupuestos, ser ajena al ámbito empresarial respecto del Centro de Atención a Mayores y Discapacitados Oasis, pues en dichos centros (Oasis Fase I y II) existe una verdadera organización empresarial con más de 52 trabajadores contratados al servicio de los allí residentes, que cuentan con plazas concertadas con las Administraciones públicas y también plazas privadas, además de centro de empleo. Por consiguiente, al tratarse de una organización empresarial para la prestación de un servicio, aunque sea sin ánimo de lucro, no tiene la condición de consumidor, y el contrato de mantenimiento de ascensores concertado se encuentra integrado dentro de la actividad que desarrolla.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 14.ª, en la Sentencia núm. 98/2020 de 12 marzo, en un supuesto de mantenimiento y conservación de 21 ascensores de un cen-

²³ De todos modos, hay resoluciones que consideran que solo las entidades con ánimo de lucro pueden desarrollar una actividad empresarial; así, la AP de Barcelona, Sec. 14.ª, de 26 de octubre de 2017, rec. núm. 1202/2015, res. núm. 522/2017, entiende que aunque la fundación demandada tiene por objeto la asistencia de personas con discapacidad, y aun cuando con la contratación de los servicios de seguridad privada se buscaba cubrir una necesidad permanente de la fundación, falta el presupuesto o premisa que permitiría considerar empresario a dicha fundación: *ser una entidad con ánimo de lucro*, pues tan solo estas pueden desarrollar propiamente una actividad comercial o empresarial.

tro hospitalario explotado por una fundación declara que, aunque no cuestiona que actúe sin ánimo de lucro, no acepta que lo haga en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o comercial, pues explota un hospital que está especializado en rehabilitación neurológica y traumatológica que es un referente en cuidados paliativos.

Por lo demás, la SAP de Burgos, Sec. 3.^a, de 7 de marzo de 2018, rec. núm. 36/2018, res. núm. 76/2018, no concede la consideración de consumidor a la Fundación Hospital San Julián y San Quirce, propietaria de una residencia. Según la audiencia provincial, una persona jurídica para ser consumidora necesita carecer de ánimo de lucro y actuar con un propósito ajeno a una actividad comercial e industrial, y aunque cumple el primer requisito de no tener ánimo de lucro, por ser una fundación, no el segundo, pues al gestionar una residencia no actúa en un ámbito ajeno a una actividad comercial o industrial, dado que presta un servicio, que es el de alojamiento y manutención de los residentes a cambio de una remuneración. Si se atribuyera la condición de consumidor a los titulares de todos estos establecimientos donde se prestan servicios asistenciales, de enseñanza, hospitalarios o similares, simplemente porque carecen del ánimo de lucro propio de los demás titulares de establecimientos del mismo tipo, se produciría una competencia desleal entre ambos, porque siendo evidente que se produce la concurrencia de unos y otros en el mercado, los primeros disfrutarían de unos derechos que no tienen los segundos. Distinto el caso de que no se cobrara cantidad alguna a los residentes, de forma que la prestación del servicio se desarrollara de forma plenamente altruista o con cargo solo a los fondos de la fundación.

Asimismo, la SAP de Burgos, Sec. 3.^a, de 31 de julio de 2018, rec. núm. 83/2018, res. núm. 329/2018, no otorga la condición de consumidor al Arzobispado de Burgos, dado que el mismo no ha probado su condición de tal en un contrato con Gas Natural, considerando que al mismo le corresponde la carga de la prueba. Según esta resolución, el suministro de energía eléctrica es un acto relacionado, aunque sea indirectamente, con la actividad profesional de la Iglesia, pues contribuye al proceso de prestación de los servicios de todo tipo que ofrece a los terceros, lo que le aleja de su consideración de consumidor.

Tampoco la SAP de Orense, Sec. 1.^a, de 17 de octubre de 2016, rec. núm. 92/2016, res. núm. 350/2016, considera consumidor al obispado de Astorga, propietario de un colegio diocesano, en el contrato de mantenimiento de ascensores suscrito con la entidad demandante, pues el destino del servicio con ella contratado se integraba en el marco de su actividad empresarial o profesional que realiza como titular de un centro educativo, prestando servicios trabajadores retribuidos, por un precio abonado directamente por los alumnos, en una parte y, en otra, por la Administración con base en el concierto que mantiene con la misma.

En parecidos términos, la doctrina²⁴ pone de manifiesto que las fundaciones pueden realizar de forma habitual actividades que podrían considerarse como comerciales o pro-

²⁴ Cfr. Navarro Castro (2018).

fesionales, aunque sean de carácter instrumental para cumplir con sus fines benéficos o asistenciales, en cuyo caso, si el acto se encuadra dentro de esas actividades, habría que excluirlo de la consideración de acto de consumo, pues lo relevante no es el tipo de persona jurídica que sea, sino la actividad que realice, ya que el artículo 3 del TRLCU deja fuera todas las actuaciones que se puedan incluir en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional, con independencia de que la persona jurídica que las realiza tenga o no ánimo de lucro.

Respecto de las congregaciones religiosas, procede reiterar lo dicho respecto de las fundaciones. Así, la SAP de Córdoba, Sec. 1.^a, de 2 de mayo de 2018, rec. núm. 166/2018, res. núm. 311/2018, considera consumidora a una congregación religiosa que solicitaba que se declarara abusiva la estipulación de redondeo al alza y de limitación de tipos de interés, puesto que no se entiende acreditada una finalidad empresarial o comercial en abstracto de la congregación demandante, y se considera que la prueba de la condición de no consumidor corre a cargo de la entidad bancaria demandada. De todos modos, la cuestión de a quién corresponde la carga de la prueba resulta conflictiva, como analizaremos en líneas posteriores.

3.4. Asociaciones

Una asociación puede ser considerada consumidora cuando no actúe con un propósito empresarial o profesional ni con ánimo de lucro.

No obstante, aun cuando se rija por la Ley de asociaciones, puede actuar en el marco de una actividad empresarial cuando desarrolla conductas que, aunque encaminadas a cumplir su fin asociativo, tengan por finalidad procurarse su financiación.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sec. 6.^a, en el auto núm. 29/2018, de 23 marzo no otorga la consideración de consumidora a la Asociación Club Financiero, dado que queda acreditado en juicio, además de desprenderse de sus estatutos, que realiza actividades para los no socios, por ejemplo, organizando eventos, congresos, cursos o cediendo sus instalaciones, por las que cobra una contraprestación sujeta a IVA, por lo cual está introduciendo en el mercado servicios a cambio de precio, lo que es una actividad empresarial de comercialización propia, en tanto que utiliza bienes, aunque lo sea para su propia subsistencia, que trascienden en sus relaciones económicas con terceros. Por ello, se considera que el uso de ascensores en el edificio que sirve de base al entramado asociativo se integra en el desarrollo de la actividad económica que desarrolla la asociación, que claramente no usa dichos elevadores con fines particulares.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Valladolid, Sec. 3.^a, en sentencia núm. 45/2011 de 10 de febrero entiende que la Asociación de Asadores de Lechazo de Castilla y León no actúa en el mercado como consumidor del producto, sino que su objeto es fomentar,

difundir, promocionar y potenciar el lechazo asado en horno de leña como elemento gastronómico característico de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Aunque no tenga ánimo de lucro, desarrolla una actividad económica y profesional independiente de la de los asociados, por lo que encaja en la definición de «empresa» contenida con el artículo 3 de la Ley 3/2004.

La Audiencia Provincial de Pontevedra, Sec. 6.^a, en el auto núm. 29/2018, de 23 marzo (JUR 2018\186919) tampoco otorga la consideración de consumidora a la «Asociación provincial de Empresarios de Pontevedra», en una actuación consistente en la solicitud de un préstamo, a pesar de que en sus estatutos figura que se trata de una asociación interprofesional empresarial sin ánimo de lucro, pues en la póliza de préstamo expresamente se hizo constar que el dinero no se destinaba a satisfacer necesidades personales ajenas a su actividad empresarial o profesional, tratándose de un préstamo mercantil entregado para la actividad propia de la asociación de carácter profesional o empresarial.

De todos modos, la STS, Sala 1.^a, de lo Civil, 232/2021, de 29 de abril (NCJ065503), rec. núm. 1619/2018, considera que es consumidora una asociación deportiva sin ánimo de lucro a la que se le concedió un préstamo hipotecario para la reforma de sus instalaciones, por ser ajena la operación a una actividad profesional o empresarial, al encontrarse dentro de sus finalidades no lucrativas el mantenimiento de sus propiedades, sin que el hecho de que la asociación fuera socia de algunas sociedades mercantiles sea óbice a lo anterior, pues las mismas eran ajenas al contrato litigioso, hasta el punto de que se constituyeron con posterioridad a su celebración. Bien es cierto que esta asociación estaba dada de alta en el impuesto sobre actividades económicas como gestora de instalaciones deportivas y organizadora de eventos y competiciones, pero, al mismo tiempo, estaba incluida en el régimen fiscal especial regulado en el título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. Para que se pudiera considerar que la mejora de las instalaciones deportivas financiada por el préstamo tuviera un ámbito o finalidad empresarial, tendría que haberse acreditado que estas instalaciones eran objeto de una explotación económica por el club, ya fuera mediante la organización de eventos con los que obtuviera una ganancia económica lucrativa o la cesión de las instalaciones a terceros a cambio de un precio; ya fuera, en algunos casos, a través de sus propios socios, cuando la cuantía y significación de los cuotas y derechos de uso fueran tan relevantes que encerraran una forma de explotación económica.

3.5. Comunidades en régimen de propiedad horizontal

Procede preguntarse si las comunidades de propietarios pueden ostentar la consideración de consumidoras, dado que resulta habitual que cuenten con un administrador de fincas, que es un profesional que les asesora y gestiona, a lo que se une que los acuerdos se adoptan en una junta de propietarios, como órgano de deliberación, donde las cuestiones pueden ser objeto de análisis y de valoración por los comuneros; además, alguno de

ellos puede ser un profesional o empresario y realizar en el inmueble, sujeto a régimen de propiedad horizontal, alguna actividad mercantil.

La STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-329/19 (Condominio di Milano), reconoce que si bien el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, limita el concepto de «consumidor» a «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», los Estados miembros mantienen su libertad de regular el régimen jurídico de la comunidad de propietarios en sus ordenamientos jurídicos nacionales respectivos, calificándola o no como «persona jurídica». Además, con arreglo a los artículos 169.4 del TFUE y 8 de la Directiva 93/13, pueden adoptar medidas de protección de los consumidores más estrictas, siempre que sean compatibles con los tratados, de manera que pueden extender la aplicación de lo dispuesto en la citada directiva a las personas jurídicas o a las físicas que no sean consumidores en el sentido de esta. En consecuencia, concluye que aunque el condominio en derecho italiano (equivalente a la comunidad de propietarios española) no se encuentre comprendido en el concepto de «consumidor» en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, los Estados miembros pueden aplicar disposiciones de esta directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación.

En este sentido, nuestro Tribunal Supremo ha venido reconociendo desde antiguo la extensión del ámbito subjetivo de la normativa de consumidores a las comunidades en régimen de propiedad horizontal, en relación con los contratos propios de su tráfico jurídico, respecto de diversas cláusulas contractuales, como las relativas a la sumisión a tribunales, duración de contratos de mantenimiento de ascensores, penalizaciones derivadas de su incumplimiento, etc²⁵. Recientemente, la STS núm. 201/2021, de 13 de abril, rec. núm. 2111/2018, otorga la consideración de consumidor a una comunidad de propietarios en la contratación del arrendamiento de servicios cuyo objeto era la prestación de servicios auxiliares de conserjería. Las comunidades de propietarios son consumidoras cuando contratan bienes y servicios como destinatarias finales.

La Audiencia Provincial de Asturias, Sec. 6.^a, en la sentencia 12/2016, de 25 de enero, rec. núm. 521/2015, resuelve sobre la petición de nulidad del contrato suscrito entre una comunidad de propietarios y una UTE, concluyendo que el carácter de consumidor en la comunidad de propietarios hizo aplicable las obligaciones de información precontractual. No se otorga ninguna relevancia al hecho de que la Administración de la comunidad fuera llevada a cabo por una empresa de administración de fincas, lo que nada obsta a su cualidad de consumidora, pues en absoluto ello presupone la existencia de una cualificación y asesoramiento previo por parte de esta última en esta materia.

²⁵ SSTS, Sala 1.^a, 14 de septiembre de 1996; 23 de septiembre de 1996; 30 de noviembre de 1996; 1 de febrero de 1997; 152/2014, de 11 de marzo, rec. núm. 2948/2012, y 469/2019, de 17 de septiembre.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Vizcaya, en la sentencia 1546/2019, de 30 de septiembre, rec. núm. 1337/2018, confirma la estimación de la acción colectiva de cesación, ejercitada frente a la compañía eléctrica demandada, por considerar abusiva la cláusula de los contratos de suministro de electricidad suscritos con consumidores, como comunidades de propietarios, que le permite modificar unilateralmente la facturación de la potencia contratada.

Las comunidades en régimen de propiedad horizontal son consideradas consumidoras incluso en la contratación de los servicios profesionales de un administrador de fincas, a pesar de que es un órgano de la propia comunidad, con el cual no existe un contrato de arrendamiento de servicios, sino de mandato, y ello con base en la dicción del apartado segundo del párrafo séptimo del artículo 13 de la LPH, en el que se emplea la palabra «mandato»²⁶. El hecho de que el administrador pertenezca orgánicamente a la comunidad no es óbice para que, al dedicarse profesionalmente a ese cometido, de forma habitual y retribuida, actúe como verdadero empresario frente a la misma, que es destinataria final de sus servicios²⁷. Evidentemente, lo antedicho no opera en aquellos supuestos en que el administrador de la comunidad sea el propio presidente (art. 13.5 LPH) o asuma tal función un propietario (art. 13.6 LPH), que no se dedica profesionalmente a esa actividad, pues ninguna relación de consumo hay en tales casos, ya que quien desempeña el cargo de administrador no lo está haciendo en calidad de empresario, limitándose dicha actuación al ámbito interno de la comunidad, en el que agota su eficacia jurídica.

4. Supuestos en que resulta conflictivo si las personas físicas pueden ser consideradas consumidoras: especial consideración a cuando actúan con ánimo de lucro

El vigente TRLCU permite a las personas físicas ostentar la condición de consumidoras, aun cuando ostenten ánimo de lucro, a diferencia de si se trata de personas jurídicas o entes sin personalidad, puesto que cuando el artículo 3 de dicho texto legal se refiere a personas físicas no hace mención de su intencionalidad lucrativa para privarles de dicho carácter. Una persona física puede ostentar la condición de consumidor aunque tenga ánimo de lucro, siempre que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

De todos modos, aun cuando no se exige ánimo de lucro para otorgar a una persona física la condición de consumidora, si esta lleva a cabo una determinada actividad con regularidad, al realizar en un periodo corto de tiempo varias de esas operaciones, podría con-

²⁶ SAP de Madrid, Sec. 21.^a, de 9 de septiembre de 2014, rec. núm. 98/2013, res. núm. 394/2014.

²⁷ STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1.^a, de 17 de noviembre de 2015, rec. núm. 35/2015, res. núm. 83/2015.

siderarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional. Es decir, aun cuando las personas físicas no pierden su condición de consumidor cuando actúen con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realicen estas actividades asiduamente (*v. gr.* comprar sucesivamente para inmediatamente revender), ya que podría considerarse que, con tales actos, realizan una actividad empresarial, comercial o profesional, puesto que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1 del CCom²⁸.

Así, la SAP de Ciudad Real, Sec. 1.^a, 200/2016, de 23 de junio, rec. núm. 211/2016 no considera consumidores a los adquirentes del inmueble, al ser propietarios de otros en diferentes localidades y haber adquirido el mismo día que compraron el piso litigioso otra vivienda y plaza de garaje a un vendedor diferente.

En el mismo sentido, la STJUE de 14 de febrero de 2019 (NCJ063835), C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen) declara que un deudor que celebra un contrato de crédito a fin de realizar obras de renovación en un bien inmueble en el que tiene su domicilio, con el fin de prestar en él servicios de alojamiento turístico, no puede calificarse como consumidor, a menos que, dado el contexto de la operación, considerada en su conjunto, para la que se celebró dicho contrato, tenga un vínculo tan tenue con esa actividad profesional que resulte evidente que el referido contrato persigue esencialmente fines privados, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional.

En similares términos, la STS, Sala 1.^a, 534/2015 (NCJ060718), de 14 de octubre, considera que no puede ser calificado de acto de consumo la compraventa de una vivienda para apartamento turístico, pues se destina a una actividad empresarial conforme al régimen jurídico de las compraventas de apartamentos turísticos.

No obstante, el mero hecho de que la adquisición de un inmueble pueda ser la inversión no permite excluir la condición de consumidor del comprador²⁹. En la SAP de León, Sec. 1.^a, 656/2020, de 16 de octubre, rec. núm. 289/2020, se pone de manifiesto que la entidad cuantitativa del préstamo, por importe de 815.000 euros, y el objeto de la financiación, referido a varios inmuebles, no son datos de los que quepa extraer conclusión alguna contradictoria con la condición de consumidora de la demandante, pues no cabe equiparar gestión del ahorro, por importante que sea este, con desarrollo de actividad empresarial.

La jurisprudencia comunitaria también ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor a una per-

²⁸ SSTS 16/2017, 16 de enero, rec. núm. 2718/2014 (NCJ062038); 449/2018, de 13 de julio, rec. núm. 1029/2017 (NCJ063552); 694/2018, de 11 de diciembre, rec. núm. 2125/2016, y 518/2019, de 4 de octubre, rec. núm. 2441/2017 (NCJ064417).

²⁹ SAP de Las Palmas, Sec. 4.^a, 625/2014, de 26 de noviembre, rec. núm. 211/2014.

sona física. En la STJCE de 10 abril de 2008 (asunto Hamilton), no se cuestionó la condición de consumidora de quien había celebrado un contrato de crédito con un banco al objeto de financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria. Asimismo, en la STJCE de 25 octubre de 2005 (asunto Schulte) se considera consumidores a los inversores no profesionales de productos financieros que adquieren para revender o para especular con su valor.

La adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, ora para revenderlo ora para obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por un particular, persona física, al margen de su actividad empresarial, comercial o profesional, no excluye la condición de consumidor.

El comprador que adquiere una vivienda para luego arrendarla, cuando no realiza esa actividad de forma habitual y no forma parte de su profesión, tiene la consideración de consumidor³⁰. La mera posibilidad de invertir los ahorros para lucrarse con el alquiler no excluye su condición de consumidor cuando no consta que realice habitualmente esa actividad³¹. El arrendamiento de un bien a terceros supone su incorporación directa a un proceso productivo, mediante la obtención de rentas a cambio de la cesión de su uso, pero si esta actividad no forma parte del conjunto de las actividades comerciales o empresariales de quien lo realiza, este podrá seguir siendo considerado consumidor con arreglo a la normativa vigente.

Quien adquiere un local, porque su deseo es alquilarlo o revenderlo, sin intención de dedicarse a tal negocio, es un consumidor³². Además, el hecho de que un préstamo se solicite para adquirir un local comercial no impide que el adquirente del mismo o el prestatario del importe destinado a la financiación de su adquisición pueda ser considerado consumidor. Solamente quedarán excluidos de tal consideración si adquieren el local para ejercer en el mismo un negocio o una profesión, o si se dedican de forma profesional al negocio inmobiliario³³.

³⁰ SSAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, 1020/2010, de 28 de diciembre, rec. núm. 696/2010; Vizcaya, Sec. 4.^a, 477/2014, de 30 de julio, rec. núm. 120/2014; Pontevedra, Sec. 1.^a, 336/2014, de 14 de octubre, rec. núm. 377/2014; León, Sec. 1.^a, 202/2015, de 20 de julio, rec. núm. 245/2015, y Valencia, Sec. 9.^a, 395/2017, de 26 de junio, rec. núm. 308/2017.

³¹ STS, Sala 1.^a, de lo Civil, 448/2018, de 12 de julio, rec. núm. 564/2017.

³² SAP de Albacete, Sec. 1.^a, 29/2016, de 29 de enero, rec. núm. 407/2015.

³³ En la SAP de Álava, Sec. 1.^a, 266/2016, de 1 de septiembre, rec. núm. 326/2016, se otorga la condición de consumidora a la prestataria que ejercía la actividad profesional de traductora, entendiéndose que el hecho de que arriende un bar no la convierte en una profesional de la hostelería. Se trata simplemente de una persona que, en un ámbito ajeno a su profesión, rentabiliza su propiedad mediante el arrendamiento, no siendo empresaria del sector inmobiliario, como no lo es quien ostenta la cualidad profesional de abogado en ejercicio y adquiere un local comercial con el fin de arrendarlo y obtener un lucro futuro (SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 14 de octubre de 2014, rec. núm. 377/2014, res. núm. 377/2014).

Es cierto que el propietario de un local comercial que lo arriende es sujeto pasivo de IVA y que el artículo 5 de la Ley del impuesto sobre el valor añadido de 28 de diciembre de 1992, en su apartado 1.º, letra c), establece que se le considera empresario o profesional, lo que no afecta a los propietarios de viviendas, salvo que por arrendar varios inmuebles y cumplir los requisitos legales, el propietario pueda estar interesado en darse de alta en esa actividad económica. Pero ello no implica que el arrendador de un local comercial deba ser considerado a todos los efectos como empresario, sino solo a los efectos del impuesto sobre el valor añadido. En el ámbito civil y de consumo se ha de estar, no a los conceptos fiscales de empresario o profesional, sino al concepto de la normativa sobre consumidores³⁴.

Asimismo, el ánimo de lucro del adquirente (persona física) del derecho de aprovechamiento por turnos no afecta a su condición de consumidor cuando no realiza habitualmente esta actividad, aun cuando pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos³⁵.

Además, el hecho de que el inmueble adquirido no se destine a vivienda habitual no elimina la condición de consumidor del prestatario cuando no cabe deducir que estuviera ligado a su actividad profesional, comercial o empresarial. En este sentido, la SAP de Córdoba, Sec. 1.ª, 1013/2020, de 9 de noviembre, rec. núm. 1572/2019, considera que la circunstancia de que el inmueble adquirido fuera una *suite*, sita en el conjunto residencial y que en los periodos en que el comprador no la ocupara cediera su explotación y existiera ánimo de lucro, no excluye la condición de consumidor, pues este no es incompatible con dicha condición, siempre que no se integre en una actividad empresarial o profesional.

A sensu contrario, el mero hecho de hipotecar la vivienda habitual no convierte al hipotecante en consumidor, dado que un empresario puede constituir una hipoteca sobre un bien ajeno a la empresa, como su vivienda habitual, en garantía de una obligación contraída en el ámbito de la actividad empresarial, lo que no es infrecuente en el terreno negocial

336/2014) o el que adquiere un apartamento para dedicarlo tanto al arrendamiento de terceros como al disfrute vacacional (SAP de Vitoria, Sec.1.ª, de 14 de diciembre de 2015, rec. núm. 618/2015, res. núm. 482/2015).

No es el destino de la cosa lo único que define a un consumidor, sino si se actúa en el marco de alguna actividad empresarial ni profesional, por lo que es consumidor el policía nacional que arrienda un inmueble de su propiedad, cuya adquisición financia con un préstamo, porque ni es un empresario dedicado al alquiler de viviendas ni su actividad profesional guarda relación alguna con ese arrendamiento, por lo que resulta evidente que ello no impide que reciba la protección especial otorgada por la ley a los consumidores y usuarios (SAP de Albacete, Secc. 1.ª, de 20 de junio de 2014, rec. núm. 53/2014)

³⁴ Resolución de la DGSJFP de 27 de julio de 2020.

³⁵ SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 612/2017, de 15 de noviembre, rec. núm. 840/2016; 301/2018, de 24 de mayo, rec. núm. 3177/2016; 448/2018, de 12 de julio, rec. núm. 564/2017; 694/2018, de 11 de diciembre, rec. núm. 2125/2016, y 518/2019, de 4 de octubre, rec. núm. 2441/2017 (NCJ064417).

cuando la empresa carece de bienes suficientes para ofrecer como garantía del cumplimiento de obligaciones³⁶.

Por lo demás, si el deudor es socio de una cooperativa, y ha adquirido a través de la misma una vivienda, merece la consideración de consumidor, pues en las cooperativas los socios no son por sí mismos profesionales o empresarios, sino consumidores, ya que el propio concepto de cooperativa de viviendas indica que se trata de una entidad sin ánimo de lucro, formada por un grupo de personas que comparten básicamente la necesidad de una vivienda y se unen para acceder a ella en las mejores condiciones de calidad y coste posible, por lo que las viviendas se adquieren a un precio menor que el que permite otro tipo de promoción, sin perjuicio de que posteriormente pueda venderse o arrendarse a terceros, ya que la realización de esta operación inversora no priva al adquirente de su condición de consumidor³⁷.

Así pues, la nota que distingue al empresario del consumidor es que mientras que el empresario desarrolla una actividad empresarial o profesional, el consumidor se desenvuelve en un ámbito ajeno a ella. La SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, 480/2019, de 10 de septiembre, rec. núm. 198/2019, considera consumidor al prestatario que destina el préstamo para ayudar a un hijo a la construcción de un hotel pero a título de simple ayuda familiar, no en aras de invertir para explotar el futuro negocio. Su reducido importe en relación con el coste que representaría la ejecución de la obra completa, así como la intervención de hasta cuatro hermanos, en calidad de fiadores solidarios, son circunstancias que inclinan a considerar que la solicitud del préstamo lo sería a título de simple ayuda familiar (ya con devolución, ya a fondo perdido), que no de inversión en orden a la explotación del futuro negocio.

No obstante, la sentencia de la Sala 1.^a, de lo Civil, 594/2017, de 7 de noviembre (rec. núm. 3282/2014 [NCJ062872]) no otorga la condición de consumidor a la esposa, que no ejerce una actividad empresarial, que figura como prestataria junto con su cónyuge en un préstamo solicitado por este con fines empresariales, al haber consentido, sin oposición expresa, la actividad de su marido³⁸.

³⁶ SSAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, 477/2014, de 30 de julio, rec. núm. 120/2014, y Alicante, Sec. 8.^a, 139/2017, de 2 de marzo (rec. núm. 288/2016).

³⁷ SSAP de Cádiz, Sec. 5.^a, 340/2016, de 22 de julio, rec. núm. 328/2016; Madrid, Sec. 21.^a, 429/2017, de 11 de diciembre, rec. núm. 143/2017, y Sevilla, Sec. 5.^a, 322/2020, de 18 de diciembre, rec. núm. 9801/2018.

³⁸ En la sentencia de la Sala 1.^a, de lo Civil, 594/2017, de 7 de noviembre, rec. núm. 3282/2014 (NCJ062872), el TS se plantea si la esposa del deudor, que también figura como prestataria, ostenta la consideración de consumidora, para lo que analiza si intervino fuera de una actividad empresarial o profesional o si, pese a no ser ella quien desarrollaba la actividad para cuya satisfacción se solicitó el préstamo con garantía hipotecaria, tenía algún tipo de vinculación funcional con esa actividad. El TS considera acertada la decisión de la AP, que entiende que la esposa no era ajena a las deudas que se refinanciaron con el préstamo hipotecario, porque debía responder de las mismas, conforme a lo previsto en los artículos 6 y 7 del CCom. y, por consiguiente, no podía recibir la consideración de consumidora. El artículo 6 del

En todo caso, el hecho de que una persona física desarrolle una actividad profesional no implica que se vea privado de su condición de consumidor en toda operación económica. Lo que define la aplicación de la normativa de consumo es que el mismo no vaya a dedicar el bien obtenido a actividades mercantiles propias de su profesión. Por tanto, si un abogado, o un panadero, o un peluquero, obtienen un crédito hipotecario, deberá acreditarse que la finalidad del mismo era mercantil, para que quede excluido de la protección del derecho de consumo³⁹.

La actividad profesional de una persona no obsta para que tenga la consideración de consumidor en actos y contratos ajenos a la misma, como cualquier otro ciudadano. En este sentido la SAP de Córdoba, Sec. 1.ª, 1027/2020, de 10 de noviembre, rec. núm.. 601/2020, considera que el hecho de que fuera el demandante constructor y administrador de la mercantil que estaba construyendo la promoción a la que se refiere la compraventa, nada obsta, ni para que el mismo adquiriese una vivienda en la misma, ni para que en esa concreta operación tuviera la cualidad de consumidor. Una compra de vivienda por particular ha de presumirse ligada a una finalidad habitacional propia o de su familia, por ello se considera irrelevante la cualidad de constructor del adquirente o la posterior de administrador en esa mercantil, al no contar con elementos de juicio que lleven a pensar en que se perseguía especular, no habitarla.

CCom. establece que «en el caso del ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas [...]. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges». Pero el artículo 7 del mismo código establece que «se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo». Esta regla debe ser integrada con el artículo 1.365.2 del CC, en relación con la responsabilidad de los bienes gananciales, conforme al cual «responderán directamente de las deudas contraídas: 2.º en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio [...]. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio». Estas normas han sido interpretadas por la jurisprudencia de la Sala 1.ª en el sentido de que el artículo 6 del CCom. no precisa que el consentimiento del cónyuge deba ser expreso, siendo suficiente el tácito cuando la actividad comercial se lleve a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo. Además, la jurisprudencia ha establecido la vinculación de los bienes comunes a la deuda contraída por uno de los cónyuges mediante aval o fianza, cuando tal negocio jurídico obedece al tráfico ordinario del comercio o actividad empresarial del que se nutre la economía familiar y a cuyo ejercicio se ha prestado el consentimiento expreso o tácito por el otro cónyuge, que ni avala ni afianza (SSTS, Sala 1.ª, 868/2001, de 28 de septiembre [NCJ039075]; 620/2005, de 15 de julio [NCJ045485], y 572/2008, de 12 de junio).

En similares términos, SAP de Valencia, Sec. 8.ª, 483/2018, de 22 de octubre, rec. núm. 340/2018.

No obstante, en la SAP de Salamanca, Sec. 1.ª, 548/2017, de 1 de diciembre, rec. núm. 575/2017, en un caso en que unos cónyuges habían afianzado a una empresa, siendo el marido administrador único de la misma, si bien la esposa no tenía ninguna vinculación con esta, declara abusivos los intereses de demora fijados en un 18 % solo respecto de ella, al considerarla consumidora.

³⁹ SAP de Segovia, Sec. 1.ª, 24/2019, de 1 de febrero, rec. núm. 465/2018.

En el mismo sentido, la STJUE, Sala 4.^a, de 3 de septiembre de 2015 (asunto C110/14 [NCJ060447]), considera que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse consumidor con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogados, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete.

La definición de consumidor conforme al artículo 2, letra b) de la Directiva 93/13/CEE, tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata o de la información de que dicha persona realmente disponga⁴⁰. Según la STS 367/2017, de 8 de junio, rec. núm. 2697/2014 (NCJ062413), no basta con que el consumidor tenga una cierta cualificación profesional, incluso relacionada con el mundo del derecho o de la empresa, para considerarle un cliente experto con conocimientos suficientes para detectar la presencia de una cláusula suelo y ser consciente de sus efectos, pese a la ausencia de información adecuada por parte del predisponente. Así, el hecho de que el deudor sea o hubiera sido empleado de una entidad bancaria y entendiese ciertos términos financieros no exime al banco de informar correctamente acerca de la cláusula suelo en aras de que la misma pudiera superar el control de transparencia, pues el perfil especial del prestatario, por ser trabajador de banca durante muchos años, no le hace perder su condición de consumidor en el momento de contratar, ya que precisamente dicha condición de trabajador bancario le ha podido hacer suponer, al solicitar el préstamo hipotecario en su propia entidad bancaria, que las condiciones del préstamo iban a ser más ventajosas que las ofrecidas al resto de los consumidores, confiando en el compañero que se lo tramitó⁴¹. De todos modos, no cabe descartar que en algún caso los conocimientos sobre la materia de una determinada clase de consumidores puedan justificar que la información que reciban sea menor⁴².

Asimismo, tiene la condición de consumidor, y la protección de su normativa específica, el prestatario que adquiere financiación para su interés particular, aunque una empresa sea la hipotecante no deudora o avalista, sin que se pierda por ello dicha condición⁴³.

⁴⁰ SSTJUE, Sala 4.^a, de 3 de septiembre de 2015 (C-110/14 [NCJ060447]), y Sala 3.^a, de 25 de enero de 2018 (C-498/16 [NCJ062944]).

⁴¹ SAP de Zamora, Sec. 1.^a, 203/2016, de 28 de octubre, rec. núm. 258/2016.

⁴² STS, Sala 1.^a, de lo Civil, 642/2017, de 24 de noviembre, rec. núm. 320/2015 (NCJ062965).

⁴³ SAP de Gerona, Sec. 1.^a, 654/2020, de 29 de mayo, rec. núm. 1301/2019.

Además, la condición de consumidor del prestatario no puede quedar excluida por el solo hecho de que la entidad demandante, dentro de un contrato de adhesión, recoja en su encabezamiento que se trata de un préstamo mercantil si no se acredita que aquel actúa en representación de una sociedad, o de cualquier otra persona jurídica que tuviera una actividad de esa naturaleza⁴⁴.

Por lo demás, una persona física que, a raíz de una novación, haya asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil, puede considerarse consumidor, cuando dicha persona carece de vinculación manifiesta con esa sociedad (ATJUE de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16, [caso Bachman])). El préstamo inicialmente concertado entre el banco y el promotor y la subrogación posterior por parte de un comprador, junto con la novación de determinadas condiciones financieras, son operaciones diferentes. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en la obligación personal derivada del préstamo hipotecario, con el consentimiento del prestamista, es un negocio jurídico de consumo, está sometido al control de transparencia. El préstamo hipotecario, inicialmente concedido a una mercantil en el que se subroga el prestatario consumidor, queda sometido a la normativa de consumidores y usuarios⁴⁵.

También se pueden considerar consumidores los trabajadores de una entidad bancaria que concierten un crédito con garantía hipotecaria con dicha entidad. No puede entenderse que por el hecho de insertarse como prestación propia del contrato de trabajo, la legislación de protección de los consumidores deje de ser aplicable, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que el empleador que entrega el bien o presta el servicio a un trabajador actúe en condición de empresario.
- b) Que el trabajador que recibe el bien o servicio destine el mismo a una actividad ajena a la empresarial o profesional⁴⁶.

El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que los empleados de una empresa que celebran con la misma un contrato de préstamo reservado principalmente al personal de la referida empresa y destinado a financiar la adquisición de un inmueble para fines privados, deben considerarse consumidores. La referida empresa es un profesional, si celebra el contrato de préstamo en el marco de su actividad, aunque

⁴⁴ SAP de Madrid, Sec. 13.ª, 176/2020, de 27 de mayo, rec. núm.740/2019.

⁴⁵ SSTS, Sala 1.ª, de lo Civil, 25/2018, de 17 de enero, rec. núm. 1667/2015 (NCJ063080); 216/2018, de 11 de abril, rec. núm. 2604/2015, y 15/2021, de 19 de enero, rec. núm. 3949/2017 (NCJ065284).

⁴⁶ SAN, Sala de lo Social, Sec. 1.ª, 38/2014, de 25 de febrero, rec. núm. 479/2013.

la concesión de préstamos no constituya su actividad principal (STJUE, Sala 3.^a, de 21 de marzo de 2019 [asunto C-590/17, NSJ059694]).

Finalmente, cuando una persona física emplea el préstamo con dos finalidades distintas (una personal y otra profesional), se debe atender a un criterio cuantitativo, de manera que el adquirente solo será considerado consumidor cuando el uso profesional sea marginal, hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate (STJUE de 20 de enero de 2005 [asunto C-464/01, NCJ040615]). Cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito, ya sea personal ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba⁴⁷.

5. Carga de la prueba de la condición de consumidor

La prueba de la condición de consumidor es más atenuada para las persona físicas que para las personas jurídicas, pues si bien estas pueden ser consideradas consumidoras, constituye una excepción, toda vez que para ello deben actuar en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o comercial y sin ánimo de lucro⁴⁸. El carácter de persona física permite atenuar la prueba sobre su condición de consumidor, sobre todo en ciertos supuestos, como cuando se adquiere un inmueble para vivienda habitual. En estos casos, no es preciso que la persona física justifique o acredite *ab initio* su condición de consumidor, debiendo ser el profesional con el que ha contratado quien la cuestione en su caso⁴⁹.

La prueba de los hechos que permiten atribuir la condición de consumidor corresponde al que pretende cobijarse en esa circunstancia, aunque algunas resoluciones⁵⁰ consideran que este principio puede modalizarse en función del principio de normalidad, con arreglo al cual aquellos acontecimientos que se desarrollan cotidianamente con arreglo a patrones homólogos no deben ser sometidos a exigencias de prueba rigurosa y sí, en cambio, aquellos otros hechos que, por distanciarse del curso ordinario del acontecer de las cosas o del proceder humano, se nos aparecen como anómalos, infrecuentes o atípicos, según las peculiaridades de cada caso concreto.

⁴⁷ STS, Sala 1.^a, de lo Civil, 224/2017, de 5 de abril, rec. núm. 2783/2014 (NCJ062402).

⁴⁸ SAP de Ciudad Real, Sec. 1.^a, 343/2017, de 7 de diciembre, rec. núm. 365/2017.

⁴⁹ SAP de León, Sec. 1.^a, 656/2020, de 16 de octubre, rec. núm. 289/2020.

⁵⁰ SAP de Madrid, Sec. 28.^a, 170/2020 de 29 de mayo, que cita las sentencias de dicha sección 551/2019, de 22 de noviembre; 421/2017, de 26 de septiembre; 474/2017, de 26 de octubre, y 439/2018, de 20 de julio.

No obstante, cuando el profesional alega que el destino del bien, servicio o préstamo ha sido para una actividad empresarial, a nuestro juicio debe ser el que defiende ser consumidor quien ofrezca cumplida justificación. Conforme al artículo 217.2 de la LEC, corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos (en este caso la condición de consumidor), de los que ordinariamente se desprende el efecto jurídico correspondiente a su pretensión. No puede exigirse una prueba de un hecho negativo, pero sí del hecho positivo relativo a que obró con fines de consumo privado.

La carga de la prueba de la condición de consumidor recaerá sobre quien lo alegue como hecho constitutivo de su pretensión, de conformidad con el criterio de facilidad probatoria. Cuando está en cuestión la condición de consumidor, los problemas en materia probatoria no tienen otra solución que la aplicación de las reglas generales recogidas en el artículo 217 de la LEC. Por ello, en supuestos de insuficiencia probatoria sobre la condición de consumidor, la duda sobre tal hecho relevante solo puede perjudicar a la parte gravada con la carga de la prueba, y esta corresponde al que sostiene su condición de consumidor⁵¹. Así, en materia de préstamos bancarios, quien puede saber a qué destinó el dinero obtenido es el prestatario (o sus causahabientes), y ninguna dificultad le debe reportar alegarlo y justificarlo, de manera que la total pasividad al respecto es contraria a las normas sobre la carga de la prueba⁵².

La tesis que defendemos resulta secundada por parte de la jurisprudencia menor⁵³, pero no desconocemos que resulta controvertida por otro sector que considera que la carga de la prueba de que una persona física no es consumidora incumbe al profesional⁵⁴, lo que no

⁵¹ SSAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, 46/2017 de 1 de febrero, y Lérida, Sec. 2.ª, 209/2020, de 28 de abril.

⁵² SAP de León, Sec. 1.ª, 109/2018, de 16 de marzo, rec. núm. 81/2018 (SP/SENT/955748):

Para decidir sobre la condición del demandante hay que partir de que no es preciso que la justifique o acredite «ab initio»; si alega que es consumidor debe de ser la demandada quien la cuestione en su caso (art. 405 LEC). A partir de esta inicial confrontación –si la hubiere– la prueba de la condición de consumidor debe de ser más atenuada para la persona física que para las personas jurídicas que actúan con ánimo de lucro (sociedades de capital, por ejemplo). Por ese motivo, si no existe indicio ni hecho alguno en el que sustentar una vinculación entre los demandantes y una actividad profesional, el tribunal reconocerá la condición de consumidores a aquellos, pero cuando existen hechos indicativos de tal vinculación, corresponde a los demandantes demostrar que son inciertos o que, de ser ciertos, no permiten establecer vínculo alguno entre los actos de los demandantes y una actividad profesional o empresarial.

⁵³ SSAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 26 de julio de 2019, rec. núm. 52/2019, res. núm. 1074/2019 (que se remite a su vez a sus sentencias de 20 de junio de 2018 [rollo 187/2018] y de 13 de marzo de 2019 [rollo 1656/2018]); Lérida, Sec. 2.ª, 209/2020 de 28 de abril; Madrid, Sec. 28.ª, 170/2020, de 29 de mayo; Jaén, Sec. 1.ª, 967/2020, de 19 de noviembre, rec. núm. 550/2019, y Zaragoza, Sec. 5.ª, de 17 de diciembre de 2020, rec. núm. 1064/2020, res. núm. 1019/2020.

⁵⁴ SSAP de Gerona, Sec. 2.ª, de 22 de mayo de 2017, rec. núm. 81/2017, res. núm. 210/2017; Alicante, Sec. 8.ª, de 16 de junio de 2017, rec. núm. 146/2017, res. núm. 302/2017; Córdoba, Sec. 1.ª, de 2 de mayo de

consideramos acertado, pues supone la prueba de un hecho negativo. Asimismo, entre la doctrina científica esta cuestión tampoco resulta pacífica⁵⁵, por lo que sería conveniente un pronunciamiento del legislador a este respecto.

A nuestro juicio, no se puede equivocar la prueba de la condición de consumidor, respecto de la cual operan las reglas generales en materia probatoria, con la prueba acerca de la existencia de negociación individualizada de la cláusula abusiva denunciada, cuestión respecto de la cual existe una inversión de la carga de la prueba, pues el TJUE ha declarado que es el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente quien asumirá plenamente la carga de la prueba (STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C226/12). En similares términos, el artículo 82.2.II del TRLCU establece que «el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba».

6. Inaplicación de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario a personas jurídicas que ostentan la condición de consumidoras y aplicación a personas físicas que no lo son

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), publicada en el BOE el 16 de marzo (en vigor el 16 de junio de 2019), tiene como objeto la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014. Su principal finalidad es la transparencia y la comprensión de los contratos de préstamo y de sus cláusulas contractuales, así como el justo equilibrio entre las partes.

2018, rec. núm. 166/2018, res. núm. 311/2018; Córdoba, Sec. 1.^a, 843/2019, de 31 de octubre, rec. núm. 1559/2018, y Gerona, Sec. 1.^a, 464/2020, de 14 de mayo.

⁵⁵ Cfr. González García (15 de enero 2018). En opinión de este autor, en los supuestos en los que intervengan personas físicas, la falta de prueba sobre la condición de consumidor deberá perjudicar al profesional que haya alegado el destino empresarial de la actividad y no lo haya acreditado, y no al consumidor, en aras de ser respetuoso con el principio de protección de los consumidores, aunque cuando se trate de una persona jurídica, habrá de ser la misma la que deba acreditar la condición de consumidor.

En contra: Muñoz Casanova (2020): «Por tanto, a mi modo de ver, la carga de la prueba, especialmente cuando hay indicios que pueden hacer pensar que estamos ante un no consumidor, no puede residenciarse ni única ni principalmente en la entidad financiera, teniendo en cuenta que, quien se encuentra en una situación inmejorable para acreditar el destino del préstamo, que en definitiva es lo que determinará su condición de consumidor, es el propio prestatario».

Hidalgo Pérez y Escolá Gallo (30 de julio de 2020): «Por nuestra parte, entendemos importante remarcar la regla séptima del artículo 217 LEC, pues resulta más sencillo para el adherente demandante probar el destino de consumo del contrato que, por el contrario, obligar al predisponente demandando a acreditar que no lo es».

El Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, desarrolla parcialmente esta ley y adopta otras medidas en materia financiera.

Sus disposiciones son de carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes (sean o no consumidoras), salvo que la ley expresamente establezca lo contrario, siendo nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de lo dispuesto en la misma.

Según el artículo 2 de la LCCI, la ley únicamente resulta aplicable a los contratos de préstamo o crédito concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea una persona física, cuando el contrato tenga por objeto:

- La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía que recaigan sobre un inmueble de uso residencial (incluidos trasteros, garajes y cualesquiera otros con una función doméstica) aunque el prestatario, fiador o garante no reúna la condición de consumidor, siempre que sea persona física (art. 2.1 a).

También se aplica a la concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, sin que sea necesario que el bien al que se destina el préstamo sea de uso residencial⁵⁶; no obstante, en este caso se exige que el prestatario, el fiador o garante sea, además de persona física, consumidor (art. 2.1 b). A estos efectos, procede reseñar que es distinto adquirir o conservar «derechos de propiedad» que conservar «la cosa» objeto de la propiedad, por lo que esta ley no se aplica cuando el préstamo personal, concedido a una persona física consumidora, tenga por finalidad realizar obras de conservación o mejora de la vivienda. No obstante, cuando se obtenga un préstamo personal para adquirir y rehabilitar una vivienda, en tanto que la finalidad económica de la operación será adquirir la misma en estado que la haga habitable, todo el préstamo, tanto en la parte del mismo destinada a la adquisición como a la rehabilitación, deben recibir una consideración unitaria, sujetándose a la LCCI⁵⁷.

De todos modos, aunque la LCCI resulta aplicable a préstamos y créditos, tanto con garantía real como personal, en los términos antedichos, algunos de sus preceptos, como el artículo 15.2 (relativo a la preceptividad de extender acta notarial previa verificando el cumplimiento de los requisitos legales) o el artículo 25 (referente a que el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales) solo se aplican cuando existe garantía hipotecaria.

⁵⁶ Resolución de la DGSJFP de 6 de febrero de 2020.

⁵⁷ Instrucción de la DGRN/DGSJFP de 20 de diciembre de 2019.

Asimismo, resulta paradójico que alguno de los derechos que recoge solo se apliquen a quienes no son consumidores; así, en el artículo 20⁵⁸ (que regula los contratos inmobiliarios en moneda extranjera) se establece que tan solo cuando los prestatarios no tengan la consideración de consumidores, podrán pactar con su prestamista algún sistema de limitación del riesgo de tipo de cambio al que estén expuestos en virtud del contrato de préstamo, previsión normativa que debería haberse hecho extensiva también a los consumidores, de conformidad con la Directiva 2014/17/UE⁵⁹.

En todo caso, aunque la LCCI no es aplicable al prestatario persona jurídica (ni siquiera cuando pudiera ostentar la consideración de consumidor, de sociedad unipersonal o de cooperativa)⁶⁰, sí que se aplica a la persona física que sea fiadora o garante del préstamo (tenga o no la consideración de consumidor). En este caso, dado que el garante puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones (art. 1.826 CC), puede pactarse un régimen jurídico para el deudor (persona jurídica) y otro más benigno para los garantes (personas físicas). A este respecto, con base en la Instrucción de la DGRN/DGSJFP de 20 de diciembre de 2019, procede realizar las siguientes precisiones:

- Respecto de la prohibición de cláusula suelo (art. 21) y la fijación de los intereses de demora en tres puntos sobre el interés remuneratorio cuando el préstamo esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial (art. 25), es perfectamente posible que se acuerde en el contrato de préstamo un tipo que no se sujete a esas limitaciones para el deudor (persona jurídica) pero sí para el garante (persona física).
- En cuanto al reparto de los gastos del préstamo hipotecario concedido a una persona jurídica y con garantías reales o personales constituidas por personas físicas, aunque al fiador o garante que ostenta la condición de persona física no se le puede imponer el coste del arancel notarial o registral correspondiente a la garantía, no existe óbice para un pacto sobre los gastos del préstamo entre la entidad financiera y el prestatario (persona jurídica y no consumidor), y en tal caso, este, como interesado en la obtención de la financiación, puede llegar a

⁵⁸ El artículo 20 de la LCCI regula los contratos inmobiliarios en moneda extranjera, estableciendo que el prestatario tendrá derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa. En lugar de la conversión, tan solo cuando los prestatarios no tengan la consideración de consumidores, podrán pactar con su prestamista algún sistema de limitación del riesgo de tipo de cambio al que estén expuestos en virtud del contrato de préstamo.

⁵⁹ En este sentido: Agüero Ortiz (s. f.) y Gabeiras Vázquez (2019).

⁶⁰ La aplicación de la LCCI se produce en el momento en que se lleva a cabo la subrogación de los socios en el préstamo cuando se liquida la cooperativa, una vez dividido el mismo (Instrucción de la DGRN/DGSJFP de 20 de diciembre de 2019).

asumir los costes notariales y registrales correspondientes, tanto a la constitución del préstamo como a las garantías personales o reales constituidas a su favor.

- En relación con lo que dispone el artículo 24 respecto del vencimiento anticipado del préstamo por impago de mensualidades, lo más práctico será pactar unas condiciones por impago que se ajusten a los límites del precepto, tanto para la prestataria (persona jurídica) como para la fiadora (persona física), pero también puede ser posible un pacto en condiciones diferentes con la sociedad prestataria, en cuyo supuesto la persona física garante podrá oponer la sujeción de la ejecutabilidad de la garantía a los plazos y límites establecidos en dicha norma.
- Asimismo, en materia de cancelación anticipada, podrán pactarse con el prestatario, persona jurídica, unas condiciones diferentes de las previstas con carácter imperativo en el artículo 23 de la LCCI, dado que esa regulación contractual realmente no afectará al garante, puesto que no es él, sino el prestatario, quien pagará y cancelará el préstamo anticipadamente. No obstante, ante una situación de incumplimiento del prestatario que provoque la reclamación al garante, pagando este las cuotas que vayan venciendo para evitar una ejecución, lo más beneficioso para dicho garante puede ser cancelar anticipadamente el préstamo, en lo que sería un pago de la deuda por un tercero, en cuyo caso, el pago por el garante debe ser posible, sin que a él le sean oponibles las excepciones o cargas que en la cláusula se hayan pactado con el prestatario.



Referencias bibliográficas

Agüero Ortiz, A. (s. f.). Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario. *Sepín*. SP/DOCT/81987.

Gabeiras Vázquez, P. (2019). Comentarios al artículo 20 de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Especial Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*.

González García, S. (15 de enero 2018). La carga de la prueba de la condición de consumidor: una cuestión controvertida en la jurisprudencia menor. *Diario La Ley*, 9118.

Hidalgo Pérez, J. y Escolá Gallo, A. (30 de julio de 2020). Carga de la prueba en plei-

tos sobre condiciones generales de la contratación: cuestiones prácticas. *Diario La Ley*, 9685.

Muñiz Casanova, N. (2020). El elemento subjetivo en el control de validez de la cláusula suelo. En *La cláusula suelo en el préstamo*. Aranzadi. BIB 2019\9737.

Navarro Castro, M. (2018). El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor. En *Estudios. Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*. Aranzadi. BIB 2019\223.



El fraude interno en las empresas y la exigencia de mecanismos de autoprotección, vía cumplimiento normativo

Vicente Magro Servet

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

<https://orcid.org/0000-0003-2531-9731>

Extracto

Análisis acerca de la necesidad de que se implante en las empresas una cultura de autoprotección que evite las elevadas cifras de fraude interno que existen por delitos de apropiación indebida, administración desleal, falsedades, etc. Exigencia de implantar planes de cumplimiento normativo en las empresas para evitar, no solo la responsabilidad penal, sino el temido fraude interno.

Palabras clave: sociedades; fraude; responsabilidad penal; *compliance*.

Fecha de entrada: 22-07-2021 / Fecha de aceptación: 07-10-2021

Cómo citar: Magro Servet, V. (2022). El fraude interno en las empresas y la exigencia de mecanismos de autoprotección, vía cumplimiento normativo. *Revista CEFLegal*, 252, 39-62.



Internal fraud in companies and the requirement of self-protection mechanisms via regulatory compliance

Vicente Magro Served

Abstract

Analysis of the need for a culture of self-protection to be implemented in companies that avoids the high figures of internal fraud that exist due to crimes of misappropriation, unfair administration, falsehoods, etc. Requirement to implement regulatory compliance plans in companies to avoid not only criminal liability, but also the dreaded internal fraud.

Keywords: societies; fraud; criminal liability; compliance.

Citation: Magro Served, V. (2022). El fraude interno en las empresas y la exigencia de mecanismos de autoprotección, vía cumplimiento normativo. *Revista CEFLegal*, 252, 39-62.



Sumario

1. Introducción
2. La autoprotección empresarial por el *compliance ad intra*
 - 2.1. La delincuencia *ad intra* del directivo o empleado
 - 2.2. La delincuencia desde el exterior hacia la empresa y el alegato de que «no había autotutela»
 - 2.3. Tampoco se quiere decir que con la exigencia del deber de cuidado que se extreme para evitar la delincuencia *ad intra* «la desconfianza» se apodere de la empresa
3. Particularidades del fraude interno en las organizaciones

Referencias bibliográficas

1. Introducción

La existencia de fraude interno en las organizaciones, empresas y en la Administración pública es uno de las razones y motivos en virtud de los cuales se nos muestra como una creciente necesidad la implantación de programas de cumplimiento normativo en el seno de las mismas, y que introduzcan la necesidad acuciante de evitar este tipo de situaciones. Como señala PWC, no se puede barrer bajo el tapete y esconder todas las actuaciones que sean irregulares debajo de una alfombra, que es lo que se hace por el autor de la infracción interna para evitar el descubrimiento, aunque este sea sencillo de detectar en la mayoría de los casos, debido a que el rastro que se deja es evidente, y con una esmerada investigación, al final será detectado, y su autor o autores.

Por eso, una de las cuestiones más importantes que existen en el mundo de las organizaciones es el de que no solamente hay que evitar que desde dentro se cometan delitos hacia fuera para evitar la responsabilidad penal empresarial, sino, sobre todo, que se evite lo que es el fraude interno, que está provocando un gran daño dentro de las organizaciones. Y ello, en virtud del principio de la confianza de los responsables en que sus integrantes no van a realizar ninguna actuación ilícita. Pero también en la facilidad con que en muchas ocasiones se encuentran los infractores de poder llevar a cabo conductas ilegales dentro de su organización, confiando en que no se les va a detectar las mismas. Ello conlleva la necesidad de llevar a cabo prácticas relevantes que estén dentro de la cultura del cumplimiento normativo, y que parten, sobre todo, de la necesidad de efectuar una correcta evaluación del riesgo del fraude que existe desde el punto de vista interno en cada organización, no solamente de la empresa, y de la Administración pública, precisamente para evitar la proliferación de actos que se están detectando en la actualidad.

Se habla, en consecuencia, de lo que es el riesgo conductual, que es una especie de riesgo escondido que está detrás de muchos fraudes internos, y que, precisamente, se basa en la no detección, o no valoración, del riesgo existente en el seno de la organización, que es lo que permite a los infractores llevar a cabo sus conductas ilícitas.

Hay dos factores relevantes que son los que pueden propiciar que estas conductas se lleven a cabo, como son la confianza extrema y sin ningún control en las personas que trabajan dentro de la organización y la ausencia de un programa adecuado de cumplimiento normativo que puede permitir propiciar a corto, medio o largo plazo la existencia del denominado fraude interno.

Precisamente, el infractor se aprovecha de esa existencia del exceso de confianza y de la ausencia del cumplimiento normativo en la organización para llevar a cabo estas conductas ilícitas, con lo que es preciso realizar de forma frecuente periciales de auditoría que lleven a cabo, también, exámenes internos acerca de si se está realizando algún tipo de conducta ilícita.

Resulta curioso que en un informe de World Compliance se pone de manifiesto que las empresas que cuentan con un mayor programa de cumplimiento normativo implementado detectan un mayor número de fraudes. Pero ello es, precisamente, porque lo han llevado a cabo alguno de sus miembros, con lo cual, si no hubieran realizado ese control previo interno, el fraude hubiera ido creciendo, y de esta manera lo controlan, lo paran, lo detienen y evitan su progresividad en el fraude para el futuro.

En consecuencia, todo ello no quiere decir que si se ponen en marcha programas de cumplimiento normativo, existirá más fraude, sino que habrá más fraude detectado, y se evitará que prolifere en el futuro. Recordemos que las cifras estadísticas demuestran que las empresas con este tipo de programas detectan un 112 % más de fraudes que los que no la tienen. Y su eficacia permite mitigar hasta el 80 % de los casos que se están produciendo, mandando un mensaje a los infractores de que no podrán realizar este tipo de conductas ilícitas ya en el futuro, al existir ese control interno que lo va a evitar.

En la encuesta mundial sobre fraude de delito económico 2018 elaborada por PWC se recoge que el 54 % de las empresas españolas aseguran haber sufrido algún tipo de fraude interno económico en los últimos dos años por encima de la media mundial, y, entre otros, son los casos de apropiación indebida, corrupción y soborno, manipulación contable y ciberfraude, los principales delitos que sufren nuestras compañías. Además, en un importante informe de la Universidad del País Vasco de Laura Calleja Madinabeitia (2014) se analizaron los factores explicativos del fraude empresarial y las medidas adoptadas en el caso español, llegándose a la conclusión de que las razones por las que se llevan a cabo estos actos son: la imprudencia, porque puedo hacerlo, porque existe una posición de superioridad en el que lo hace, por avaricia y, por último, por lucro personal. Factores que pretenden fijar razones conductuales acerca de por qué se llevan a cabo estas conductas, a fin, sobre todo, de poner medidas para evitarlo.

Por todo ello, el autocontrol, las medidas de vigilancia interna y el conocimiento de los que actúan de que el control existe serán medidas que pueden combatir eficazmente este fraude interno, que reduzca al máximo el daño interno que todo ello hace en las organizaciones.

Todo este enfoque es preciso hacerlo, porque en muchas ocasiones se está poniendo el acento más en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para evitar y combatir el fraude externo, pero no nos damos cuenta de que el fraude interno provoca más daño que el fraude externo, y aunque no deriva evidentemente responsabilidad penal a la organización, sí que es cierto que provoca un daño económico y de prestigio, también, en la organización, si se conoce desde fuera la existencia de ese fraude interno, que lo que demuestra es una falta de control interno en la organización, que puede llevar también a

una pérdida de imagen y de confianza en el exterior, al comprobar que existe una absoluto descontrol interno que está provocando y permite que miembros de la propia organización estén llevando a cabo ese fraude interno.

Además, el daño económico que este mismo causa es tremendo, habida cuenta de que, en muchas ocasiones, se prolonga ese fraude interno en el tiempo, elevando de forma notable la cuantificación económica del daño causado en el seno de la organización hasta que el mismo es detectado. Sobre todo si la pericia de los defraudadores es extrema, basado, todavía aún más, en la falta absoluta de autocontrol exigente en el seno de la organización.

Los expertos destacan, para diferenciarlos, que los dos tipos de fraudes son:

1. Fraudes internos: Son aquellos organizados por una o varias personas dentro de una institución, con el fin de obtener un beneficio propio.
2. Fraudes externos: Son aquellos que se efectúan por una o varias personas para obtener un beneficio, utilizando fuentes externas, como bancos, clientes, proveedores, etc. (según destaca Carlos Ortiz Cotillo).

Veamos en qué medida es preciso realizar la autoprotección *ad intra* en el seno de las organizaciones, y particularmente en el de las empresas, a fin de evitar este fraude interno que canaliza un terrible daño económico a las empresas y la desazón de comprobar que uno de sus propios miembros es el que, con abuso de confianza, ha llevado a cabo actos ilícitos con claro perjuicio a la propia organización que le paga.

2. La autoprotección empresarial por el *compliance ad intra*

2.1. La delincuencia *ad intra* del directivo o empleado

Pues bien, ante la proliferación de los delitos de fraude interno que se han venido cometiendo en el seno de las empresas y que elevan a una cifra de porcentaje del 54 % la delincuencia en las empresas, frente al 46 % de delincuencia hacia fuera por los propios empleados y directivos, el Tribunal Supremo ya ha comenzado a hacer especial hincapié para que se implanten programas de cumplimiento normativo en las empresas, pero dirigidos a implantar en sus mapas de riesgos tanto la delincuencia *ad intra* como la delincuencia *ad extra*.

Pues bien, la primera sentencia en la que el Tribunal Supremo puso de manifiesto esta cuestión fue en la Sentencia 316/2018 de 28 junio de 2018, rec. núm. 2036/201 (NCJ063353), donde ya fijó la diferencia entre los planes de *compliance ad intra* y *ad extra* para diferenciar cuándo deben estar dirigidos a prevenir y luchar contra el fraude interno, y cuándo contra el fraude externo.

En esta sentencia se trató de un caso de condena por delito continuado de apropiación indebida y administración desleal por un socio administrador de una empresa, con distracción de dinero de la sociedad y administración desleal. El socio condenado se apoderó de dinero efectivo de la caja, realizando transferencias a su cuenta personal sin justificar su destino, además de otras irregularidades en la gestión, con un perjuicio de 2 millones de euros a la empresa, de ahí que ante la sencillez de estos actos de apropiación y gestión desleal, y cuya facilidad de cometerlos percibió el autor, derivó en la exigencia de que el Tribunal Supremo señale la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten los programas de cumplimiento normativo.

Se recoge, así, que:

La interpretación acertada que sigue el Tribunal es la que se convalida por esta Sala, ya que de ser así cualquier administrador que tiene autorización, obviamente, de gestión por su sociedad para la que trabaja o a quien representa podría, bajo ese manto de «autorización», realizar los actos dispositivos que quisiera en su propio beneficio y en perjuicio de la sociedad, sin que ello supusiera un delito de apropiación indebida por entender que está «autorizado». Pero es que la autorización que tienen los administradores societarios es y está dirigida para gestionar de forma diligente las sociedades para las que trabajan o a quien representan.

Por ello, ha sido pieza esencial en la reestructuración del buen gobierno corporativo de las sociedades que se implanten e implementen protocolos de buena gestión de los administradores de las sociedades mercantiles, a fin de que sus gestores actúen con arreglo a unos parámetros que ya se fijaron en el año 1997 en el conocido «Código Olivencia». Y así, el consejo de ministros acordó, en su reunión de 28 de febrero de 1997, la creación de una Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. Nació así la Comisión Olivencia con un doble encargo: redactar un informe sobre la problemática de los consejos de administración de las sociedades que cotizan en bolsa (Informe sobre el Consejo de Administración); y, en segundo lugar, elaborar un Código de Buen Gobierno de asunción voluntaria por parte de dichas empresas. La finalidad de ambos documentos era la de dar respuesta a una creciente demanda de mayores cotas de eficacia, agilidad, responsabilidad y transparencia en la gestión, en aras de una más elevada credibilidad y una mejor defensa de los intereses de los accionistas; en suma, hacer que los consejos sean auténticos dinamizadores de la vida de la empresa.

Estos códigos a seguir por los administradores societarios marcan unas pautas de actuación donde prima la transparencia en la gestión, lo que en este caso se ha omitido, dado que de la prueba practicada se ha evidenciado que el socio italiano desconocía la actuación del recurrente y el conocimiento tardío de lo que estaba ocurriendo es lo que determina los plazos de maniobra de los que dispuso el recurrente para llevar a cabo los actos de apropiación.

Junto con este Código Olivenza fue capital para el buen gobierno de la administración en las empresas la introducción de los programas de *compliance* en las mismas que evitarían casos como el que aquí ha ocurrido, ya que el control interno en las empresas mediante la técnica anglosajona del *compliance programe* como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados.

De haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad, ya que en la mayoría de los supuestos el conocimiento de actividades, como las aquí declaradas probadas de apropiación de fondos y de abuso de gestión, no se hubieran dado, y no habría que esperar a que en este caso hubiera tenido que intervenir la agencia tributaria para, detectando el fraude fiscal que existía con el carbón importado, acabaran por descubrirse las apropiaciones realizadas por el recurrente, como resulta de la prueba practicada frente a la oposición valorativa del recurrente; de ahí, la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales *ad extra*, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/acreedores que son sujetos pasivos por delitos tales como estafas, alzamientos de bienes, etc., sino, también, y en lo que afecta al supuesto ahora analizado, para evitar la comisión de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, es decir, *ad intra*. Estos últimos, aunque no derivan la responsabilidad penal a la empresa por no estar reconocido como tales en sus preceptos esta derivación y ser *ad intra*, sí que permiten obstaculizar la comisión de delitos como los aquí cometidos por los administradores que no dan rendición pautada de cuentas a sus socios o administradores solidarios y que cometen irregularidades que, en algunos casos, como los aquí ocurridos, son constitutivos de ilícitos penales. Y ello, sin que sea asumible y admisible que una redacción de un documento público como las escrituras públicas citadas por el recurrente puedan hacer desaparecer la existencia de los ilícitos penales cometidos.

Por ello, una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, o abusos de funciones que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato. Incluso, estas actuaciones de ilícitos penales como los aquí cometidos pueden dar lugar a la existencia de responsabilidad civil, que en el caso de que se tratara de hechos *ad extra* o cometidos frente a terceros, y no frente al patrimonio de la sociedad, haría nacer una responsabilidad civil con cargo a la empresa por la vía del artículo 120.4.º CP, que podría estar cubierta por

las pólizas de seguro de responsabilidad civil que suelen contratarse para cubrir estas eventualidades; pólizas que, al mismo tiempo, podrían exigir la constitución de los programas de cumplimiento normativo para aminorar o reducir el riesgo de la aparición de ese deber de indemnizar la aseguradora como consecuencia del aseguramiento de la responsabilidad civil.

Al menos, es evidente que el programa de cumplimiento lo que traslada al administrador societario que tiene en mente realizar este tipo de conductas es saber la existencia de un control que en el caso aquí analizado, y que es lo que propició los actos de apropiación y de administración desleal declarados probados, pese a que el recurrente pretenda justificar tales extracciones en alegaciones de todo punto rechazables por inconsistentes.

Además, la actuación del recurrente basada en los hechos probados se ha alejado no solo de los parámetros exigidos por los códigos de buen gobierno *ad intra*, sino, también, de la normativa que ya fijó el artículo 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital que lleva por rúbrica Deber general de diligencia y que señala que:

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.
2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.
3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

También se introdujo con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo la nueva redacción del artículo 227, que lleva por rúbrica el Deber de lealtad y que añade, en cuanto a las obligaciones de los administradores societarios, que:

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.
2. La infracción del deber de lealtad determinará, no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Y en cuanto a la comisión de delitos de apropiación indebida y administración desleal también la Ley 31/2014 redactó el artículo 228 fijando las conocidas como Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad mediante una exposición se-

cuenciada de cómo se traducía ese conocido como «deber de lealtad» que deben tener los administradores con respecto a su empresa, deber de lealtad que, a tenor de los hechos probados, en este caso no ha existido por las acciones de apropiación y por el abuso de funciones aquí probado, pese al distinto parecer del recurrente con los hechos probados.

Así las cosas, entre estos deberes están, en lo que en este caso nos atañe:

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

- a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas.
- d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.
- e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Clave es también en este caso el artículo 229 de la citada norma, también redactado por la Ley 31/2014 que lleva por rúbrica y que es directamente aplicable en estos casos, ya que se recoge que:

1. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de:

- a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.
- b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.
- c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.
- d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.
- e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.
- f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

2. Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador

3. En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad. Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259.

Por ello, la declaración de hechos probados y la valoración probatoria evidencian el grave incumplimiento del recurrente de lo dispuesto en el artículo 229 antes citado, ya que se apropió de patrimonio social, realizó actos entrando en conflicto con la propia sociedad administrada para su beneficio con otra sociedad y con perjuicio a la sociedad y ocultó dar cuenta al otro socio en tanto se produjo la intervención de la agencia tributaria que aunque el recurrente niegue relación directa con los hechos existe la misma como antes se ha especificado.

Se ha vulnerado así:

1. El deber de diligencia en el ejercicio del cargo (art. 225).
2. El deber de lealtad ante la sociedad (art. 227).

Los actos desleales del recurrente se evidencian en la declaración del socio italiano Lorenzo, ya que el recurrente tenía asignado un sueldo, al igual que su pareja y a diferencia del socio, que nada percibía por su condición de administrador solidario, siendo así que el acusado carecía de consentimiento y autorización para llevar a afecto las disposiciones y extracciones dinerarias que se detectaron en las cuentas de la sociedad sobre las que ninguna justificación había, como tampoco en relación con los gastos adicionales ni la domiciliación de los gastos personales. Además, frente al alegato de la «autorización» resulta evidente que no existe esta con respecto a actos de apropiación, sino que el cargo gerencial del recurrente excluye taxativamente, porque viola y vulnera los preceptos societarios antes expuestos introducidos expresamente por la Ley 31/2014 en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, para establecer un marco obligatorio a los administradores que deben cumplir, lo que en este caso, claramente, no se ha dado.

En consecuencia, se trata de fijar el criterio, respecto a la exigencia del mundo empresarial, de que el descontrol interno puede provocar y dar consigo este tipo de situaciones en las que los directivos y empleados con cierta tendencia delictiva, o que sean capaces de aprovecharse de la inexistencia de autotutela empresarial, van a realizar el acto ilícito que dentro de su propia empresa les pueda reportar un beneficio económico, con daño subsi-

guiente a su empresa. El mensaje estaba claro en torno a que la dejadez en el autocontrol de la organización propicia este tipo de situaciones.

En segundo lugar, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 365/2018 de 18 julio de 2018, rec. núm. 2184/2017 (NCJ063446), en un caso de apropiación de dinero en una compañía de seguros por uno de sus encargados, donde se destaca que:

Tras esta exposición que llevó a cabo el Tribunal se llega a la conclusión por este de que «de tales pruebas se deduce, el prolongado y sistemático expolio del acusado sobre el patrimonio económico de la empresa y resulta, sin lugar a dudas, que el acusado, que se ha limitado a negar los hechos en su legítimo derecho de defensa, se fue apropiando durante años de cantidades ajenas en su exclusivo beneficio y sin que haya dado cuenta efectiva de su destino una vez que fueron detectadas tales omisiones, todas las que han sido acreditadas con los documentos aportados a la causa, corroboradas por las declaraciones de testigos y peritos, ya en el acto del juicio oral ya en las declaraciones testificales a presencia judicial efectuadas durante la instrucción de la causa. De esta forma, el descuadre contable apreciado solo puede ser imputable al acusado que, como decimos, en lugar de ingresarlos en la empresa, se los apropió en su propio beneficio y correlativo perjuicio de la entidad querellante».

Este proceso de convicción se contempla en el resultado de hechos probados, cuya intangibilidad debe ser respetada, no apreciándose vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia, sino una distinta valoración de la prueba del recurrente limitándose a cuestionar el proceso valorativo del Tribunal y apelando a meras «retenciones de liquidaciones» con voluntad de devolver, e, incluso, pretendiendo plantear aparentes causas de justificación apelando al destino de las cantidades a «cuestiones particulares», cuando de la técnica utilizada que se desprende de las declaraciones testificales se evidencia que se trataba o intentaba de ocultar a la empresa su irregular proceder.

Se añade por el Tribunal Supremo que:

Se plantea por el recurrente una pretensión de desplazamiento de la responsabilidad del delito sobre su víctima por falta de autotutela, en el sentido de que debió adoptar medidas de autoprotección para evitar lo ocurrido, lo cual es claramente rechazable en delitos de abuso de confianza como son los de apropiación indebida, objeto de condena y otros patrimoniales como la estafa, en donde es la actuación dolosa del sujeto la constitutiva de delito por el hecho de la apropiación.

El mensaje a la empresa de la jurisprudencia a la empresa está claro. Nada de confianzas, que se abusa de ella, y nada de ausencia de autocontrol por el incremento del riesgo que ello supone.

2.2. La delincuencia desde el exterior hacia la empresa y el alegato de que «no había autotutela»

En otras ocasiones resulta curioso que en los delitos de estafa en los que la empresa es la perjudicada se ha alegado la referencia por parte de la defensa del acusado por el delito de estafa de la inexistencia de un mecanismo de autotutela por la empresa, alegando que ha sido el determinante de la facilidad en la comisión del delito de estafa, con la intención de eludir la responsabilidad ante la facilidad del hecho que se ha cometido.

Pero, sin embargo, el Tribunal Supremo ya ha puesto de manifiesto que la referencia al principio de autotutela no puede servir en modo alguno para exonerar al autor de un delito de estafa, es decir, contra el patrimonio, de la actuación ilícita penal, que no se desvirtúa por la inexistencia de ese programa de cumplimiento normativo de autoprotección dentro de la empresa, aun cuando el delito lo haya cometido un externo y la víctima/perjudicado sea la empresa.

La inexistencia de autotutela puede ser un fallo terrible en el seno de la organización, porque, precisamente, es lo que facilita tanto el fraude interno como el externo, pero no supone en modo alguno una exoneración de responsabilidad, ni para el directivo o empleado que cometen fraude interno, ni para el tercero ajeno a la organización que comete el delito contra el patrimonio de la empresa.

Resulta realmente descartable que se pueda hacer una alegación de ese incumplimiento de la normativa del programa de cumplimiento normativo por la sociedad para alegar la exoneración, ya que la ilicitud del autor, así como la culpabilidad y la antijuridicidad del acto, no queda alterada por la inexistencia de mecanismos de protección interno. Pero sí debemos destacar que ello supone una específica y especial medida de atención de alerta a la sociedad que evidencia la facilidad con la que se ha cometido la ilicitud, precisamente por la inexistencia de ese programa de cumplimiento normativo que ha facilitado la comisión del delito externo, pero que ello mismo debe servir para alertar que con la misma facilidad que se ha cometido el delito por un externo a la empresa se puede llevar a cabo también por directivos o empleados de la misma que perciben de forma clara y evidente la facilidad de llevar a cabo sus actos. Debemos entender, pues, que la implantación del programa de cumplimiento normativo no se trata de una opción que manejar, o barajar, por parte de la organización, sino que se trata de una obligación legal y de autotutela que debe tener la propia empresa para evitar el grave daño que ello le supone en su propia organización.

2.3. Tampoco se quiere decir que con la exigencia del deber de cuidado que se extreme para evitar la delincuencia *ad intra* «la desconfianza» se apodere de la empresa

La sospecha permanente tampoco es un buen caldo de cultivo, ni aconsejable en la organización. Se deben adoptar las pautas de control suficientes, que, además, se van fi-

jando, ya que la International Organization for Standardization (ISO), en su continua misión de mejora y adaptación a las necesidades devenidas de los estándares normativos, ya ha publicado en el mes de abril de 2021 la nueva ISO 37301 ,que viene a sustituir a la norma ISO 19600. Y, como ya sabemos, la nueva norma ISO 37301:2021 se dirige a proporcionar a las empresas las directrices necesarias para el establecimiento, implantación, evaluación, seguimiento y mantenimiento de un sistema de gestión de cumplimiento o de compliance que garantice la efectividad del mismo con base en los requisitos exigidos por la misma, como son, a modo de ejemplo, los principios de buen gobierno y transparencia.

Pero no es bueno exigir más ni menos, sino «lo suficiente» como para requerir el debido control interno y externo para detectar la ilicitud, tanto cuando se produce de dentro hacia fuera, como de dentro hacia dentro y de fuera hacia dentro, que son las tres opciones en las que se puede plantear el déficit de cumplimiento normativo en el seno de la organización.

Así las cosas, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, núm. 109/2020 de 11 de marzo de 2020, rec. núm. 2381/2018, se recoge un caso en el que se alega que la inexistencia de autotutela por la empresa perjudicada por una estafa daba lugar a la inexistencia de delito.

Pero el Tribunal Supremo rechaza el alegato apuntando que:

De la misma manera que en esta sentencia antes citada de la Sala se apuntaba que la alegada «autopuesta en peligro» de no existir fuertes mecanismos de control que puedan detectar y poder controlar y evitar estos fraudes que se cometen con frecuencia no exonera de responsabilidad, hay que insistir en que el defecto en el cumplimiento normativo de detección de situaciones fraudulentas en las que las empresas pueden ser víctimas de estafas, como en este caso ocurrió, no supone una especie de «pasaporte» que permita a quienes diseñen y orquesten un mecanismo orientado al fraude que sean exonerados de responsabilidad, porque cosa distinta es la necesidad de mentalizar al sector empresarial que active los protocolos de detección de las estafas basadas en la confianza previa en relaciones contractuales anteriores sin el componente del fraude, y otra que estas conductas probadas engañosas queden impunes.

No puede configurarse la ausencia de mecanismos de protección, o el exceso de confianza en las relaciones contractuales, como un «cheque en blanco» para la ejecución de delitos patrimoniales. Y menos aun cuando la confianza está generada, como aquí ocurrió, en las relaciones previas en las que no se habían dado los hechos de estafa en las relaciones comerciales, lo que denota un «aprovechamiento» de esa confianza en la relación inter partes que, en cualquier caso, viene a ser terreno abonado para facilitar la estafa, y sin que el «relajamiento» de las condiciones de control en las operaciones lleve consigo la anulación de los elementos del tipo penal de la estafa. Decir lo contrario determinaría la impunidad de quienes mantienen contratos cumplidos para generar confianza y que en un determinado momento

inician el *modus operandi* basado en el engaño bastante, aunque guiados por ese fortalecimiento en esa relación por la confianza guiada por el «previo cumplimiento».

Pero la inexistencia de lo que podríamos denominar «coraza protectora ante las estafas» que puede generar el *compliance ad extra* en estos casos puede conllevar la exoneración de responsabilidad. Lo denominamos *compliance ad extra*, por cuanto supone la implementación de medidas de autoprotección empresarial ante la delincuencia que se origina desde fuera de la empresa hacia la perjudicada, o, también, desde la propia empresa hacia fuera, lo que, a su vez, es lo que genera responsabilidad penal de la persona jurídica si no existe un adecuado programa de cumplimiento normativo debidamente implementado ex artículo 31 bis CP.

Con ello, el marco del *compliance ad extra* lo configura el Tribunal Supremo tanto en la delincuencia desde dentro hacia fuera como desde fuera hacia dentro, con la diferencia de que en la primera la empresa es culpable y en la segunda víctima.

Y en cuanto al grado de «cuidado» con el que deben operar las empresas por medio de sus directivos y empleados cuando negocien con externos se añade, también, por el Tribunal Supremo que:

En el tráfico mercantil ha de operarse con unos mínimos márgenes de confianza. La atrofia del derecho penal y en particular de los delitos de defraudación no pueden perturbar esa atmósfera, obligando a los particulares a asumir tareas preventivas que, rectamente entendidas, son función de la norma penal. La doctrina a tenor de la cual no hay estafa cuando el error ha sido provocado más que por el engaño por la indiligencia del sujeto pasivo (sentencia 1285/1998, de 29 de octubre) resulta inaplicable al supuesto ahora contemplado, que guarda disimilitudes esenciales con los analizados en el ramillete de precedentes de esta Sala, que el recurso trae a colación transcribiendo largos fragmentos.

1. Una cosa es la maniobra engañosa burda y absolutamente incapaz de provocar un error en el sujeto pasivo de forma que el desplazamiento patrimonial se provoque por la manifiesta desidia de este (es el caso del cobro de cheques en los que figura una firma fingida sin similitud alguna con la auténtica) y otra extraer del tipo de estafa perjuicios ocasionados mediante engaños dirigidos a quienes actuando de buena fe se mueven en las relaciones sociales y mercantiles con los márgenes de confianza en los demás indispensables para la convivencia y el tráfico económico y comercial.

2. La autotutela no puede llevar a imponer al ciudadano e implementar en la sociedad actitudes de extremada y sistemática suspicacia o sospecha en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo sería escenario apropiado para un negocio o una transacción. Habría que partir, según eso, de la presunción de que cualquier comerciante o negociante es por principio un eventual defraudador frente al que hay que mantener despiertas las alertas que solo se podrán relajar una vez comprobada y acreditada su buena fe.

3. Existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica.

4. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

5. Cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal –en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones– respecto del perjuicio patrimonial.

6. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección, y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien.

7. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión, esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima.

Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo es suficiente para vencer el engaño, este es insuficiente y no bastante para producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

También, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la existencia del delito de estafa, cuando este existe y se prueban sus elementos, sin que la ausencia de cumplimiento normativo *ad intra* o *ad extra* exonere de culpa a los autores de la estafa, apuntando que:

La alegación en el delito de estafa por el recurrente de la necesidad de la autotutela de la víctima.

No puede apelarse al concepto de autotutela, como verifican ambos recurrentes, y exigir una mayor autoprotección a los sujetos pasivos de la estafa en esta actitud permanente.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en Sentencia 1015/2013 de 23 Dic. 2013, Rec. 593/2013 (NCJ058302) que:

«Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en contra de la pretensión de desplazamiento de la responsabilidad de la estafa sobre su víctima por falta de autotutela, destacando que lo único que exige el tipo es la idoneidad del engaño.

Es conveniente, por ello, reiterar nuestra doctrina sobre la materia.

Pero, previamente, conviene matizar la cita fragmentada que se realiza por la parte recurrente de una antigua sentencia de esta Sala, que lamentablemente es utilizada con cierta frecuencia citándola de forma tan incompleta que no respeta su sentido. La vetusta sentencia de 21 de septiembre de 1988, ya claramente superada en nuestra doctrina, se expresa de forma matizada, al reconocer que la extensión de las consecuencias del "punto de vista" de que el derecho penal no debería convertirse en un instrumento de protección penal de aquellos que no se protegen a sí mismos, es hoy una cuestión debatida.

Pero este "punto de vista", propio de la denominada victimodogmática, ya no es determinante en la doctrina de esta Sala, pues subvierte el principio de subsidiariedad, al propugnar la renuncia a la intervención penal en favor de la autotutela, desconociendo que constituye un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la reacción punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones tipificadas como delictivas.

Por otra parte la imputación objetiva permite resolver en el delito de estafa los supuestos problemáticos de inadecuación del engaño sin necesidad de recurrir a los postulados victimodogmáticos, que desplazan la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola injustamente por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Las SSTs 243/2012, de 30 de marzo (NCJ056988) y 344/2013, de 30 de abril de 2013, entre otras, resumen nuestra doctrina sobre la suficiencia del engaño como requisito esencial de la estafa y en contra de la falta de autotutela de la víctima como supuesto motivo de exclusión de la atipicidad de la conducta.

Comienzan estas resoluciones recordando que como señalan las sentencias de 22 de abril de 2004, 29 de septiembre de 2000, núm. 1469/2000, 26 de junio de 2000, núm. 1128/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007, y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras, el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

Analizan seguidamente que la doctrina de esta Sala (Sentencias de 17 de noviembre de 1999, 26 de junio de 2000, núm. 634/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras) considera como engaño "bastante" a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquel que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo

eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Y consideran las referidas resoluciones que en las alegaciones que pretenden excluir la concurrencia de idoneidad en el engaño excusándose en la supuesta falta de autotutela de la parte perjudicada, subyace la pretensión de traspasar la responsabilidad de la acción delictiva a las propias víctimas, con el pretexto de que una acentuada diligencia por su parte podría haberles permitido superar el engaño que voluntariamente provocaron los acusados.

Reconocen las referidas SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo y 344/2013, de 30 de abril, entre otras, que es cierto que esta Sala ha declarado que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de esta Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio recuerda, en síntesis, que "esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño, porque una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño". Ahora bien, como señalan las SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo, y 344/2013, de 30 de abril, cuya doctrina estamos reiterando, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea, que "una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado".

Como recuerdan las citadas sentencias núm. 162/2012, de 15 de marzo y núm. 243/2012, de 30 de marzo, "el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad".

No resulta procedente, por ello, renunciar a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, como se recuerda en las citadas sentencias 162/2012, de 15 de marzo y 243/2012, de 30 de marzo, "un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas", reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011 de 15 de julio, que señala, con buen criterio, que "la exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa".

Ha de tomarse en consideración que no hay elemento alguno del tipo de la estafa, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

Haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2008, STS núm. 162/2012, de 15 de marzo y STS núm. 243/2012, de 30 de marzo, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe comercial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La Ley

no hace excepciones a este respecto, obligando a los perjudicados a estar más precavidos en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección.

No puede, por ello, introducir el mecanismo de la "autotutela" como forma de trasladar la culpa a los sujetos pasivos del delito de estafa, asumiéndola ellos como víctima "por haber sido engañados", y pretendiendo, con ello, exonerar de culpa a quien ha realizado un acto concertado con otra persona, como aquí ocurrió para diseñar una maniobra mendaz para estafar a la aseguradora, siendo esta una modalidad muy repetitiva por la que se pretende engañar al sector asegurador, sin que por ello pueda pretenderse que no resulta un ilícito penal por no adoptar mecanismos de autoprotección las aseguradoras "para no dejarse engañar". Así pues, una cosa es que el sector asegurador esté adoptando, cada vez más, estos mecanismos de vigilancia, y otra bien distinta es que sea el autor de un delito de estafa quien marque los parámetros y medidas que debe adoptar el sector asegurador para protegerse y que si no se hace en una elevada graduación quedará exonerado el autor del ilícito penal, lo que, obviamente, no puede admitirse.

En definitiva, el delito de estafa no incluye como requisito típico otras exigencias de autoprotección que las que están implícitas en la expresión "engaño bastante"».

Con ello, ni se admite cuestionar que en este caso el engaño no fue «bastante», porque queda evidenciado en los hechos probados y el pago se lleva a cabo en plena consumación del delito, porque la aseguradora estaba en proceso de investigación y aunque sospechara sobre la veracidad, paga la cantidad antes citada, ante la operación orquestada que ahora no puede decirse que no fuera tendencial desde un principio, para llegar al fin de cobrar por medio de esta operación simulada y mendaz, como puntualiza el Tribunal. Además, tampoco la autotutela que se reclama por la recurrente puede estimarse para exonerarse de responsabilidad, como hemos puntualizado.

Como vemos, pues, el estafado y perjudicado no es el culpable de que le estafen, sino la víctima, por lo que no se puede hacer ver que era tan fácil evitar el engaño que se hacía desde fuera que cualquier persona lo hubiera detectado, cuando no es este el mensaje, sino que si hay engaño, hay ánimo de lucro, existe desplazamiento patrimonial, hay estafa.

3. Particularidades del fraude interno en las organizaciones

Hay que tener en cuenta que la existencia del fraude interno en el seno de las organizaciones tiene un cariz relevante y preocupante en tanto en cuanto la doctrina más especializada determina y establece que la práctica ha demostrado que puede ser realizado por cualquier persona, con independencia de cuál sea su perfil personal y situación en la misma empresa. Incluso, se hace referencia a que a mayor antigüedad, edad y cargo, el importe de la defraudación puede ser mayor, en la confianza en que la mayor relevancia del cargo

permite una mayor operatividad de la disposición de fondos económicos, o capacidad de maniobra en el seno de la organización.

Además, se establece que con mayor frecuencia de distracción de fondos, también al final el importe será mayor, porque generalmente la existencia del fraude interno en la empresa en las organizaciones se hace de una forma prolongada en el tiempo, quizás con cantidades pequeñas, al objeto de pasar desapercibido, y que esa petrificación del fraude interno es lo que provoca que, finalmente, pueda llevarse a cabo una distracción de dinero con cifras importantes, como es la indicada en la sentencia 316/2018, de 28 de junio, que alcanzó la cifra de 2 millones de euros.

Se ha demostrado, así, que la apropiación indebida es el principal tipo de delito de que son víctimas las empresas españolas, y, además, seguido, como se ha dicho, de la corrupción, y del soborno, pero la distracción de dinero que está incluida en ese tipo penal de la apropiación indebida del artículo 253 del CP, y no del artículo 252, de la administración desleal, que se refiere solo a una gestión desleal por parte de las personas que tienen capacidad de administración en el seno de la empresa, provoca un daño terrible en el seno de las organizaciones; precisamente, por esa operatividad pausada y prolongada en el tiempo que permite una distracción importante de dinero.

Los expertos aseguran que en las empresas españolas, el 50 % de los fraudes que se producen son cometidos por alguna persona dentro de la organización, mientras que un 33 % vienen de fuera de la compañía. Y que ese fraude interno es llevado a cabo por miembros de los equipos directivos y por cargos intermedios, mientras que en los delitos externos son proveedores, consumidores, clientes, *hackers*, intermediarios y también competidores.

Se recoge, también, en el antes citado informe de la Universidad del País Vasco la existencia del exceso de confianza como pieza clave de este engranaje, y que a algunos trabajadores se les concede excesiva responsabilidad y confianza sin ningún tipo de control y rendición de cuentas. Por ello, la doctrina especializada cita como factores importantes, en ese exceso de confianza que se atribuye y falta de control, los siguientes aspectos:

1. El acceso privilegiado, con lo cual ciertos empleados, debido a su posición dentro de la empresa, gozan de facilidad para acceder a lugares exclusivos, como archivos confidenciales o bases de datos.
2. También en este informe se hace referencia al conocimiento del entorno laboral, ya que los individuos, tanto en cuanto los riesgos que las actividades irregulares pueden ocasionarles, conocen el funcionamiento de la entidad.
3. OTambién las debilidades internas y ausencia de controles de seguridad, ausencia de personal de seguridad y cámaras en zonas claves, archivos y puerta sin llave.
4. Los fallos y desconocimiento de lo que sucede debido a la falta también de formación.

No podemos descartar, por ello, como se recoge en este informe, que cuanto más importante es el puesto del defraudador y de mayor confianza goza, más son las oportunidades de las que dispone para cometer irregularidades, ya que, precisamente, el seno de la organización no asumirá que la persona que tiene el mayor rango, o uno de los mayores puestos de responsabilidad, va a cometer la irregularidad, con lo cual la confianza máxima en el mismo es conocida por él, y se aprovecha de ello, y ello predispone a personas con cierta tendencia delictiva de aprovecharse de esa posición privilegiada en el seno de la organización para cometer las citadas irregularidades.

Como se recoge en este informe, también, cuanto más importante es el puesto del defraudador y de mayor confianza goza, más son las oportunidades de las que dispone para cometer irregularidades, ya que precisamente el seno de la organización no asumirá que la persona que tiene el mayor rango, o uno de los mayores puestos de responsabilidad en la sociedad sea, precisamente, el que va a cometer la irregularidad, con lo cual la confianza máxima en el mismo es conocida por él, además de por la propia organización, y ello predispone en personas con cierta tendencia delictiva a aprovecharse de esa posición privilegiada en el seno de la organización para cometer las citadas irregularidades.

Por ello, dentro del marco con que tienen que contar las empresas para tener lo que se denomina salud legal es importante, precisamente, crecer con el propio cumplimiento normativo para que en su negocio exista una auténtica salud legal y que no tengan una enfermedad derivada de la ausencia de programa de cumplimiento normativo, que potencia, e incrementa, el riesgo de que existan irregularidades cometidas en su propio seno.

Como destaca, precisamente, Laura Calleja, las personas aprovechan las condiciones que se les presentan para cometer un delito y habitualmente defraudan cuando se dan estas circunstancias, es decir, cuando se sienten cómodas en su puesto de trabajo y gozan de la confianza y el respeto de su entorno laboral. De acuerdo con el informe de perfiles globales del defraudador realizado por KPMG, todos los tipos de personas pueden llegar a defraudar si se les presenta una oportunidad, con lo cual es una conclusión grave, en tanto en cuanto se admite que cualquier persona puede cometer irregularidades, cuando en realidad lo cierto es que el porcentaje puede estar ahí, pero, en realidad, la generalidad de los ciudadanos no van a cometer irregularidades si tiene capacidad y disposición para ello, sino un porcentaje concreto de personas, que son los que al final van a causar esos perjuicios a las organizaciones. En cualquier caso, maximizar que todo el mundo de forma globalizada puede llevar a cometer irregulares pudiera ser una afirmación demasiado extensa y abierta que no puede compartirse, al no existir una presunción de que toda la ciudadanía puede cometer irregularidad si tiene capacidad o disposición en estos casos para ello.

También destaca esta autora, Laura Calleja, que los delitos en las empresas suelen ser complejos para realizarlos individualmente y requieren de aliados, tanto fuera como dentro de la organización. (Véase, por ejemplo, el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo

35/2020, de 6 de febrero de 2020, rec. núm. 2062/2018 [NCJ064793]). Todo ello para falsificar documentación y acceder a información privilegiada, entre otros.

Así, según el informe de KPMG 2013, el 70 % de los 596 defraudadores actuaron colaborando con otros y de estos el 56 % involucró a entre 2 y 5 personas más.

Por otro lado, los expertos en detección de fraude interno han informado de que las formas o fórmulas en las que puede actuarse en fraude interno son registro falso y alterado de ingresos, declaraciones falsas de pérdidas, informes de activos y regulares o activos sobrevalorados.

Todo este escenario nos lleva a la necesidad de contar con auténticos expertos en detección de fraude en el seno de las organizaciones, y ello exige de expertos peritos especializados en auditoría contable, porque el autor puede haber llevado a cabo operaciones complejas que solo estos especialistas pueden detectar, con lo cual es preciso la inversión por parte de las organizaciones en peritos auditores que puedan controlar y ayudar a la implementación de programas de cumplimiento normativo para evitar que con ingeniería delictiva societaria puedan los directivos con más conocimiento saber cómo pueden cometer irregularidades, poniendo dificultades para ser detectados, y que puedan llevarlas a cabo.

Esta inversión al final es más rentable a la sociedad que el daño y perjuicio que pueden ocasionar directivos y empleados que cometan irregularidades si persisten en las mismas y no son detectados por parte de la organización, con lo cual, al final, el fraude y el daño económico de la sociedad es mucho mayor que el gasto que se pueda invertir por parte de la sociedad dentro de la misma mediante las técnicas de auditoría interna y los programas de cumplimiento normativo.

El fraude puede ser tanto complejo como *light*. Y es que el fraude interno puede ser fácil de detectar o sumamente complejo. En el primero se trata de reducir la cantidad en cada caso que se opera, porque es algo puntual, aunque puede ser prolongado en el tiempo. Pero el segundo se ejecuta con suma destreza por especialistas y personas debidamente formadas que hacen difícil la detección del mismo, aunque con las técnicas de auditoría anteriormente referidas es precisamente posible la posibilidad de su detección, lógicamente con expertos de identificación de estas prácticas, y, sobre todo, con programas de cumplimiento normativo.

Hay que decir, también, que el autor del fraude interno lo que suele hacer es poner dificultades o brechas para que no sea detectado, y, además, confía en que no se descubrirá, lo cual es difícil de conseguir, porque este tipo de actuaciones al final siempre se descubren por parte de los responsables de la propia organización, y, además, suelen llevar penas elevadas de prisión, con imposición de penas de 1 a 6 años, con devolución de los importes económicos que se hayan podido haber distraído por parte de los autores, al ser la cuantía defraudada superior a 50.000 euros y llevar agravaciones tanto de estafa como de apropiación indebida, o bien de haberse llevado a cabo con abuso de confianza.



En estos casos una herramienta posible de la defensa pueda ser, una vez detectado el fraude y abierta la investigación en el procedimiento judicial penal, reconocer los hechos y devolver las cantidades sustraídas, o bien proponer un procedimiento de pago aplazado de las cantidades y pactar con el fiscal una conformidad de la pena: 2 años de prisión mediante la aplicación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño del artículo 21.5 del CP, por haber devuelto todo el dinero, o existir un compromiso serio de que ese importe distraído se pueda devolver, a fin de aplicar la rebaja en la pena en uno o dos grados (art. 66.1.2.º CP).

Por todo ello, lo importante en estos casos es establecer un buen mapa de riesgos, y que figuren todos los delitos que están en el Código Penal que se pueden perpetrar en el fraude interno de la empresa, como los antes citados, y reducir el ámbito de exceso de confianza en directivos y empleados, así como marcar una línea uniforme y horizontal que sea equilibrada y proporcional a las actividades que desarrolla cada uno de los directivos y empleados en el seno de la empresa.

No se trata de establecer una persecución o una apertura de la sospecha permanente en la organización, sino de mantener una proporcionalidad en este tipo de situaciones, ante la detección de hechos que se están cometiendo de fraude interno, y marcar pautas de mapas de riesgo y programas de cumplimiento normativo adecuados para evitar que el fraude no sea tan fácil en el seno de organizaciones, como las resoluciones que la jurisprudencia está dictando ante la facilidad con la que en esos casos se ha perpetrado el hecho delictivo del fraude interno.

Referencias bibliográficas

Calleja Madinabeitia, L. (2014). *Factores explicativos del fraude empresarial y medidas*

adoptadas: caso español. Universidad del País Vasco.

La aplicación de criterios de desempate no previstos en los pliegos de licitación entre ofertas con idéntica puntuación

Comentario a la Resolución de 5 de noviembre de 2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

Jaime Pintos Santiago

*Socio-director del Despacho Jaime Pintos Abogados & Consultores
Profesor doctor de Derecho Administrativo.
Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA*

jpintos@jaimepintos.com | <https://orcid.org/0000-0002-1622-5162>

Roberto Carrodeguas Méndez

*Funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional
Especialista en contratos públicos*

robertocarrodeguas10@hotmail.com

Introducción

Resolución núm. 1532/2021, de 5 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Sección 1.^a, Comunidad Valencia, 309/2021, rec. núm. 1357/2021.

Recurso contra adjudicación en contrato de servicios. Analizamos el criterio defendido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre la interpretación de cómo efectuar el cómputo temporal de porcentajes a los que se refiere el artículo 147.2 de la LCSP para resolver la adjudicación de un contrato público entre dos o más licitadores con idéntica puntuación. Respecto de los criterios de desempate de las ofertas, el artículo 147.1 de la LCSP exige vinculación al objeto del contrato, cosa que no es exigible como cláusula de cierre *ex lege* al artículo 147.2. Esto supone que la novedad impositiva *ex lege* de una serie de criterios de desempate sin vinculación alguna al objeto del contrato puede conllevar el resultado contrario al precisamente deseado, consiguiendo que la discriminación positiva se convierta en discriminación negativa en determinados casos. Por lo que habrá que estar en la práctica atentos a esta cuestión.

La resolución

Recurso especial interpuesto por D. J. M. M. H. y D. J. A. V. G., en nombre y representación de TARGET 2016, S. L., contra la adjudicación en el marco de la licitación promovida por el Patronato Provincial de Turismo de Castellón para contratar el servicio de «Campaña publicidad mercado internacional (Francia)».

La Resolución núm. 1532/2021, de 5 de noviembre, decidió:

- Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. M. M. H. y D. J. A. V. G., en nombre y representación de TARGET 2016, S. L., contra la adjudicación de la licitación convocada por el Patronato Provincial de Turismo de Castellón para contratar el servicio de «Campaña publicidad mercado internacional (Francia)», expediente 7/21.
- Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.
- Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Argumentación del tribunal

El recurso especial interpuesto contra la adjudicación del contrato centra su atención, de un lado, en el error de los cálculos efectuados por la Administración para resolver el empate y, por otra parte, en la confusión del número de trabajadores discapacitados por media anual con el porcentaje sobre el total de la plantilla.

Para la resolución del recurso, el Tribunal, en primer lugar, cita su doctrina sobre el artículo 147 de la LCSP, precepto cuyo apartado 2.º dispone lo siguiente:

2. En defecto de la previsión en los pliegos a la que se refiere el apartado anterior, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:

a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.

- b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.
- c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.
- d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.

En esencia, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales apoya la resolución del recurso especial en los siguientes argumentos:

1. El cómputo temporal de los porcentajes a que se refiere el artículo 147.2 de la LCSP debe ser de 12 meses anteriores al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas

La expresión «referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas», que utiliza el artículo 147.2 de la LCSP, pretende únicamente establecer un momento de referencia para la valoración de un periodo, es decir, está designando el día final de un plazo, el *dies ad quem*; por el contrario, no se pretende que solo se tenga en cuenta la plantilla existente en ese preciso día.

Esta interpretación, a juicio del Tribunal, no solo es la más justa, sino también encuentra su fundamento en una situación análoga, la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005, al interpretar cómo se debe computar la plantilla de una empresa para determinar si tiene 50 o más trabajadores. En este sentido, dispone el precepto que:

A los efectos del cómputo del dos por ciento de trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: a) El periodo de referencia para dicho cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de los centros de trabajo de la empresa (Doctrina del Tribunal Administrativo Central que se encuentra recogida en sus resoluciones núm. 192/2020, de 20 de febrero, y núm. 286/2020, de 27 de febrero).

2. El artículo 147.2 de la LCSP excluye en sus cálculos los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, dado que no forman parte de la plantilla de la empresa cesionaria licitadora

El precepto objeto de análisis exige comparar porcentajes (calculados temporalmente en los términos explicados con anterioridad) de «trabajadores... en plantilla». No basta con ser trabajador. Debe tratarse de trabajador de la plantilla del licitador y no de otras plantillas.

Es decir, los trabajadores contratados por una empresa de trabajo temporal y cedidos en virtud de un contrato de puesta a disposición, permitido por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores a la empresa usuaria licitadora de un contrato, no forman parte de la plantilla de la empresa cesionaria licitadora y, por tanto, no son computables a los efectos del artículo 147.2 de la LCSP.

Sobre la referida base argumental, y a partir de la doctrina referida, el Tribunal Central no puede sino decidir desestimar el recurso, al entender que la empresa recurrente, de acuerdo con lo anterior, no ha contratado a ningún trabajador discapacitado durante el periodo computable.

Consecuencias para la práctica

Conforme al artículo 147.1 de la LCSP, los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden prever criterios de adjudicación específicos vinculados al objeto del contrato para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas. Asimismo, la introducción en los pliegos de esas reglas de desempate tendrá carácter potestativo para el órgano de contratación y se referirán a aspectos sociales de las empresas licitadoras.

Lo cierto es que bajo la vigencia del TRLCSP del año 2011 no se establecía, a nivel normativo, un criterio de desempate subsidiario ante la imposibilidad de dirimir los supuestos de empate en la puntuación obtenida por las ofertas aplicando las previsiones de los pliegos, bien porque estos no establecían el criterio o criterios para determinar sobre qué oferta de las empleadas debía recaer la adjudicación, bien porque el empate persistía una vez aplicados los previstos en los pliegos; manteniendo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras, Resolución núm. 002/2014) que la concurrencia de esta eventualidad obligaba a utilizar como criterio para dirimir el empate el relativo a la ponderación de los criterios de valoración (art. 150.4 del TRLCSP), siendo normalmente el criterio de mayor relevancia el de la «oferta económica».

De igual modo, la doctrina legal y jurisprudencial vino admitiendo la posibilidad de recurrir al sistema de sorteo para resolver el empate cuando nos encontrábamos ante ofertas económicas idénticas, aplicando analógicamente el artículo 87 del RGLCAP previsto para las subastas (criterio defendido por la JCCA de Madrid en el Informe 3/2011, de 29 de septiembre, por la JCCA de la Generalitat de Catalunya en el Informe 7/2014, de 11 de abril, y por el propio Tribunal Administrativo Central, atendiendo a las circunstancias concurrentes, en la Resolución núm. 781/2016, de 30 de septiembre).

No obstante, cabe subrayar que el sorteo únicamente podía utilizarse cuando el criterio para valorar fuese exclusivamente económico, dado que la adopción de cualquier criterio de desempate no previsto previamente en los documentos del contrato podía suponer

incurrir en arbitrariedad (en este sentido, puede verse el Informe de la JCCA del Estado 14/13, de 25 de julio de 2014, que a su vez alude a la SAN 978/2013, de 7 de marzo, en la que se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución del TACRC núm. 159/2011, de 8 de junio, que había admitido el sorteo para dirimir un empate de puntuación por entender la Audiencia Nacional que concurre arbitrariedad en la actuación de la Administración).

En la actualidad, como ya se ha comentado, en defecto de criterios de desempate previstos en los pliegos por el órgano de contratación, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación se resolverá *ex lege* mediante la aplicación por orden de los criterios sociales previstos en el artículo 147.2 de la LCSP, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas. Entendemos que, a diferencia de los criterios de preferencia previstos en los pliegos por el órgano de contratación, no será necesaria la vinculación de estas reglas fijas y predeterminadas con el objeto del contrato. Y ello, porque lo que se pretende, en última instancia, será evitar que la licitación quede desierta cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuran en el pliego (art. 150.3 de la LCSP). Es decir:

1. Se podrán establecer en los PCAP criterios de desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas. Los criterios de desempate están regulados específicamente en el artículo 147.1 de la LCSP y se exige que estén vinculados al objeto del contrato.
2. Si no se recogen los criterios de desempate en los PCAP, el empate entre varias ofertas se resolverá mediante la aplicación por orden de los criterios sociales enunciados expresamente en el artículo 147.2 de la LCSP, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas. Llama la atención que en este caso nada se diga sobre su vinculación al objeto del contrato, y lo cierto es que sobre esta cuestión nada regulan las directivas europeas, por lo que es obvio que debemos sobrentender que no es precisa dicha vinculación al objeto del contrato, sino que estos criterios se aplican por mandato *ex lege*.

Si bien en este punto debemos hacer una precisión del desconcierto que la propia norma puede traer por la aplicación incondicional de estos criterios. Esto es, el artículo 147.1 exige vinculación al objeto del contrato, cosa que no es exigible como cláusula de cierre *ex lege* al artículo 147.2 de la LCSP. Esto no nos parece, en todo caso, una decisión del legislativo totalmente acertada para la práctica. La novedad impositiva *ex lege* de una serie de criterios de desempate sin vinculación alguna al objeto del contrato puede conllevar el resultado contrario al precisamente deseado, consiguiendo que la discriminación positiva se convierta en discriminación negativa. Es fácil entender lo que decimos, a saber, aquel supuesto donde se valora el mayor porcentaje femenino en un contrato en cuyo sector de actividad la brecha de género es precisamente inversa y lo que interesa no es tener un mayor número de mujeres, sino de hombres (pensemos por ejemplo en

contratos de limpieza, lavandería, etc.). Por ello, esta aplicación *ex lege* del artículo 147.2 de la LCSP no nos parece la mejor y más adecuada de las fórmulas, pudiendo precisamente este punto c) «Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas» haber sido omitido con carácter supletorio *ex lege*.

3. Ahora la documentación acreditativa de los criterios de desempate será aportada por las licitadoras en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo.

Más allá de estas consideraciones, advertimos que lo que en ningún caso resultará admisible para resolver una adjudicación será aplicar criterios de desempate que no hayan sido puestos previamente en conocimiento de los licitadores. Y es que es doctrina consolidada de la jurisprudencia comunitaria (entre otras, la STCE de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto C-532/06, Consorcio Lianakis y otros contra el municipio de Alexandroupolis y otros) que el principio de igualdad de trato conlleva la exigencia de que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tendrá en cuenta para seleccionar la oferta más ventajosa.

Como corolario de esta exposición, podemos afirmar que serán, en primer lugar, los pliegos los que establezcan los criterios específicos de desempate vinculados con el objeto del contrato en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas. Como hemos visto, en defecto de previsión específica, resultarán aplicables automáticamente los criterios sociales de desempate previstos en el artículo 147.2 de la LCSP, por el orden establecido, de forma escalonada y sucesiva, teniendo carácter excluyente y eliminatorio entre sí (Informe de la JCCA del Estado en el expediente 48/19). En todo caso, la literalidad de la norma deberá ser interpretada por los operadores jurídicos a la luz de la doctrina recogida en la Resolución núm. 1532/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aquí comentada.

Temporalidad de la pensión compensatoria en separaciones matrimoniales

Comentario a la STS de 23 de noviembre de 2021

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

En los procedimientos que tienen por finalidad acordar las medidas que han de regir las relaciones entre los cónyuges como consecuencia de la interposición de una demanda de divorcio o separación, ya sea de mutuo acuerdo o contenciosa, uno de los aspectos que suelen generar más discusión entre las partes es la fijación de una pensión compensatoria, que puede definirse como aquella que solicita el cónyuge al que la separación o el divorcio le genera un desequilibrio en relación con la posición del otro, que le supone un empeoramiento respecto de su situación anterior durante el matrimonio. Este derecho a la compensación puede determinar que se fije una pensión de manera temporal o de manera indefinida, ya sea mediante establecimiento en el convenio regulador o mediante sentencia que el juez dicte, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 97 del Código Civil (CC).

En la práctica, la determinación de esa compensación solicitada por una de las cónyuges genera discusiones que provocan que sean las instancias superiores, las audiencias provinciales o el Tribunal Supremo, los que, al resolver los recursos apelación o casación de casación, finalmente decidan sobre la misma.

En la sentencia seleccionada para comentar nos encontramos sentencias del juzgado de primera instancia, con una resolución de la audiencia provincial que decide el recurso de apelación y con una decisión final que fija el Tribunal Supremo en la sentencia que decide el recurso de casación. Brevemente se pueden mencionar los pasos seguidos durante el proceso finamente resuelto: en la primera instancia el juzgado de familia, tras decidir todas las cuestiones relacionadas con la patria potestad, guarda y custodia, régimen de comunicaciones, visitas y estancias con el progenitor no custodio, uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico, cargas del matrimonio, pensiones de alimentos para los hijos menores y gastos extraordinarios, el juzgado fija una pensión compensatoria para la esposa de 400 euros durante dos años. Tras el recurso de apelación interpuesto por la esposa, la audiencia provincial fija la pensión compensatoria en la cantidad de 400 euros mensuales por tiempo indefinido.

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de diciembre de 2021).

Contra dicha sentencia el esposo interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por entender no ser ajustada a derecho el límite temporal de la pensión ni la cuantía establecida, solicitando una pensión mensual de 500 euros con carácter indefinido.

El Tribunal Supremo tiene declarado que la pensión compensatoria es un derecho personalísimo de crédito, que para su fijación y cuantificación está determinada por los parámetros que establece el artículo 97 del CC. En este sentido la STS de 18 de mayo de 2016 indicó que la fijación temporal de la pensión no es un imperativo legal. El artículo 97 del CC contempla la posibilidad, y establece unas circunstancias determinantes de la cuantía a falta de acuerdo de los cónyuges.

El artículo 97 dispone que

el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o por una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo, el juez, en la sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.ª La edad y el estado de salud.
- 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.ª La duración del matrimonio y la convivencia conyugal.
- 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.

La Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 864/2010 determinó que uno de los factores que ha de tenerse en cuenta en la aplicación del artículo 97 del CC, entre otros parámetros, es el de el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior, y así, en sentencias posteriores atendiendo a la liquidación y adjudicación de bienes en la liquidación de gananciales, consideró procedente modificar la cuantía de la pensión o que procedía la rebaja y la limitación temporal, o incluso acordar su extinción, por conside-

rar que de esa forma cesaba la situación de desequilibrio, motivo del establecimiento de la pensión compensatoria. También se llegó a determinar que a falta de datos fiables acerca de cómo quedaría afectada la economía de la beneficiaria tras la liquidación del régimen económico matrimonial, al tratarse de alegaciones genéricas sobre esa futura liquidación no se hayan tenido en cuenta para cuantificar o limitar temporalmente la pensión compensatoria, ni tampoco para apreciar una modificación de las circunstancias que permitiera modificar o extinguir la pensión cuando ya se tuvo en cuenta el patrimonio existente al momento de fijar la pensión junto a otros datos, como la falta de cualificación profesional de la esposa.

En el sentido expuesto, la jurisprudencia (las sentencias 304/2016, de 11 de mayo; 153/2018, de 15 de marzo; 692/2018, de 11 de diciembre; 598/2019, de 7 de noviembre; 120/2020, de 20 de febrero; 245/2020, de 3 de junio y 418/2020, de 13 de julio) sostiene que:

1. El establecimiento de un límite temporal en las pensiones compensatorias depende de que no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, cuya apreciación obliga a tomar en consideración las específicas circunstancias concurrentes en cada caso.
2. Que para fijar la procedencia, cuantía y duración temporal de la pensión compensatoria es necesario atender a los factores a los que se refiere el artículo 97 del CC.
3. En tal función, los tribunales deben ponderar, como pauta resolutive, la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo determinado, y alcanzar, de esta forma, la convicción de que no es preciso prolongar más allá el límite temporal establecido.
4. Tal juicio prospectivo o de futuro deberá llevarse a efecto, con prudencia y con criterios de certidumbre o potencialidad real, determinada por altos índices de probabilidad.
5. El plazo, en su caso, habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de superación del desequilibrio.
6. La fijación de una pensión, como indefinida en el tiempo, no impide que se deje sin efecto o que sea revisable por alteración de fortuna y circunstancias en los supuestos de los artículos 100 y 101 del CC.

En este sentido se ha admitido (sentencias de 24 de octubre de 2013, rec. núm. 2159/2012, y reiterado en la de 8 de septiembre de 2015, rec. núm. 2591/2013, entre otras), que la transformación de la pensión establecida con carácter indefinido en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y alcanzarse, por tanto, la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio; juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, pues a ella se refiere reiterada jurisprudencia de esta sala (SSTS 27 de junio de 2011 y 23 de octubre de 2012, entre otras).

En el caso presente, resulta que la actora cuenta actualmente con 61 años de edad, con lo que su integración en el mundo laboral es complicada, como es hecho notorio y resulta de los estudios estadísticos existentes al respecto. Buena muestra es que, desde el 4 de mayo de 2012, en que fue despedida como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, solo trabajó seis meses, desde el 10 de diciembre de 2013 al 10 de junio de 2014. Su cargo como vocal vecinal del ayuntamiento de Madrid fue esporádico, y lo desempeñó hasta el mes de junio de 2019, en que cesó, data a partir de la cual no cuenta con tales ingresos, que se elevaban a la suma 570,16 euros mensuales, en concepto de dietas y plus de asistencia.

Todo ello, sin perjuicio de que de incorporarse al mundo laboral, ser perceptora de una pensión de jubilación, cuyo reconocimiento y cuantía se desconocen, o darse alguna de las circunstancias del artículo 101 del CC, dicha pensión pueda ser revisada o dejada sin efecto (sentencias de 2 de junio de 2015, rec. núm. 507/2014; 245/2020, de 3 de junio, y 418/2020, de 13 de julio).

En esta última sentencia 418/2020, de 13 de julio, en ponderación de las circunstancias concurrentes, manejamos criterios similares a los anteriormente expuestos:

Pues bien, en el caso presente, siguiendo pautas y criterios de prudencia, no apreciamos concorra una alta probabilidad para que la demandada recurrente, en el plazo de tiempo fijado por la sentencia recurrida de tres años, pueda encontrar un empleo estable; más bien todo conduce a considerar, en ausencia de otros elementos de juicio, poco halagüeñas las probabilidades de integración en el mundo laboral, así como la falta de actualización de sus conocimientos, tras no haberse dedicado a actividad profesional alguna en los últimos 25 años, si dejamos a salvo un lapso temporal de unos días. Es más, cuando se intentó incorporar, en el año 2014, al mundo laboral tan solo lo logró por tan escaso periodo de tiempo. Las dificultades de reciclaje profesional, preparándose para el ejercicio de otra profesión o empleo, tampoco gozan de probabilidad razonable de éxito, dado el actual mercado laboral.

En la sentencia que se comenta se contienen circunstancias que son importantes a la hora de considerar aplicable la pensión y el periodo que debe abarcar: la duración del matrimonio de más de 30 años, que tras 7 años de matrimonio se pactó el régimen de separación de bienes, siendo la vivienda titularidad privativa del esposo, los años de la recurrente en casación, y que no trabaja desde el 2014, habiendo cotizado a la Seguridad Social durante 27 años, y la ausencia de ingresos procedentes del trabajo.

En el supuesto de la sentencia que se comenta, teniendo en consideración la edad, las dificultades de acceso al empleo y los ingresos que percibe y la dificultad de reincorporarse a mercado laboral, los años de matrimonio, su cualificación profesional y las posibilidades de acceder a un puesto de trabajo sin perjuicio de que fuera aplicable el artículo 101 para revisar la pensión o ser dejada sin efecto, el Tribunal Supremo asume la pensión determinada en la instancia, pero con carácter indefinido, siguiendo la doctrina jurisprudencial mencionada y los criterios establecidos para la aplicación del artículo 97 del CC.



Big data, privacidad y mercados digitales: los nuevos desafíos de la regulación en la UE

Análisis desde una perspectiva económica, regulatoria y *antitrust*

Fernando Díez Estella

Profesor titular (acreditado) de Derecho Mercantil. Universidad Villanueva
fdiez@villanueva.edu | <https://orcid.org/0000-0002-5011-0051>

Alba Ribera Martínez

Doctoranda en Derecho. Universidad Carlos III de Madrid
100454926@alumnos.uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0002-9152-0030>

Este trabajo ha obtenido un **accésit** del **Premio «Estudios Financieros» 2021** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Juan Antonio Xiol Ríos, doña Lucía Casado Casado, don Gabriel Doménech Pascual, doña Alicia González Alonso, don José Damián Iranzo Cerezo y don Fabio Pascua Mateo.

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

Extracto

En fechas recientes el Parlamento Europeo ha emitido un informe favorable al proyecto de la Comisión Europea sobre la estrategia europea de datos. Este nuevo activo estratégico se ha convertido en un elemento esencial, no solo para la actuación de las empresas en el mercado, sino en la vida de los ciudadanos y su forma de relacionarse. En los últimos 15 años los mercados han experimentado vertiginosos cambios derivados, entre otras cosas, de la digitalización de nuevos modelos empresariales y formas de hacer negocio. Pese a que la Unión Europea aspira a la creación de un verdadero *mercado único digital*, lo cierto es que en la actualidad las empresas que dominan el panorama (Google, Facebook, Amazon y Apple) son todas estadounidenses. La ingente acumulación de datos personales que dichas plataformas digitales acumulan y aprovechan comercialmente –el *big data*– plantea indudables riesgos para la protección del derecho fundamental a la protección de los datos personales de los usuarios. En este trabajo se analiza de forma crítica el enfoque comunitario con el que se afronta este escenario, al hilo de operaciones de concentración empresarial o actuaciones de las autoridades de competencia contra dichos gigantes tecnológicos. Se prestará especial atención al contenido constitucional de este derecho, así como al posible solapamiento entre el derecho regulatorio y el administrativo sancionador, en concreto, en el ámbito del derecho de la competencia.

Palabras clave: *big data*; privacidad; mercados digitales; *antitrust*.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Díez Estella, F. y Ribera Martínez, A. (2022). *Big data*, privacidad y mercados digitales: los nuevos desafíos de la regulación en la UE. (Análisis desde una perspectiva económica, regulatoria y *antitrust*). *Revista CEFLegal*, 252, 73-104.



Big data, privacy and digital markets: the new regulatory challenge in the EU

Analysis from an economic, regulatory and antitrust perspective

Fernando Díez Estella

Alba Ribera Martínez

Abstract

The European Parliament has recently issued a favourable report on the European Commission's European data strategy draft. This new strategic asset has become an essential element not only for the performance of companies in the market, but also in the lives of citizens and the way they relate to each other. Over the last 15 years, markets have undergone dizzying changes resulting, among other things, from the digitisation of new business models. Although the European Union aspires to the creation of a true *digital single market*, the fact is that today the companies that dominate the landscape (Google, Facebook, Amazon and Apple) are all American. The huge accumulation of personal data that these digital platforms accumulate and commercially exploit –big data– poses unquestionable risks for the protection of the fundamental right to the protection of users' personal data. This paper critically analyses the EU approach to this scenario, in the context of corporate mergers or actions by the competition authorities against these technological giants. Special attention will be paid to the constitutional content of this right, as well as to the possible overlap between regulatory law and administrative sanctioning law, specifically in the field of competition law.

Keywords: big data; privacy; digital markets; antitrust.

Citation: Díez Estella, F. y Ribera Martínez, A. (2022). *Big data*, privacidad y mercados digitales: los nuevos desafíos de la regulación en la UE. (Análisis desde una perspectiva económica, regulatoria y *antitrust*). *Revista CEFLegal*, 252, 73-104.

Sumario

1. Introducción
 2. El fenómeno del *big data* confrontado con el derecho a la privacidad
 - 2.1. ¿Qué es el *big data*?
 - 2.2. Coste cero para el usuario vs. maximización ¿intrusiva? de los beneficios
 - 2.3. Contenido constitucional del derecho a la protección de datos personales
 3. Regulación e intervención administrativa sobre el fenómeno del *big data*
 - 3.1. El ámbito de protección de datos desde una perspectiva crítica
 - 3.2. Solapamientos entre el derecho regulatorio y el derecho de la competencia: evolución y posibles soluciones
 4. La práctica ante las autoridades de competencia
 - 4.1. La operación de concentración Google/Fitbit
 - 4.2. El caso *Bundeskartellamt c. Facebook*
 - 4.3. La perspectiva estadounidense: el DOJ y la FTC contra Google y Facebook
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



Negar un hecho es lo más fácil del mundo. Mucha gente lo hace, pero el hecho sigue siendo un hecho.

Isaac Asimov

1. Introducción

En el mes de marzo de 2021 el Parlamento Europeo emitió su informe¹ sobre la Estrategia Europea de Datos, un ambicioso proyecto que la Comisión Europea lleva impulsando fervientemente estos últimos años. En él, se acoge favorablemente esta estrategia, prestando especial atención a que este nuevo activo económico es un requisito para la viabilidad y competitividad de las empresas, y su regulación es un elemento crucial en la construcción de una sociedad de los datos basada en los derechos y valores de la Unión Europea. Además, se señala que para aprovechar todo el potencial de la *data-driven economy*, la futura legislación en esta materia debe diseñarse para facilitar el desarrollo tecnológico, la innovación, el libre acceso a los datos, así como su interoperabilidad, respetando en todo caso los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Y es que, en efecto, en los últimos 15 años las empresas líderes mundiales han dejado de ser aquellas multinacionales proveedoras de bienes y servicios tradicionales (ONU, 2019) para dar paso a empresas pertenecientes al mundo digital, que en su mayoría son plataformas digitales (básicamente, las omnicomprensivas Google, Amazon, Facebook y Apple, a las que se suele aludir bajo el acrónimo GAFA). Este cambio, aunque no se ha producido de una forma repentina, ha virado el debate en este ámbito hacia el nivel de intervención necesario de la Administración pública, tanto a nivel nacional como de los organismos comunitarios e internacionales, en el mercado. Frente a este reto, tenemos ante nosotros dos posibles líneas de actuación: por una parte, la regulación económica de este mercado y, por otra, los instrumentos de la normativa *antitrust*, ambos como límite a la libertad de empresa.

En este marco, se plantea la cuestión de si ambas herramientas –puestas en común– atienden suficientemente a los retos planteados por el mundo digital, sobre todo cuando están en juego derechos fundamentales tales como el derecho a la protección de datos reconocido en el ámbito de la Unión Europea en el artículo 8 de la Carta de Derechos Funda-

¹ Resolución de 25 de marzo de 2021, sobre una Estrategia Europea de Datos (2020/2217(INI)).

mentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), y en el ámbito nacional por derivación del artículo 18.4 de la Constitución española (CE).

En efecto, si algún rasgo podemos decir que caracteriza los tiempos que estamos viviendo, es nuestra creciente sensibilidad hacia nuestros datos personales, y la consiguiente exigencia de que existan leyes e instituciones encargadas de velar por su correcto uso, aparejada de la debida protección de nuestra privacidad. En el ámbito de la Unión Europea esto se ha visto reflejado en la aprobación² del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD).

En España, el RGPD provocó un proceso de «actualización» de la normativa en esta materia, que culminó con la promulgación³ de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD, en adelante). En fechas muy recientes, se ha vuelto a dar un paso más en esta materia con la apertura de una consulta pública⁴ para la elaboración de una Carta de Derechos Digitales.

Sin embargo, la acumulación de información por parte de las GAFAs –y no solo– como un recurso más puesto al servicio de la maximización de sus beneficios, a la que nos referiremos en adelante como el fenómeno del *big data*, ha desencadenado una profunda reflexión sobre el papel de la Administración, de las autoridades de competencia y de las autoridades de protección de datos, que expondremos a continuación.

El modelo de negocio impulsado por las plataformas digitales propugna lo que podríamos llamar la «cuasi-apropiación» de cantidades ingentes de datos personales de los ciudadanos, que posteriormente se monetizan a partir de su uso con fines publicitarios. En este trabajo vamos a explorar cuál es la regulación existente del *big data* en relación con la protección del derecho a la privacidad, así como su posible desarrollo en el futuro en el ámbito del derecho administrativo desde la perspectiva de la regulación económica.

En el mismo sentido, expondremos las posibilidades que el derecho de la competencia ofrece, que tienden cada vez más hacia un análisis holístico de los asuntos que se le plantean. En concreto, atenderemos a la reciente operación Google/Fitbit, que ha vuelto a poner sobre la mesa a nivel mundial el debate en torno al *big data* en el ámbito *antitrust* y su posible interrelación con otras disciplinas, de la forma que también lo hicieron otras adquisiciones igualmente mediáticas, tales como Facebook/WhatsApp o Facebook/Instagram.

² DOUE L 119, 4 de mayo de 2016, pp. 1-88 (ELI: <<http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>>).

³ BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

⁴ Disponible en la web del Ministerio de Asuntos Económicos e Innovación Digital: <https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/participacionpublica/audienciapublica/Paginas/SEDIA_Carta_Derechos_Digitales.aspx>.

En este sentido, es evidente que la rápida evolución de los mercados como consecuencia de la digitalización y el surgimiento de nuevos modelos de negocio en el marco de la economía colaborativa ha planteado un debate de la máxima importancia: ¿es el Derecho de la competencia –el encargado de velar por el mantenimiento de un mercado competitivo y de proteger a los consumidores– suficientemente versátil para adaptarse a estas nuevas realidades, o debe actualizarse?

Para hacer frente a este reto, tras varios años de trabajos preparatorios y todo tipo de consultas y documentos de trabajo, el 15 de diciembre de 2020 la Comisión Europea presentó dos propuestas de Reglamentos –la *Digital Markets Act*⁵ (en adelante, DMA) y la *Digital Services Act*⁶ (en adelante, DSA)– que pretenden reconfigurar la realidad de los servicios y mercados digitales (Díez Estella, 19 de diciembre de 2020; Ibáñez Colomo, 22 de febrero de 2021) en la Unión Europea de los próximos años. Esta propuesta, no exenta de polémica, parte del supuesto de que las grandes plataformas en línea (aunque en ningún momento del texto las menciona, es evidente que está pensando en las GAFAs) actúan como *gatekeepers* (Geradin, 18 de febrero de 2021) (guardianes de acceso, en castellano) en los mercados digitales. Frente a ello, se instituye un control *ex ante* frente a su comportamiento en el mercado para garantizar que se comportan de manera leal y equitativa, teniendo en cuenta su predominancia en el mercado.

Tanto la DMA como la DSA forman parte del *Digital Services Act package*⁷, que es uno de los ejes de la Estrategia Digital Europea. Esta estrategia, presentada⁸ oficialmente en febrero de 2020, tiene como objetivo

una sociedad europea impulsada por soluciones digitales que sitúan en (un) lugar preferente a las personas, abre nuevas oportunidades para las empresas y da impulso al desarrollo de una tecnología fiable que fomente una sociedad abierta y democrática y una economía dinámica y sostenible,

y consta de dos documentos básicos: la Estrategia Europea de Datos⁹ y las opciones estratégicas destinadas a garantizar un desarrollo de la inteligencia artificial¹⁰ centrado en el ser humano.

⁵ Comisión Europea, *A European Strategy for Data*, COM (2020) 842 final. <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en>.

⁶ COM/2020/825 final.

⁷ <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>>.

⁸ <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_273>.

⁹ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1593073685620&uri=CELEX:52020DC0066>>.

¹⁰ <https://ec.europa.eu/info/files/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en>.

Así pues, podemos ver que la política impulsada por las autoridades de protección de datos y el derecho *antitrust* están llamados a jugar un papel muy relevante en la configuración, no solo de los mercados europeos y nacionales, sino también de la sociedad en su conjunto. La gran pregunta, sobre la que todavía no se ha llegado a una respuesta unívoca, es si ambos instrumentos han de articularse por separado o de forma complementaria.

Esta será, precisamente, la pregunta a la que se tratará de dar respuesta en este trabajo, y se ilustrará a partir de dos casos emblemáticos, que han puesto de manifiesto la dificultad de encontrar una solución fácil y rápida a este problema: por un lado, el caso *Bundeskartellamt c. Facebook*, impulsado por la autoridad de competencia alemana; por otro, la operación de concentración empresarial Google/Fitbit, analizada a nivel comunitario.

Siguiendo un esquema lineal, definiremos el fenómeno del *big data* y señalaremos las características de las plataformas digitales relevantes de cara a la consideración de esta materia, así como su necesaria puesta en común con la protección de los datos personales (epígrafe 2). Partiendo de lo anterior, apuntaremos las soluciones que ya se han dado hasta ahora en el ámbito del derecho regulatorio y la posibilidad de su interacción con el derecho de la competencia (epígrafe 3). Asimismo, destacaremos aquellas operaciones que en el ámbito *antitrust* han tenido una mayor relevancia, con el fin de extrapolar esas mismas consideraciones a un ámbito más amplio (epígrafe 4). Finalmente, se ofrece un apartado de conclusiones (epígrafe 5).

2. El fenómeno del *big data* confrontado con el derecho a la privacidad

2.1. ¿Qué es el *big data*?

Antes de entrar en el análisis sobre la cuestión esencialmente constitucionalista del derecho a la privacidad, debemos sentar cuál es el enemigo que batir –si es que lo hay–, de las autoridades administrativas. Tal y como expusieron las autoridades alemana y francesa en 2016 (Autorité de la Concurrence y Bundeskartellamt, 2016, pp. 4-5), el fenómeno del *big data* procede de la importancia de los datos, no solo en las plataformas digitales, sino también en todas aquellas empresas presentes en el sector digital, e incluso en los Gobiernos (como hemos visto recientemente con los problemas generados a raíz de la App Radar COVID) (Antón Juárez, 2021, p. 44). No obstante, es verdad que son las plataformas digitales las que han centrado su modelo de negocio sobre la base de la captación y utilización intensiva de datos (Allende Salazar, 2020, p. 6).

El *big data* está compuesto por flujos de información procedentes de una gran cantidad de datos, que van desde los datos personales emitidos por los usuarios de internet, directa o indirectamente, hasta aquellos que conciernen los aspectos del mundo real, como por

ejemplo el clima o la geolocalización. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) define el *big data* como un «patrimonio informativo caracterizado por un Volumen, Velocidad y Variedad tan elevados que requieren tecnologías específicas y procedimientos de análisis para su transformación en valor»¹¹.

Esta definición se basa en el modelo de las tres V, teorizado por Douglas Lanely (6 de febrero de 2001), que describe las principales características del *big data*: volumen, velocidad y variedad, acogida por gran parte de la doctrina (OCDE, 2013, pp. 11 y 12). La característica más importante, y que constituye la cuarta V del *big data*, es su valor, es decir, la capacidad de extraer y transformar estos datos en información económicamente útil casi en tiempo real. Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos afirmar que el *big data* supone la recopilación masiva de datos procedentes de distintas fuentes y tipos, almacenados y procesados adecuadamente a una gran velocidad.

Esta práctica de recopilación, almacenamiento y tratamiento de datos no es especialmente innovadora, puesto que en los mercados tradicionales se suelen procesar igualmente este tipo de datos mediante estudios de mercado y muestreos (Antón Juárez, 2021, pp. 52-53). No obstante, lo que es insólito es la velocidad tanto con la que se generan esos datos por parte de los usuarios como la capacidad de respuesta y procesamiento de los algoritmos a los que se incorporan.

De esta forma, una vez recopilados los datos, estos no otorgan ventaja a aquel que los ha obtenido y no suponen *a priori* amenaza alguna ni para el consumidor ni para la sociedad en general. Algunos autores, tomando la comparación con el proceso productivo, designan a estos datos como el *raw data* (Castillo Parrillas, 2019), que es la materia prima objeto de transformación.

Desde la perspectiva puramente económica, la obtención indiscriminada de datos personales no supone un valor añadido *per se* a la empresa ni tampoco supone una barrera de entrada para otros competidores en el mercado (Sokol y Comerford, 2016). Así, Lambrecht y Tucker (2015) han señalado que «para que se pueda generar una ventaja competitiva significativa, los competidores deben ser completamente incapaces de duplicar los beneficios obtenidos por esta misma estrategia». Según sostienen, las características del *big data* no favorecen que esta premisa se pueda cumplir; existen escasas barreras a la entrada en el mercado digital, ya que los datos almacenados no son exclusivos de aquel que tiene el control sobre ellos –es habitual, en este sentido, el *multi-homing*–, y además tienen un corto plazo de expiración –los datos desfasados no tienen ningún valor, solo son especialmente valiosos aquellos datos agregados, actualizados y diferenciados– (Sokol y Comerford, 2016).

¹¹ Informe *Big Data: bringing competition policy into the digital era* (2016). <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)>. La OECD retoma la definición adoptada en Mauro, Greco y Grimaldi (2017).

En sentido ligeramente opuesto, otros autores sostienen que el *big data*, especialmente aquel que contiene tendencias de consumo de los usuarios, es susceptible de ser reutilizado, y como tal se trata de un activo no depreciable (Petit *et al.*, 2021). En la sociedad digital, según estos mismos autores, prevalece el enfoque de capacidades, es decir, este tipo de empresas deben adaptarse constantemente a los cambios en el mercado (por ejemplo, frente a la circunstancia de un nuevo entrante en el mercado) para ser capaces de sobrevivir en él ante las incertidumbres que presenta (pp. 20-22).

No obstante, una vez se procesan de una forma eficiente y rápida para refinar y predecir el comportamiento humano con fines comerciales (Krzepicki, Wright y Yun, 2020), por ejemplo, para el lanzamiento de nuevos productos o para impulsar sus tareas de marketing o I+D (OCDE, 2013, pp. 12-13), son susceptibles de ser tratados como un *input* más en el proceso productivo (pp. 14-15) a partir del comportamiento de sus usuarios considerados individualmente (División de Competencia de la OCDE, 2016, pp. 7-8).

Los datos utilizados en este proceso no solo se refieren a los datos personales facilitados de forma voluntaria y consciente (Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, 2018, pp. 35 y 36) por el usuario (por ejemplo, su fecha de nacimiento o sexo), sino también a la «huella digital» que este genera en la plataforma (por ejemplo, a través de sus *likes* en Instagram) (Antón Juárez, 2021, p. 42). En este sentido, el *big data* también puede estar integrado por datos no personales, seudonimizados o anonimizados¹². Estos datos, recopilados y puestos en común, permiten que los sistemas de inteligencia artificial (en adelante, IA) deduzcan patrones y tendencias de consumo (Allende Salazar, 2020, p. 11), creando, por tanto, más valor en el marco del proceso productivo.

El sector digital ha traído consigo la posibilidad de que los operadores en el mercado obtengan una ventaja competitiva en el mercado por esta vía, incorporando el *big data* en su propia actividad, o incluso para vender el *output* generado a terceros, igualmente con fines comerciales (Antón Juárez, 2021, p. 44). Este proceso, aunque aparentemente nocivo, trae consigo un grado de innovación superior y una calidad creciente (Sokol y Comerford, 2016) de los productos y servicios existentes ofrecidos a los usuarios, que, a su misma vez, puede beneficiar a estos y a la sociedad en su conjunto (División de Competencia de la OCDE, 2016, pp. 7-8) (eficiencias, tomando la terminología del derecho de la competencia). Algunos autores insisten en que incluso el modelo de negocio basado exclusivamente en el *big data* ya habría quedado superado actualmente por aquel más bien centrado en la depuración de los sistemas de IA (Allende Salazar, 2020, p. 15).

Prima facie, desde una perspectiva constitucional, nos encontramos con una de las preocupaciones principales en torno al *big data*: su contenido. El Comité Europeo de Protección

¹² Comité Europeo de Protección de Datos. (2014). *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, p. 9. <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf>.

de Datos (CEPD, en adelante) defiende que, comparando los beneficios que las empresas pueden obtener por el uso del *big data*, la intrusión en la privacidad de los consumidores es mucho menos lucrativa y, por lo tanto, mucho menos atractiva. A su misma vez, señala en el mismo informe que en el periodo 2030-2035 la propia noción de datos personales desaparecerá por la facilidad con la que las plataformas digitales podrán identificar –a partir de los datos que han ido recabando sobre ellos– a sus usuarios (Buttarelli, 2017). Incluso hoy en día, un estudio ya demuestra que es posible identificar al 87 % de la población de los Estados Unidos a partir de su código postal, fecha de nacimiento y sexo (Davis y Osoba, 2016), datos que nos podrían parecer a primera vista como «inofensivos».

Por tanto, las plataformas digitales pueden no solo identificar a segmentos o grupos de interés a los que dirigir su actividad de marketing y publicidad, sino también captar y dirigirse directamente a individuos con perfiles concretos (CEPD, 2014, p. 10) con estos mismos fines (lo que se conoce en el sector del marketing como *profiling*). En ocasiones, es posible que el perjudicado por el tratamiento de los datos no sea el mismo sujeto que ha facilitado sus datos personales. Es decir, la tarea de *profiling* que se realice sobre individuos distintos a este, pero con un mismo perfil de consumo, permite a la empresa predecir sus hábitos de consumo y, con base en este, imponerle determinadas decisiones de negocio (Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, 2018), como por ejemplo puede suceder en el *scoring* bancario y en el análisis de riesgos que se realiza para la contratación de un seguro (Martínez Martínez, 2018, pp. 264 a 267). Nos encontramos con un proceso que resulta realmente tautológico, es decir, estas herramientas pueden inducir artificialmente el consumo (pp. 267 a 273) del usuario según una identidad y perfil definidos previamente (Piñar Mañas, 2018, pp. 101 a 103).

Por el propio funcionamiento de «caja negra» (Martínez Martínez, 2018, pp. 262 a 264) de este fenómeno, no podemos saber con certeza si realmente los datos personales que los usuarios facilitan a las plataformas digitales serán utilizados en su contra –traducidas en estrategias comerciales agresivas– o si, por el contrario, se enjugarán en un océano de información del que difícilmente podrán ser extraídos una vez incorporados a sistemas de IA.

Lo que sabemos es que, en la actualidad, tanto las plataformas digitales como empresas de otros sectores tienen acceso a estos datos, y pueden utilizarlos para fines completamente distintos a aquellos que motivaron su transferencia en primer lugar (CEPD, 2014, p. 9), de forma contraria a lo contemplado por el RGPD y la LOPD.

2.2. Coste cero para el usuario vs. maximización ¿intrusiva? de los beneficios

Los usuarios de las grandes plataformas digitales disfrutan de sus servicios gratuitamente. A cambio, estas plataformas multilaterales se retroalimentan en función del número de usuarios presentes en ellas. Es decir, cuanto mayor es el número de usuarios en uno de sus lados (por ejemplo, usuarios de Facebook), también mayor es el atractivo para los usuarios

del otro lado de la plataforma (siguiendo el ejemplo, anunciantes en Facebook). Además, a mayor número de usuarios, mayor número de datos que quedarán a disposición de las plataformas para incorporarse y refinar los algoritmos y sistemas de IA que, utilizados eficientemente, producirán unos resultados más relevantes, focalizados y pertinentes (Herrero Suárez, 2018, pp. 666 a 672) para predecir las tendencias de consumo que se pueden dar en relación con los servicios prestados por plataforma (fenómeno conocido como *feedback loop*).

Estos efectos de red, tradicionalmente, generan un interés en los dos lados de la plataforma; la red social contrata sus servicios a los anunciantes, mientras que ofrece a sus usuarios el acceso gratuito a sus servicios. Sin embargo, teniendo en cuenta la consideración del *big data* como un *input* más en el proceso productivo, la transacción plataforma-usuario no se realiza a un precio monetario cero (Allende Salazar, 2020, pp. 4-5), tal y como aparentemente pudiera parecer. Normalmente, el usuario cae en este equívoco influido por la sensación de gratuidad del servicio (CEPD, 2014, p. 32) y consiente, en muchas ocasiones de forma automática, en facilitar uno de los recursos más valiosos para las plataformas digitales: el acceso a sus datos personales. En virtud de ello, la plataforma digital recibe un influjo constante de *big data* con un elevado valor comercial (p. 10), tanto como el usuario permanece y opera en la plataforma digital. De hecho, la OCDE en 2013 ya estimó el valor económico de los datos facilitados por los usuarios a las plataformas digitales en 300.000 millones de euros, y se esperaba que esta cifra se pudiera llegar a triplicar en 2020 (p. 9). En algunas plataformas digitales, esta gratuidad aparente se ve matizada, ya que solamente parte de sus servicios están disponibles para los usuarios gratuitamente, pero en cambio la prestación de sus servicios completa solamente se realiza previo pago (este modelo de negocio se categoriza bajo el concepto de *freemium*) (Petit *et al.*, 2021, pp. 24-25).

Esta relación esencialmente patrimonial entre usuario y plataforma no asegura la privacidad de los datos que se han facilitado, sin perjuicio de que al responsable del tratamiento de datos se le imponen toda una serie de obligaciones para preservar la protección de los datos de su titular (Hernández Corchete, 2018, pp. 293 a 300), a las que atenderemos posteriormente.

2.3. Contenido constitucional del derecho a la protección de datos personales

El ciudadano medio cada día, aún sin hacerlo conscientemente, genera, a través del mero acceso a internet, toda una serie de datos que pueden integrarse en sistemas de IA a una velocidad creciente. En 2014, ya se estimó que en 2020 el almacenamiento digital de datos en línea alcanzara 44 ZB (zettabytes), mientras que en 2009 esta cifra solamente era de 5 ZB (International Data Corporation, 2014, p. 3). A pesar de que este fenómeno es relativamente nuevo, el derecho a la protección de datos personales se ha reconocido en nuestro sistema constitucional, con tal de atajar los riesgos que plantea, desde una perspectiva puramente iuspublicista.

Por una parte, el artículo 8 del CDFUE hace prevalecer el derecho a la protección de los datos de carácter personal, cuyo tratamiento se sujeta a una serie de principios, concretizándose en un gran poder de intervención sobre las modalidades de su tratamiento (Martínez López-Sáez, 2018). Sobre esta base jurídica, en relación con el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹³, que exige una regulación a nivel comunitario para la protección de las personas físicas respecto del tratamiento de sus datos de carácter personal, encontramos el RGPD.

Haciendo uso de la competencia específica que se le confiere en el TFUE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido delimitando su alcance mediante sucesivos pronunciamientos. Ya en 2016, en el asunto *Digital Rights Ireland Ltd.*¹⁴, el tribunal reconoció que la mera conservación de datos de carácter personal supone por sí sola una injerencia tanto en el derecho a la vida privada (ex art. 7 CDFUE) como en el derecho a la protección de datos.

En un sentido similar, en el ámbito del Consejo de Europa, la sentencia *Marper c. Reino Unido*¹⁵ indicó que el simple almacenamiento de datos personales equivale a la interferencia con el contenido del artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales¹⁶ (CEDH), que garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar, integrado igualmente por el derecho a la identidad¹⁷. Sigue la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que para ponderar si efectivamente se ha producido una violación de dicho precepto, se debe atender al tratamiento de esos datos, tanto respecto de los procesos a los que se iba a someter como a los resultados que se fueran a obtener.

Por su parte, desde la perspectiva nacional, aunque el artículo 18 de la CE no lo reconoce explícitamente, la STC 292/2000¹⁸ sentó que el derecho fundamental a la protección de datos se deriva de este precepto constitucional –apartado cuarto– y que, además, es un derecho fundamental autónomo respecto del derecho a la intimidad –apartado primero–. A pesar de que ambos derechos comparten un fundamento común, que es la dignidad humana, cuyo respeto se reconoce en el artículo 10.1 de la CE (Martínez López-Sáez, 2018, p.

¹³ DOUE C-326, 26 de octubre de 2012, pp. 1-390. (ELI: <http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj>).

¹⁴ Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014. *Digital Rights Ireland Ltd c/ Minister for Communications, Marine and Natural Resources y otros y Kärntner Landesregierung y otros*, Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, apartados 33 a 37.

¹⁵ Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 4 de diciembre de 2008. *S. y Marper c/ Reino Unido*, 30562/04 y 30566/04, apartado 67.

¹⁶ BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570.

¹⁷ Sentencias del TEDH (Sección Quinta) de 26 de julio de 2014. *Mennesson c/ Francia*, 65192/11, (ECLI: CE: ECHR:2014:0626JUD006519211) y de 26 de julio de 2014. *Labassee c/ Francia*, 65941/11, (ECLI: CE: ECHR:2014:0626JUD006594111).

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 292/2000, de 30 de noviembre.

22-24) –que es también premisa axiológica del catálogo de la CDFUE y el CEDH–, el derecho a la protección de datos garantiza un control de la persona sobre ellos, así como el uso o destino que se vaya a realizar a partir de ellos, tal y como ya señaló la STC 94/1998¹⁹. En el marco de esta interrelación, el Tribunal Supremo²⁰ ya apuntó que el reconocimiento de la propia identidad es intrínseco al libre desarrollo de la personalidad, ex artículo 10.1 de la CE.

Teniendo en cuenta lo anterior, el control real del titular de esos datos personales realmente recae sobre la construcción digital (Martínez López-Sáez, 2018, p. 25) que se pueda realizar de él a partir de sus datos. Dicho control se integra en la esfera de su autorrealización e identidad personal-digital, independientemente de si estos datos personales guardan semejanza alguna con la realidad (Piñar Mañas 2018, pp. 97 a 101).

Cabe incidir en el hecho de que se dispensa protección a todos aquellos datos que permitan la identificación de la persona, y no solamente a aquellos datos más íntimos. El derecho fundamental a la protección de datos alude a toda aquella información que pueda contribuir a identificar a la persona física (Domínguez Álvarez, 2021, pp. 4-5), de forma contraria al principio de igualdad (Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, 2018, pp. 56 a 59), y que en este sentido pueda ser utilizada para justificar decisiones públicas o privadas (Troncoso Reigada, 2010). Es decir, «la protección de datos no solo trata sobre la protección de datos, sino principalmente sobre la protección de las personas que hay tras los datos» (Piñar Mañas, 2018, pp. 109 a 111).

Tanto desde una perspectiva puramente nacional como comunitaria, el derecho a la protección de los datos personales colisiona con otros derechos del mismo rango, tales como la libertad de empresa o la propiedad privada, por lo que, para determinar la prevalencia de uno frente a otro, deberá tenerse en cuenta su función social, dado que no existe esa preponderancia de uno sobre el otro (Martínez López-Sáez, 2018, p. 27).

Precisamente por el hecho de que la configuración constitucional del derecho que analizamos no se define constitucionalmente en abstracto (Troncoso Reigada, 2010, p. 53), sino otorgando toda una serie de facultades a su titular –para limitar el uso de la informática, en los términos del propio art. 18.4 CE– nos encontramos con la LOPD, sin perjuicio de que las medidas de injerencia en el derecho fundamental debían, al menos, tener calidad de ley (Hernández Corchete, 2018, pp. 290 a 293).

Dado que el fenómeno del *big data* es completamente heterogéneo, hasta el punto de que no se le puede dar una definición unívoca, sus manifestaciones –que necesariamente resultarán en una injerencia en la vida privada e intimidad del individuo– se pueden dar en el seno de las decisiones de distintas autoridades administrativas. La injerencia que men-

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 94/1998, de 4 de mayo de 1998.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 28 de febrero de 2008.

cionamos se puede dar, tanto en la forma de intercambio de información entre distintas Administraciones²¹ como en el tratamiento de todo tipo de información sensible y personal, tales como datos sobre antecedentes policiales²², médicos²³, sanitarios²⁴ o laborales²⁵.

Tan amplia es la heterogeneidad que señalamos que incluso se extiende al ámbito privado, en el que el *big data* se pone al servicio del ánimo de lucro en algunos de los ejemplos que exponemos a continuación. Algunas de estas manifestaciones han sido ya atajadas por la jurisprudencia europea o bien escapan a la normativa actual (Gudín Rodríguez Magariños, 2018).

En este sentido, tenemos el fenómeno de la videovigilancia –incluso mediante el sistema GPS²⁶– que en la medida que resulta en la grabación de individuos y en el almacenamiento de estos datos, entra en el ámbito de la protección de los datos personales y supone una injerencia en la vida privada, tal y como lo reconoció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁷. Tenemos también todo aquello relacionado con el inminente y creciente internet de las cosas –que son toda una serie de dispositivos electrónicos instalados en el hogar y de uso cotidiano, a partir de los que se recopilan datos para diseñar futuras estrategias de ventas o nuevos prototipos, por ejemplo, Alexa de Amazon–, que supone una injerencia en la intimidad clara, en los términos que hemos expuesto anteriormente. Además, nos encontramos igualmente con el fenómeno de la computación en la nube, cuyos riesgos en relación con la protección de datos ya se expusieron en el dictamen del Grupo de Protección de Datos en el seno de la Unión Europea, por ser una herramienta especialmente dañina que facilita la falta de control y transparencia sobre los datos personales²⁸.

²¹ Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 1 de octubre de 2015, *Smaranda Bara y otros contra Președintele Casei Națională de Asigurări de Sănătate y otros*, asunto C-201/14 (ECLI:EU:C:2015:638), apartados 29 a 46.

²² Sentencia del TEDH (Sección Quinta) de 18 de septiembre de 2014, *Brunet c. Francia*, 21010/10, (ECLI:CE: ECHR:2014:0918JUD002101010).

²³ Sentencia del TEDH (Sección Tercera) de 18 de octubre de 2016, *Vukota-Bojic c. Suiza*, 61838/10, (ECLI:CE: ECHR:2016:1018JUD006183810).

²⁴ Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 19 de octubre de 2005, *Roche c. Reino Unido*, 32555/96, (ECLI:CE: ECHR:2005:1019JUD003255596).

²⁵ Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 3 de abril de 2007, *Copland c. Reino Unido*, 62617/00, (ECLI:CE: ECHR:2007:0403JUD006261700).

²⁶ Sentencia del TEDH (Sección Quinta) de 2 de septiembre de 2010, *Uzun c. Alemania*, 35623/05 (ECLI:CE: ECHR:2010:0902JUD003562305), apartado 46.

²⁷ Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 11 de diciembre de 2014, *František Ryneš contra Úřad pro ochranu osobních údajů* (C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428), apartados 21 a 35.

²⁸ Grupo de Protección de Datos del Artículo 29 (2012). *Dictamen 05/2012 sobre la computación en nube* (01037/12/ES). <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp196_es.pdf>.

Se desprende de todo ello que además de heterogéneo, este es un proceso en construcción, en la medida que se producen lanzamientos constantes en el mercado de nuevas aplicaciones y sistemas tecnológicos (Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, 2018, pp. 45 a 51). Por tanto, el derecho a la protección de datos no puede definirse de una forma cerrada, dados los riesgos dinámicos con los que se enfrentan en el día a día. En este sentido, resulta prácticamente inútil que el legislador trate, en sede de regulación, de atajar aisladamente cada manifestación tecnológica (Hernández Corchete, 2018, pp. 273 a 295).

Aun así, los retos que se han planteado en la esfera constitucional –directamente o por derivación del art. 10.1 CE– han descendido a la regulación administrativa, en el ámbito circunscrito a la protección de datos, aislada de otras líneas de actuación, tales como la regulación en el ámbito *antitrust*.

3. Regulación e intervención administrativa sobre el fenómeno del *big data*

3.1. El ámbito de protección de datos desde una perspectiva crítica

El *big data* puesto al servicio de los sistemas de IA, entre otros sistemas técnicos y tecnológicos puestos a disposición de las empresas, forman una cadena –podríamos afirmar de producción– para que las empresas que poseen esos datos puedan generar valor. Frente a ello, el RGPD impone exigencias regulatorias de protección del consumidor, del usuario, así como del ciudadano en general, sobre el responsable del tratamiento de datos, de una forma proactiva (art. 5.2 RGPD) (Hernández Corchete, 2018, pp. 283 a 285).

Frente a la amenaza que suponen las GAFA, residenciadas en su mayoría en los Estados Unidos, y que, hasta hace poco escapaban del alcance del regulador comunitario, el RGPD dota de eficacia extraterritorial (Hernández Corchete, 2018, pp. 288 a 290) a sus disposiciones en relación con el tratamiento de datos desarrollado fuera de las fronteras europeas, con apoyo en la jurisprudencia comunitaria²⁹ que ya se había pronunciado a favor de esta posición. En este sentido, el RGPD en su artículo 3 garantiza que se produzca este flujo transfronterizo de la regulación, ya que se aplica el principio de territorialidad de apli-

²⁹ Sentencias del TJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014. *Digital Rights Ireland Ltd c/ Minister for Communications, Marine and Natural Resources y otros y Kärntner Landesregierung y otros*, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 (ECLI:EU:C:2014:238), apartados 33 a 37; de 13 de mayo de 2014, *Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*, asunto C-131/12 (ECLI:EU:C:2014:317), apartados 45 a 60; y de 6 de octubre de 2015, *Maximilian Schrems contra Data Protection Commissioner*, asunto C-362/14 (ECLI:EU:C:2015:650) apartados 44 y 45.

cación de las normas, que sitúa el centro de gravedad de la relación jurídica en función de la nacionalidad del titular de los datos personales, y no en la nacionalidad del responsable del tratamiento de datos (Hernández Corchete, 2018, pp. 285 a 290). Es decir, si por ejemplo Facebook tiene la intención de tratar los datos personales de ciudadanos alemanes, franceses, italianos o españoles, tendrá que sujetarse tanto a las exigencias del RGPD como a las especificaciones de las legislaciones nacionales correspondientes.

Además, resulta de interés destacar que el RGPD solamente se ocupa de regular aquellos datos personales, es decir, aquellos que pueden identificar directa o indirectamente a una persona física (ex art. 4). Con ello, por tanto, se deja fuera al conjunto de datos no personales (considerando 26) que también integran el *big data* y que son susceptibles de generar valor para las empresas tras su procesamiento y refinamiento mediante sistemas de IA. En la propuesta de la DMA, en concreto en su artículo 6 i) se impone a los *gatekeepers* la obligación de no facilitar gratuitamente aquellos datos generados por los propios usuarios de la plataforma, por su indudable valor económico, sin perjuicio de que no se contempla previsión alguna para aquellos supuestos en los que tales datos se transmitan de forma onerosa.

El RGPD establece toda una serie de garantías de cara a la protección del derecho a la protección de los datos personales, como obligaciones que recaen sobre el responsable del tratamiento. En primer lugar, este debe diseñar sus sistemas de IA teniendo en cuenta los riesgos que pueden entrar en colisión con los derechos fundamentales, ya que él es el que los conoce con mayor exactitud (ex art. 24 RGPD). En segundo término, debe regir en su actuación tanto el principio de minimización de datos –es decir, que solamente se utilicen datos adecuados, pertinentes y necesarios teniendo en cuenta los fines a los que se van a destinar– (Martínez Martínez, 2018, pp. 275 a 277), como de anonimización (cuando sea posible) en el acceso a los datos personales de sus usuarios (art. 5.1.c RGPD). Alternativamente, la licitud del tratamiento también puede fundamentarse en el consentimiento recabado de la persona que será individualizada mediante el acceso a estos datos (art. 6.1.a RGPD). No obstante, el consentimiento debe ser otorgado de manera afirmativa y tiene que reflejar una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca del sujeto cuyos datos son objeto del tratamiento.

Sin embargo, hasta el momento resulta acuciante la falta de regulación respecto a la integración de los datos personales en los sistemas de IA. Este proceso, en el que se desarrolla la esencia del tratamiento de los datos personales, se encuentra con grandes cortapisas, dado que colisiona con otros derechos igualmente relevantes tales como los derechos de propiedad intelectual. Se podría sostener que este fenómeno, por lo que se refiere a la elaboración de perfiles, ya está contemplado en el artículo 22 del RGPD y el artículo 18 de la LOPD, aunque lo está de forma tenue, puesto que solo se reconoce el derecho del usuario a oponerse a que se tomen decisiones exclusivamente basadas en el *profiling* generado a través de sistemas de IA. Si nos fijamos detenidamente en este extremo de la regulación, solamente se reprocha el hecho de basar las decisiones exclusivamente en el perfil que se ha generado, pero nada impide que sea uno de los elementos a considerar en la toma de

decisiones, sin perjuicio de las buenas prácticas que se recomienden por el CEPD, en virtud del artículo 70.1 f) del RGPD. Otros organismos internacionales como la OCDE³⁰ y el G-20³¹ también impulsan recomendaciones sobre el uso ético de los sistemas de IA (Leslie *et al.*, 2021), aunque siempre en forma de *soft law*, por lo que este extremo del *profiling* sigue quedando huérfano en el plano de la regulación.

En un movimiento que marcará sin duda un hito en esta materia, el pasado 21 de abril de 2021 la Comisión Europea también presentó una propuesta de Reglamento de la IA³², que incluso prevé un catálogo de sanciones en esta materia. En este sentido, proponemos que, aunque las exigencias impuestas al responsable del tratamiento podrían ser más livianas a aquellas que hemos señalado anteriormente, deberían igualmente asegurar que las empresas diseñen algoritmos adecuados y transparentes. Algunos autores incluso sostienen que el cambio normativo debiera introducir un derecho de los afectados por la decisión de integrar sus datos personales en los algoritmos a conocer su contenido, las variables y ponderación que se realiza de cada una de ellas, así como el tipo y clase de datos al que se le ha dado acceso al sistema de IA (Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, 2018, pp. 44 y 45).

Siguiendo con el análisis crítico de la normativa de protección de datos actual, el artículo 6.1 f) del RGPD contempla los tratamientos de datos personales ligados a actividades de interés privado desvinculados de aquellos motivados en el interés público, ya que persiguen finalidades distintas. Mientras que respecto de estos últimos el RGPD se remite al legislador nacional para fijar cuáles son tales fines de interés público, los primeros se admiten incluso sin el consentimiento del titular de los datos, siempre que sean necesarios para la satisfacción de estos intereses y con el límite de que no prevalezcan los derechos fundamentales apuntados anteriormente que podrían quedar afectados. Por tanto, tenemos que la legislación nacional de los Estados miembros no puede determinar qué intereses privados son más legítimos que otros, sino que este interés, tal y como queda definido en el RGPD, ya es título habilitante del tratamiento. En este sentido, el legislador comunitario se decanta por una mayor uniformización del sistema de protección de datos personales, con el fin de potenciar una mayor competencia entre el tratamiento de datos destinado a la actividad privada de las empresas en el mercado. Es decir, como contemplamos en otras ocasiones, desde la esfera comunitaria se persigue idéntico objetivo: la consecución del mercado interior (Hernández Corchete, 2018, pp. 285 a 292). Todo este régimen regulatorio compele al responsable del tratamiento, pero de forma moderada, por cuanto que contiene una definición abierta de las circunstancias que podrían conducir a una multa sancionadora, sin que

³⁰ Recommendation of the Council on Artificial Intelligence (OECD/Legal/0049), 22 de mayo de 2019. <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>>.

³¹ G20 Ministerial Statement on Trade and Digital Economy, June 2019. <<https://www.mofa.go.jp/files/000486596.pdf>>.

³² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, COM(2021) 206 final. <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-european-approach-artificial-intelligence>>.

necesariamente su incumplimiento conlleve a una reacción sancionadora inmediata como consecuencia del incumplimiento.

Por tanto, al haber realizado este análisis crítico de la regulación, se evidencia que el RPGD y su posterior plasmación en la LOPD dejan grandes lagunas exentas de regulación por las que se puedan colar flagrantes infracciones del derecho fundamental a la protección de datos, que podrían colmarse con la interacción con otras ramas jurídicas tales como el derecho *antitrust*.

3.2. Solapamientos entre el derecho regulatorio y el derecho de la competencia: evolución y posibles soluciones

Los datos de los usuarios, principalmente de las plataformas digitales, además de un «rasgo» de la personalidad que merecen la protección constitucional a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, representan también un insumo que, tratados conjuntamente mediante sistemas de IA generan un *output* de gran valor económico. Aun siendo cierta esta premisa que justifica la consideración del *big data* como un elemento más a tener en cuenta en los análisis de las autoridades de competencia (Ferrer y Pol, 2020), tal y como señaló el CEPD en 2014 (CEPD, 2014, pp. 6-7), esta materia es tratada tanto por las autoridades de competencia como las agencias de protección de datos de forma fragmentaria (Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, 2018, pp. 63- 65).

Es decir, existe un curso paralelo entre las líneas de actuación que utilizan ambas para atajar una misma preocupación (Sokol y Comerford, 2016): hasta qué punto el *big data* es nocivo para los usuarios de las plataformas digitales y, a grandes rasgos, para la sociedad en su conjunto. Ohlhausen y Okuliar (2015), en un intento de sistematizar este fenómeno fragmentario, indican las razones por las que estas dos líneas de actuación discurren hasta el momento de forma paralela, y señalan en qué manera deberían interactuar ambas ramas del derecho. Su análisis parte de que los datos personales se han convertido crecientemente en un *input* empresarial, pero resulta complicado asociarles un valor concreto en relación con el precio del servicio, por lo que desde la perspectiva del derecho de la competencia resulta metodológicamente complicado encajar este elemento en sus análisis. Asimismo, señalan que resulta empíricamente impreciso forzar las herramientas *antitrust* para que encajen con los riesgos generados por el *big data* en sede de la protección de los datos de los usuarios. Según lo que sostienen, el *big data* tratado mediante los sistemas de IA oportunos conlleva a una mayor innovación y a la prestación de un servicio de una mayor calidad, desde una perspectiva puramente económica.

Por tanto, todos los análisis de competencia que se centren en determinar el daño anticompetitivo del *big data* como fenómeno se asientan sobre una apreciación subjetiva del daño anticompetitivo y en modelos económicos excesivamente simplistas, y que en ocasiones adolecen de un enfoque dinámico, prestando solo atención a la perspectiva estática de los mercados digitales, lo cual es ciertamente reduccionista y miope (Petit *et al.*, 2021, pp. 4-6).

Es decir, las autoridades de competencia buscarían imponer una presunción de culpabilidad por virtud de la identidad de los supuestos infractores –principalmente los GAFAs– sin atender a la realidad fáctica, que demuestra que el *big data* es susceptible de crear grandes beneficios a los propios usuarios como a la sociedad en su conjunto. En este mismo sentido, se detecta una tendencia más acusada por realizar apreciaciones subjetivas desde la perspectiva del derecho de la competencia, como se ha puesto de manifiesto a través de los instrumentos propuestos por la Comisión Europea para combatir a aquellos operadores prevalentes en el mercado o *gatekeepers*, a través de las obligaciones que se les imponen en la DMA.

Adoptando esta misma perspectiva, cuando las autoridades de competencia han analizado los asuntos que se le presentan, tradicionalmente han dejado fuera todas las consideraciones relacionadas con el derecho a la protección de los datos personales. De esta forma, en sus conclusiones siempre omiten cualquier consideración a las normas específicas que regulan esta materia, a salvo de lo que expresen las autoridades de protección de datos competentes. Esta postura resulta cuando menos llamativa, puesto que una de las finalidades del derecho de la competencia es precisamente asegurar la competencia en el mercado para que sus resultados repercutan directamente en un mayor bienestar social. Por lo que se refleja de su actuación, por tanto, las autoridades de competencia no consideran que la protección del derecho a la protección de los datos personales se integre dentro de esta esfera de la protección del bienestar social que se persigue.

Este solapamiento entre las consideraciones de privacidad y las consideraciones *antitrust* ha seguido una clara evolución en la práctica decisoria de la Comisión Europea, en la que el papel de los datos en el control de concentraciones ha ido en un patente *in crescendo*. Así, en la operación TomTom/TeleAtlas, aprobada³³ en 2008, se reconocieron –por primera vez– los datos como un parámetro de competencia, pero no se consideró su naturaleza personal ni la aplicación de la normativa de protección de datos. Ese mismo año, la operación³⁴ Google/DoubleClick se aprobó «sin perjuicio de las obligaciones impuestas a las partes por la legislación comunitaria en relación con la protección de las personas y la protección de la privacidad con respecto al tratamiento de datos personales»³⁵. Idéntica postura se adoptó respecto de la operación Facebook/WhatsApp, aprobada³⁶ en 2014, y en la que hay una cierta sensación³⁷ de que la Comisión Europea pecó de no haber dado a los datos y las consideraciones de privacidad la importancia que tenían (relegando³⁸ esa valoración a las autoridades de protección de datos).

³³ Decisión de la Comisión Europea de 14 de mayo de 2008 (COMP/M.4854 - *TomTom/TeleAtlas*).

³⁴ Decisión de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2008 (COMP/M.4731 - *Google/DoubleClick*).

³⁵ *Ibidem*, párrafo núm. 368.

³⁶ Decisión de la Comisión Europea de 13 de octubre de 2014 (COMP/M.7217 - *Facebook/WhatsApp*).

³⁷ *Vid.*, entre otros, Allende Salazar (2020, p. 425).

³⁸ *Ibidem*, párrafo núm. 164.

No fue hasta el 2016, con la operación³⁹ Microsoft/LinkedIn en que se sentaron las bases para un cambio de paradigma. En ella, la autoridad comunitaria examinó por primera vez en qué medida la pérdida de control sobre los datos personales de una empresa en favor de la otra y la lesión de la privacidad de sus usuarios podría suponer un daño competitivo. De hecho, se tuvieron en cuenta las propias limitaciones que impondría el RGPD en el futuro cercano para descartar que Microsoft tuviera la posibilidad de transmitir y tratar datos personales con fines esencialmente comerciales. Como es lógico en este tipo de supuestos, la Comisión Europea tuvo en cuenta que el bienestar del consumidor podría verse afectado por la acumulación de *big data* por las empresas que se concentran, en concreto porque podrían darse decrementos en la calidad de los productos y en la innovación razonablemente prevista para las empresas competidoras en el mercado (Herrero Suárez, 2018, pp. 673 a 680). Este nuevo enfoque se vio confirmado en 2018, en idénticos términos y con las mismas referencias explícitas a la normativa de protección de datos y el RGPD, al aprobar la operación⁴⁰ Apple/Shazam.

En una reciente intervención pública⁴¹, la comisaria Vestager advirtió a la compañía Apple de que los cambios que había introducido en su política de privacidad –encaminada a proteger más a los usuarios– no podía otorgar una ventaja injustificada a sus aplicaciones frente a las de sus competidores, en cuyo caso consideraría una infracción de la normativa de competencia. Sin llegar ninguno de ellos a culminar en sanción, esta misma práctica ha sido objeto de expedientes *antitrust* por parte de las autoridades de competencia italiana⁴², inglesa⁴³ y francesa⁴⁴.

¿Cómo establecer el adecuado equilibrio entre protección de la privacidad y protección de la competencia? En el marco de este binomio, y la convergencia entre ambos bienes jurídicos, examinaremos casuísticamente aquellos otros hitos que se han dado en la práctica decisoria de las autoridades *antitrust* como intentos por aproximar ambas materias, sin necesidad de incurrir en premisas axiológicas rotundas sobre el daño causado por el *big data*.

4. La práctica ante las autoridades de competencia

Como paso previo a realizar este análisis, señalaremos, siquiera brevemente, cuáles son las tres grandes líneas de intervención del derecho de la competencia sobre la actividad de los operadores en el mercado. Por una parte, tenemos la actuación estrictamente sancio-

³⁹ Decisión de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2016 (COMP/M.8124 - *Microsoft/LinkedIn*).

⁴⁰ Decisión de la Comisión Europea de 6 de septiembre de 2018 (COMP/M.8788 - *Apple/Shazam*).

⁴¹ <<https://www.reuters.com/article/idUSL1N2KE243>>.

⁴² Nota de prensa (en inglés): <<https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2020/10/A542>>.

⁴³ Resumen del caso en: <<https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-apple-appstore>>.

⁴⁴ Nota de prensa (en inglés): <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/targeted-advertising-apples-implementation-att-framework-autorite-does-not-issue>>.

nadora que atiende a la conducta de los competidores en el mercado, ya sea a través de acuerdos entre ellos –prácticas colusorias–, prohibidos por el artículo 101 del TFUE y por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, LDC), o bien porque uno de ellos se prevalece de su posición de dominio en el mercado –abuso de posición dominante–, prohibido por el artículo 102 del TFUE y el artículo 2 de la LDC.

Por otra parte, nos encontramos con la intervención de la autoridad de competencia en las operaciones de adquisición y fusión entre empresas, es decir, las concentraciones entre empresas. Estas últimas, sobre las que nos centramos en su desarrollo más reciente en relación con el tratamiento de datos personales, están regidas principalmente por el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas⁴⁵.

Las autoridades de competencia realizan un análisis prospectivo para determinar cuáles serán los efectos que generarán estas operaciones para asegurar el correcto funcionamiento del proceso competitivo en el futuro. De esta forma, se trata de determinar el daño competitivo que se generará en el mercado por la eliminación de al menos uno de los competidores del mercado (uno de ellos en caso de absorción o ambos en caso de constituir una *joint-venture*). Como es lógico, solamente las operaciones más relevantes del mercado, sujetas a determinados umbrales fijados en función del volumen de negocios de las empresas concurrentes, son analizadas por las autoridades de competencia. Una vez determinado que procede este análisis, las concentraciones pueden ser aprobadas en primera fase (porque la operación no plantea problema alguno para la competencia o porque se concluyen compromisos con la autoridad suficientes para atender los riesgos anticompetitivos de esta), o bien en segunda fase, en la que se analizan aquellas operaciones que ocasionan unos problemas de competencia más complejos y que requieren de un análisis detallado y detenido de la autoridad.

4.1. La operación de concentración Google/Fitbit

En una afirmación que, con el tiempo, ha ido cobrando cada vez más relevancia, señaló hace pocos años la actual vicepresidenta de la UE que «a medida que los datos sean más importantes para la competencia, tendremos que examinar más detenidamente aquellas operaciones que impliquen la acumulación de grandes volúmenes de datos»⁴⁶.

En efecto, ante la propuesta de adquisición de Fitbit por parte de Google⁴⁷, cuyo análisis recayó en la Comisión Europea, la autoridad manifestó en primera fase su preocupa-

⁴⁵ DOUE L 024, 29 de enero de 2004, p. 1-22. (ELI: <<http://data.europa.eu/eli/reg/2004/139/oj>>).

⁴⁶ M. Vestager, comisaria de la Competencia en la Unión Europea (Comisión Europea). Speech: «Clearing the path for Innovation», Web Summit, Lisboa (Portugal), 7 de noviembre de 2017.

⁴⁷ Adquisición anunciada en noviembre de 2019. <<https://blog.google/products/devices-services/agreement-with-fitbit/>>.

ción por el posible impacto de la operación, teniendo en cuenta la posición dominante que Google ya ostentaba en el mercado de las búsquedas online en el mercado interior común. La entidad resultante de la fusión tendría acceso al *big data* de Fitbit, que contiene sobre todo datos sobre la salud de sus usuarios, puesto que sus dispositivos recopilan información sobre el latido de su corazón, su ingesta de calorías diaria, las distancias recorridas o sus hábitos de sueño, entre otros.

La Comisión temía que Google pudiera utilizar estos datos para diferenciarse de sus competidores, tanto en los mercados de la publicidad en línea como en el mercado de los servicios de *ad tech* (herramientas analíticas y digitales utilizadas para facilitar la venta y compra programática de publicidad digital). Paralelamente, los operadores del mercado consultados en la operación, autoridades de protección de datos y autoridades de competencia⁴⁸ ya habían señalado que la operación planteaba serios problemas en relación con la pérdida de control por parte de los consumidores sobre sus datos sanitarios. De ahí que la adquisición de Fitbit aumentaría las barreras de entrada en el mercado, causando un perjuicio a los anunciantes, que se enfrentarían a precios más altos y menos competitivos.

Teniendo en cuenta todo ello, la Comisión Europea dio paso a la segunda fase de la evaluación⁴⁹. La preocupación de la autoridad comunitaria era que Google pudiese afianzar aún más su posición en el mercado de la publicidad en línea a través del acceso a la base de datos de Fitbit. En efecto, al igual que en otras operaciones de concentración similares en el ámbito de los mercados digitales, se tomó en cuenta si la recopilación de los datos de ambas empresas podría ser utilizada para mejorar el servicio de publicidad online de Google.

En este sentido, la Comisaria Vestager afirmó⁵⁰ que la investigación pretendía «garantizar que el control por parte de Google de los datos recogidos a través de los dispositivos wearables, como resultado de la transacción, no distorsione la competencia». Esto es así, ya que el uso de estos dispositivos por parte de los consumidores europeos parece que se irá intensificando en el futuro próximo, aumentando por tanto los datos a disposición de Google, lo que a su misma vez podrá resultar en que este trate datos masivamente para su propio beneficio. Por su parte, el CEPD ya había expresado su inquietud en relación con la privacidad de los datos de los usuarios de Fitbit y con las posibles infracciones del RGPD en las que Google podría incurrir combinando y acumulando los datos sanitarios de los usuarios de Fitbit⁵¹.

⁴⁸ En particular, la autoridad australiana de competencia había indicado que existe una fuerte interacción entre los datos y la competencia. <<https://www.accc.gov.au/public-registers/mergers-registers/public-informal-merger-reviews/google-llc-proposed-acquisition-of-fitbit-inc>>.

⁴⁹ Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 4 agosto de 2020, ref. IP/20/1446. <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1446>.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ CEPD, comunicado de prensa del 20 febrero de 2020. <https://edpb.europa.eu/news/news/2020/eighteenth-edpb-plenary-session_en>.

Una vez concluidas sus investigaciones, la Comisión Europea autorizó la operación, condicionada al cumplimiento por parte de Google de un paquete de compromisos durante 10 años, bajo la supervisión de un comisario. Según estos compromisos, Google no podrá utilizar los datos sanitarios adquiridos a través de Fitbit para mejorar la publicidad dirigida al ámbito del Espacio Económico Europeo (EEE). Además, tendrá que almacenar separadamente los datos procedentes del *big data* de Fitbit y los datos relativos a los usuarios de Google. En el comunicado de prensa en el que hizo pública su decisión, la Comisión Europea reafirma que la operación se autoriza sin perjuicio de la obligación de Google de cumplir con el RGPD en el tratamiento de los datos sanitarios de los consumidores, puesto que ya existen herramientas regulatorias específicas para abordarlas. En estos términos se expuso que:

la investigación de la Comisión Europea determinó que Google deberá acreditar la conformidad de la operación de acuerdo con las disposiciones y principios del RGPD, que incluso permitirían prohibir el tratamiento de los datos sanitarios obtenidos, salvo que los usuarios consientan expresamente a que se realice dicho tratamiento. *Estas consideraciones no se pueden realizar en el ámbito del control de concentraciones*, dado que hay herramientas regulatorias más adecuadas para determinar la conformidad de la conducta de Google con el RGPD⁵².

Aunque soterradamente la Comisión Europea *de facto* entró a analizar las cuestiones relativas a la protección de los datos personales de los usuarios, tanto de Google como de Fitbit, insiste en que no es materia objeto del derecho de la competencia.

Naturalmente, este enfoque tan favorable a la operación, que la considera exenta de riesgos para el mercado y para los consumidores, no es compartida por todos. Sirva, como botón de muestra el informe⁵³ publicado por el Centre for Economic Policy Research, enormemente crítico con la autorización de esta operación de concentración, ya que, en su opinión, supone un daño directo a los consumidores, un fortalecimiento de la ya dominante y excluyente posición de Google en el mercado de los datos (en este caso, además, especialmente sensibles, por tratarse de datos sanitarios), y una operación cuya única finalidad es monetizar dichos datos.

Este documento, además de proponer una serie de teorías del daño muy sugerentes para abordar los problemas que estamos analizando en estas páginas (relativas a la acumulación de datos, la discriminación monopolística, etc.) señala, en frontal oposición a las palabras que acabamos de citar de la comisaria Vestager, que

⁵² Comisión Europea, comunicado de prensa IP 20/2484 (la cursiva es nuestra).

⁵³ CEPR Policy Insight núm. 107, September 2020: Google/Fitbit will monetise health data and harm consumers. <https://cepr.org/sites/default/files/policy_insights/PolicyInsight107.pdf>.

los problemas que la operación plantea respecto a la privacidad de los datos amplifican nuestra preocupación. Las disposiciones del RGPD tienen sus limitaciones regulatorias, pero el incumplimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales está especialmente relacionado, a su misma vez, con el poder de mercado de Google.

Luego, las cuestiones relativas a la privacidad... ¡sí son una cuestión que atañe a la política de competencia⁵⁴!

4.2. El caso *Bundeskartellamt c. Facebook*

Como venimos señalando, la incorporación de los datos personales como *activo* estratégico en los modelos de negocio de las empresas ha supuesto, en la práctica, que la normativa de protección de datos interaccione con la política de competencia. En particular, en aquellas estrategias comerciales consistentes en recabar ingentes cantidades de datos de los usuarios de plataformas digitales de forma desproporcionada en relación con la actividad que presta. A este respecto, hay un amplio debate sobre si la imposición de estos términos y condiciones (TyC) por parte de las plataformas digitales puede considerarse como una cláusula abusiva, o si estas conductas constituyen una violación del RGPD, en particular por ser contrarias al principio de minimización de los datos.

A este respecto, el que hasta la fecha constituye sin duda el caso más paradigmático para ilustrar esta problemática es el que ha llevado a cabo la autoridad de competencia alemana, la Federal Cartel Office (FCO) o *Bundeskartellamt*, no por vía de control de las concentraciones empresariales, como hemos expuesto en la operación Google/Fitbit, sino por vía de la prohibición de abuso de posición dominante del artículo 102 del TFUE.

La FCO comenzó a investigar en 2016 si dichas conductas, llevadas a cabo por una empresa en posición dominante en el mercado de las redes sociales como Facebook, podrían constituir un abuso de dominio (Volmar y Helmdachb, 2018), consistente en la imposición de cláusulas contractuales abusivas en sus TyC a sus usuarios. Tras analizar detalladamente los TyC de los servicios ofrecidos por Facebook, concluyó⁵⁵ que el tratamiento integral de dichos datos personales infringía el RGPD.

Resolviendo el recurso interpuesto por Facebook, el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf (OLG) suspendió la decisión de la FCO, al apreciar que la teoría del daño cons-

⁵⁴ Y así se manifiesta desde la doctrina más autorizada. *Id.*, entre otros: Caffarra y Valetti (4 de marzo de 2020).

⁵⁵ *Facebook c. Bundeskartellamt*, asunto B6-22/16, case summary, 15 de febrero 2019, p. 4. <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3>.

truida para determinar el abuso de dominio había sido incorrecta. Señala el OLG que «el tratamiento de datos por parte de Facebook [...] no da lugar a ningún daño competitivo relevante ni a ninguna evolución indeseable de la competencia»⁵⁶. El OLG señala que la conducta prohibida y sancionada por la FCO no da lugar a un resultado anticompetitivo, y que la recopilación y el tratamiento de los datos de los usuarios de Facebook no perjudica al mercado, dado que los datos en cuestión pueden duplicarse sin dificultades y ponerse a disposición de cualquier tercero, incluidos los competidores de Facebook en el mercado de las redes sociales.

El OLG cuestiona la teoría del daño construida en torno a la normativa de protección de datos, dado que no aprecia que se haya producido una pérdida de control por parte de los usuarios de sus datos personales. Esto es así, ya que los usuarios podían elegir sobre el tratamiento de sus datos, es decir, si lo autorizan o no. Si bien es cierto que Facebook condicionaba la prestación de sus servicios al consentimiento del usuario en sus TyC mediante el sistema *opt-in*, este era libre de no aceptar la política de privacidad y no registrarse en la red social.

Recurridas las conclusiones alcanzadas por el OLG, en junio de 2020 el Tribunal Federal de Justicia alemán revocó⁵⁷ dicha decisión, considerando que la recopilación de datos de los usuarios por parte de Facebook se realizó sin el consentimiento necesario y que por tanto constituye un abuso de posición de dominio.

4.3. La perspectiva estadounidense: el DOJ y la FTC contra Google y Facebook

No podemos olvidar, al realizar esta sistemática de los casos más relevantes que en los últimos años se han pronunciado sobre el impacto competitivo del *big data*, la referencia a la cuestión en el sistema jurídico de los Estados Unidos. No en vano, fue allí donde nació el derecho *antitrust* (mediante la *Sherman Act* aprobada en 1890) y las GAFA están residenciadas en suelo estadounidense, a pesar de que han expandido mundialmente su modelo de negocio. De hecho, en sede estadounidense se han incoado sendos expedientes contra Google y Amazon, exactamente por la misma práctica de abuso de posición dominante (si utilizamos sus términos, *monopolization*, sancionada por la sección 2.^a de la *Sherman Act*).

⁵⁶ OLG, *Facebook*, asunto VI-Kart 1/19, p. 6. La traducción al español ha sido realizada a partir de del texto en inglés de la decisión del D'Kart Antitrust Blog. <<https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English-1.pdf>> (traducción no oficial).

⁵⁷ Tribunal Federal de Justicia, comunicado de prensa núm. 080/2020, 23 de junio de 2020. <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2>.

El punto de partida de la investigación de ambas conductas es el informe del House Judiciary Committee Antitrust Subcommittee, publicado en octubre de 2020, que contiene una serie de recomendaciones que, para algunos analistas (López-Galdós, 6 de octubre de 2020), versan en conductas que solo resultarían perjudiciales para los consumidores. El informe asume que las GAFAs (y solo ellas) han incurrido en prácticas anticompetitivas, como el autofavorecimiento de sus productos (es decir, aprovechar su condición de *gatekeepers* para favorecer discriminatoriamente a sus propios productos frente a aquellos de sus competidores), la adquisición de empresas de nueva creación para eliminar su capacidad competitiva del mercado (*killer acquisitions*), el uso indebido de los datos recopilados y la creación de barreras de entrada en el mercado. Para resolver estos problemas de competencia que en apariencia atañen exclusivamente a las GAFAs, el informe propone revisar el sistema de competencia y la jurisprudencia existentes frente a la inmunidad antimonopolio de estas grandes empresas tecnológicas, ya que las autoridades de competencia en los Estados Unidos no han podido frenar estas prácticas anticompetitivas hasta el momento, también por una falta acuciante de recursos materiales y humanos.

Poco después de la publicación de este informe, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ, en adelante) presentó una demanda⁵⁸ contra Alphabet Inc., la empresa matriz de Google, por *monopolización* (en términos comunitarios, abuso de posición dominante). El núcleo de la demanda estriba en los contratos de distribución⁵⁹ exclusiva, consistentes en el favorecimiento de su propio buscador, firmados tanto con Apple respecto de sus dispositivos iOS como con aquellos de su propio sistema operativo Android. Estos pactos, según lo planteado por el DOJ, otorgarían una ventaja injustificada a Google e impedirían la entrada al mercado de sus competidores, afianzando así su situación cuasimonopolista (recordemos que Google tiene, en los Estados Unidos, una cuota en torno al 90 % en el mercado de las búsquedas *online*).

El punto de partida de la demanda del DOJ, y aquí es patente el paralelismo con el planteamiento asumido por la Comisión Europea en la DMA, es que Google es un *gatekeeper* monopolista en el marco de internet. En la línea que esbozamos anteriormente, el DOJ parte de que Google ostenta un «poder monopolístico», tanto en el mercado de búsquedas generales en internet como en el de la publicidad *online* derivada de búsquedas, así como en el mercado de los anuncios de texto en los Estados Unidos. Es decir, es un operador dominante en todos estos mercados. Por tanto, a través de los contratos de distribución exclusiva que apuntábamos, el DOJ señala que «al restringir la competencia en el mercado de las búsquedas generales, la conducta de Google ha perjudicado a los consumidores, reduciendo la calidad de estos servicios [...], reduciendo su capacidad de elección e impidiendo la innovación». Natu-

⁵⁸ <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download>>.

⁵⁹ Esta parte del expediente es exactamente igual al seguido en la Unión Europea años antes: Decisión de la Comisión Europea de 18 de julio de 2018 en el asunto AT.40099 - *Google Android*. <https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099>.

ralmente, la empresa se aprestó a calificar la demanda como infundada (Waler, 20 de octubre de 2020), y que no beneficiaba a los consumidores, y ha sido ya objeto de múltiples análisis⁶⁰.

A diferencia de la Unión Europea, que lleva años persiguiendo y sancionando este tipo de conductas presuntamente anticompetitivas llevadas a cabo por las GAFA, la demanda del DOJ contra Google es la primera gran ofensiva de este tipo en un par de décadas, y sin duda ha abierto la veda a otras posteriores, como la presentada⁶¹ contra Facebook pocos días después, esta vez por la Federal Trade Commission (FTC).

En la denuncia planteada por la FTC, esta afirma que Facebook ha mantenido una posición dominante en el mercado de las redes sociales personales en Estados Unidos desde 2011, con una cuota de mercado de más del 60 %. Cabe reseñar que el mercado de las redes sociales tiene barreras de entrada especialmente altas, dados sus efectos de red (una red se vuelve más atractiva a medida que un mayor número de nuestros amigos y familiares se unen a ella, por lo que resultará necesariamente menos atractivo este mercado para nuevos entrantes a él). A continuación, la FTC describe la forma en la que compete la red social en el mercado; por ejemplo, son especialmente relevantes en el modelo de negocio de Facebook la experiencia del usuario, la funcionalidad y las opciones de protección de la privacidad. El modelo de negocio de Facebook se centra en la publicidad basada en los datos personales de los usuarios que recoge la compañía y que modela su experiencia en la red social, prácticamente de forma única. De hecho, la empresa admite que obtiene prácticamente «todos sus ingresos de la venta de espacios publicitarios a los anunciantes». En 2019 Facebook generó casi 70.000 millones de dólares por el cobro a sus anunciantes por el acceso a Facebook e Instagram.

Partiendo de esta posición dominante de Facebook en el mercado de las redes sociales personales, la FTC denuncia su estrategia anticompetitiva, consistente en la adquisición de dos de sus competidores potenciales; de Instagram en 2012 y de WhatsApp en 2014. Ambas redes sociales estaban llamadas a ocupar un papel muy relevante en este mercado, por lo que Facebook las identificó como una amenaza y las adquirió para evitar tener que competir con ellas en un futuro próximo. La FTC, además, subraya que, durante este periodo, ambas redes sociales podrían haber ganado poder de mercado, a pesar de los efectos de red que Facebook poseía por su propia dimensión y, por lo tanto, las subsume en la lógica de las *killer acquisitions*. No obstante, cabe señalar que, desde una perspectiva puramente empírica, la capitalización del 75 % de este tipo de inversiones se realizan con éxito por vía de absorción, como sucede en el supuesto que nos atañe, y no vía salida a Bolsa (Petit *et al.*, 2021, pp. 42-45).

Es especialmente clamoroso, en la demanda de la FTC, la inclusión de un correo electrónico de 2008 de Mark Zuckerberg en el que afirmaba que «es mejor comprar que competir».

⁶⁰ *Vid.*, entre otros, Geradin (21 de octubre de 2020).

⁶¹ <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/1910134fbcomplaint.pdf>>.

El correo electrónico es anterior a ambas compras, lo que evidencia que ambos movimientos eran parte de una estrategia anticompetitiva. Por último, como cierre de esta estrategia, además, Facebook restringió el acceso de terceros, en su mayoría desarrolladores de *software* a las aplicaciones del grupo. Según la FTC, Facebook ha estado aplicando condiciones anticompetitivas en el acceso a las interconexiones de su plataforma (como la aplicación de interfaces de programación que están disponibles para las aplicaciones de software de terceros) y se refiere para ello a documentos internos de Facebook (principalmente correos electrónicos de altos ejecutivos, incluyendo a Mark Zuckerberg, con afirmaciones del estilo de «Instagram se ha convertido en un competidor grande y viable para nosotros en lo que respecta a las fotos móviles» o «[WhatsApp] es la mayor amenaza para nuestro producto que he visto en mis 5 años aquí en Facebook....»).

Parece, por tanto, que la estrategia comercial que se le achaca a Facebook causó un daño real, tanto a los consumidores, al privarles de la posibilidad de acceder a redes sociales alternativas, como a los anunciantes, por la pérdida de oportunidades de negocio, al subsumirse las tres redes sociales bajo la misma matriz de Facebook. En consecuencia, y siempre según la FTC, los usuarios de las redes sociales personales en los Estados Unidos se han visto privados de las eficiencias generadas por la competencia en ese mercado, tales como la innovación, las mejoras de la calidad y las opciones de los consumidores.

De todo ello se desprende que el *big data* y las formas en que se utiliza en el modelo de negocio puede influir en el daño competitivo que se genere. Como hemos comprobado analizando algunos de los principales casos analizados por las autoridades de competencia comunitaria, alemana y estadounidense, no se trata de una «caza de brujas» a las GAFAs por el simple hecho de ser *gatekeepers* en el mercado, sino que advertimos un tratamiento distinto de la materia por cada una de ellas, con el que las autoridades tratan de remediar los grandes abusos potenciados por los efectos de red de estas grandes empresas tecnológicas.

5. Conclusiones

Tradicionalmente se han considerado los datos desde su vertiente moral o personal, y por tanto como objeto de protección en cuanto derecho fundamental de la persona. Sin embargo, la digitalización de la economía y los mercados, y muy especialmente la entrada en escena de las grandes plataformas digitales, cuyo modelo de negocio reside en parte en la monetización de dichos datos, han puesto de relieve su otra vertiente, la económica o patrimonial. La protección de ambas vertientes, la personal y la económica, está a cargo principalmente de autoridades administrativas –de protección de datos y de competencia, respectivamente–, que necesariamente han de coordinar su análisis y evaluación de conductas de las empresas en el mercado y respecto de los ciudadanos.

En efecto, el *big data* es ya un *input* más en el proceso productivo de las plataformas digitales, y está llamado a ocupar un papel imprescindible en los modelos de negocio de

las empresas que operan en este ecosistema digital, así como en la labor de los Gobiernos y las instituciones públicas en la protección de los bienes que tienen encomendados, desde la propia democracia hasta la salud de los individuos. Aunque los datos no generen *per se* un valor económico por su mera posesión, sí lo hace su procesamiento y tratamiento a través de sistemas de inteligencia artificial, y cuyos resultados pueden interferir en el derecho fundamental de protección de sus datos personales. La necesidad de esta protección ha recibido plasmación normativa, tanto en nuestro texto constitucional y los textos fundacionales de la Unión Europea, como en su regulación en forma de derecho derivado mediante el RGPD.

De esta forma, la sociedad digital y los procesos y sistemas técnicos, que cada vez aparecen con una mayor frecuencia en la forma de nuevas aplicaciones tecnológicas que vienen a facilitar nuestra vida diaria, entrañan toda una serie de riesgos a los que, partiendo de la necesaria protección de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, las autoridades deben atender y responder adecuadamente. Hasta el momento, a pesar de que el RGPD ha colmado algunas de las lagunas que existían en la normativa de protección de datos, como, por ejemplo, a través de la eficacia extraterritorial de sus disposiciones, el legislador comunitario ha olvidado hasta el momento el proceso más peligroso, que debe quedar regulado en el futuro próximo: los sistemas de inteligencia artificial. No en vano el pasado 21 de abril de 2021 la Comisión Europea publicó su propuesta de reglamento sobre la IA.

A pesar de las lagunas –o, en ocasiones, los pronunciamientos contradictorios– que hemos advertido, las autoridades de protección de datos y las autoridades de competencia aún no han encontrado la forma en la que trabajar en paralelo para atajar el procesamiento y tratamiento masivo de los datos personales de los usuarios de la gran mayoría de empresas del mundo, tal vez por las imprecisiones metodológicas de sus análisis o por una falta de herramientas a su disposición para hacerlo. Un primer conato de «entendimiento» conjunto de ambas perspectivas lo encontramos en las dos propuestas de reglamentos aprobadas el pasado 15 de diciembre de 2020, la DSA y la DMA, que aspiran a construir un Mercado Único Digital, respetuoso con los derechos fundamentales y la privacidad de los ciudadanos europeos, a la vez que un eficaz aprovechamiento del potencial económico que la digitalización de las empresas y servicios ofrece.

Con todo y con ello, hemos señalado tres grandes oportunidades que las autoridades de competencia han tenido para tratar de integrar la normativa de protección de datos, aunque sea solapadamente, en sus análisis y valoraciones de las conductas de las empresas, con el fin de proteger el bienestar del consumidor, que también es objetivo último del derecho de la competencia. En primer lugar, la adquisición de Fitbit por parte de Google supuso una sacudida en el ámbito del análisis del control de concentraciones, y la decisión de la Comisión Europea autorizando la operación ha sido muy cuestionada, toda vez que permite al gigante norteamericano la adquisición de ingentes datos de salud de los ciudadanos, con la posible afectación, tanto de su derecho a la protección de sus datos personales como de la competencia en el mercado. En segundo lugar, también hemos examinado en detalle

el periplo de Facebook en sede alemana, en el que la autoridad de competencia construyó su teoría del daño anticompetitivo con base en el incumplimiento del RGPD, por la política de privacidad de la popular red social. Por último, hemos estudiado los embates que en la actualidad afrontan tanto Google como Facebook en los Estados Unidos igualmente por su política de privacidad, así como por la estrategia competitiva que han seguido para eliminar a su competencia actual o potencial en el mercado.

Todo ello nos conduce a afirmar que es necesaria, una vez ya comprobado el valor económico del *big data* en los nuevos modelos de negocio de esta también nueva economía, que se produzcan esas sinergias que proponemos entre autoridades de competencia y autoridades de protección de datos, con tal de evitar decisiones que no estén fundamentadas estrictamente en datos empíricos y que realmente atiendan a las necesidades actuales de protección de los datos personales de los usuarios.

Referencias bibliográficas

- Allende Salazar, R. (2020). Capítulo 20. Plataformas digitales y big data: retos para el derecho de la competencia; especial referencia al control de concentraciones. *Anuario de Derecho de la Competencia*, 2020.
- Antón Juárez, I. (2021). Marketplaces que personalizan precios a través del big data y de los algoritmos: ¿esta práctica es legal en atención al derecho de la competencia europeo?, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), 44.
- Autorité de la Concurrence y Bundeskartellamt. (2016). *Competition Law and Data*.
- Buttarelli, G. (2017). Big Data & Competition Law. En *Big Data & Competition Law* (pp. 1-2). Concurrences.
- Caffarra, C. y Valetti, T. (4 de marzo de 2020). Google/Fitbit review: Privacy IS a competition issue. *Voxeu Competition Report*. <https://voxeu.org/content/googlefitbit-review-privacy-competition-issue>
- Castillo Parrillas, J. A. (2019). Economía digital y datos entendidos como bienes. En *El mercado digital en la Unión Europea* (pp. 284-288). Reus.
- CEPD (Comité Europeo de Protección de Datos). (2014). Privacy and competitiveness in the age of big data.
- Davis II, J. S. y Osoba, O. A. (2016). Privacy Preservation in the Age of Big Data: A Survey. Rand Corporation. https://www.rand.org/pubs/working_papers/WR1161.html
- Díez Estella, F. (19 de diciembre de 2020). Digital Platforms and Competition Law: the new Digital Markets Act. *EULawLive. Weekend Edition*, 42, 6-19.
- División de Competencia de la OCDE (2016). *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)
- Domínguez Álvarez, J. (2021). Privacidad y horizonte tecnológico: algunas reflexiones

- al hilo del Pacto Digital impulsado por la Agencia Española de Protección de Datos. *Diario La Ley*, 48, 4-5.
- Ferrer, E. y Pol, A. (2020). Capítulo 5. Protección de datos y derecho de la competencia. En M. A. Recuerda Girela (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia* (pp. 119-142). Civitas.
- Geradin, D. (21 de octubre de 2020). *The U.S. v. Google: A preliminary analysis in ten points*. <https://theplatformlaw.blog/2020/10/21/the-u-s-v-Google-a-preliminary-analysis-in-ten-points/amp/>
- Geradin, D. (18 de febrero de 2021). *What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the EC proposal for a Digital Market Act?* https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3788152.
- Gudín Rodríguez Magariños, F. (2018). Parte Específica. Epígrafe 10. Derecho a la protección de datos y las tecnologías disruptivas. En *Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos vs. Big Data*. Tirant lo Blanch.
- Hernández Corchete, J. A. (2018). Capítulo 12. Expectativas de privacidad, tutela de la intimidad y protección de datos. En T. de la Quadra Salcedo y J. L. Piñar Mañas, *Sociedad digital y Derecho* (pp. 293 a 300). Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Red.es y Boletín Oficial del Estado.
- Herrero Suárez, C. (2018). Capítulo 31. Big Data y Derecho de la Competencia. En T. de la Quadra Salcedo y J. L. Piñar Mañas, *Sociedad digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Red.es y Boletín Oficial del Estado.
- Ibáñez Colomo, P. (22 de febrero de 2021). *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*. <https://ssrn.com/abstract=3790276>.
- International Data Corporation. (2014). *The Digital Universe of Opportunities*. *International Data Corporation Journal*. <https://www.iot-journal.nl/wp-content/uploads/2017/01/idc-digital-universe-2014.pdf>
- Krzepicki, A., Wright, J. y Yun, J. (2020). *The Impulse to Condemn the Strange: Assessing Big Data in Antitrust*. *CPI Antitrust Chronicle*, February 2020, 2-4.
- Lambrech, A. y Tucker, C. E. (2015). *Can Big Data Protect a Firm from Competition?* <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2705530>
- Laney, D. (6 de febrero de 2001). *3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety*. *Meta Group* (Gartners Blog post).
- Leslie, D., Burr, C., Aitken, M., Cowls, J., Katell, M. y Briggs, M. (2021). *Artificial intelligence, human rights, democracy, and the rule of law: a primer*. The Council of Europe.
- López Galdós, M. (6 de octubre de 2020). *The HJC Report on the Future of the U.S. Competition System*. <https://www.project-disco.org/competition/100620-the-hjc-report-on-the-future-of-the-u-s-competition-system-part-1/>.
- Martínez López-Sáez, M. (2018). Capítulo 2. La dignidad humana y los derechos personalísimos como punto de partida de un derecho a la protección de datos de carácter personal. En *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal* (pp. 26-27). Tirant lo Blanch.
- Martínez, R. (2018). Capítulo 11. Inteligencia artificial, Derecho y derechos fundamentales. En T. de la Quadra Salcedo y J. L. Piñar Mañas, *Sociedad digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Red.es y Boletín Oficial del Estado.
- Mauro A. de, Greco M. y Grimaldi, M. (2017). *A formal definition of Big Data based in its essential features*. *Library Review*, 65, 122-

135. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2938397.
- OCDE (2013). Exploring Data-driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by «Big Data». OECD Publishing. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5k47zw3fcp43-en.pdf?expires=1616503551&id=id&accname=guest&checksum=F9AA98617C643E05674E3B5E7C487463>
- Ohlhausen, M. K. y Okuliar, A. P. (2015). Competition, consumer protection, and the right [approach] to privacy, *Antitrust Law Journal*, Forthcoming, <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/686541/ohlhausenokuliaraj.pdf>.
- ONU (Organización de las Naciones Unidas). (2019). Cuestiones de competencia en la economía digital. En *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo* (p. 2). https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd54_es.pdf
- Petit, N. y Teece, D. (2021). Big Tech, Big Data, And Competition Policy: Favouring Dynamic Over Static Competition. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=3229180>
- Petit, N., Teece, D. J. y Berkeley Research Group Institute. (2021). Big tech, Big Data, and Competition policy: favoring dynamic over static competition (pp. 29-31). <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3229180>
- Piñar Mañas, J. L. (2018). Capítulo 3. Identidad y persona en la sociedad digital. En T. de la Quadra Salcedo y J. L. Piñar Mañas, *Sociedad digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Red.es y Boletín Oficial del Estado.
- Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. de la. (2018). Capítulo 1. Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital. En T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo y J. L. Piñar Mañas, *Sociedad digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Red.es y Boletín Oficial del Estado.
- Sokol, D. D. y Comerford, R. (2016). Antitrust and Regulating Big Data. *George Mason Law Review*, 23(119), 1.133-1140. University of Florida Levin College of Law Research. <https://ssrn.com/abstract=2834611>.
- Troncoso Reigada, A. (2010). Capítulo primero. La configuración constitucional de un derecho fundamental a la protección de datos personales y su desarrollo por el legislador. En *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Volmara, N. M. y Helmdachb O. K. (2018). Protecting consumer and their data trough competition law? Rethinking abuse of dominance in light of Federal Cartel Office's Facebook investigation. *European Competition Journal*, 14(2-3), 195-215. <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1538033>.
- Waler, K. (20 de octubre de 2020). A deeply flawed lawsuit that would do nothing to help consumers. <https://blog-Google.cdn.ampproject.org/c/s/blog-Google/outreach-initiatives/public-policy/response-doj/amp/>



La educación constitucional

David Parra Gómez

Profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional.

Universidad de Murcia

david.parra@um.es | <https://orcid.org/0000-0002-1299-4642>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Juan Antonio Xiol Ríos, doña Lucía Casado Casado, don Gabriel Doménech Pascual, doña Alicia González Alonso, don José Damián Iranzo Cerezo y don Fabio Pascua Mateo.

Extracto

La idea misma de constitución comporta la necesidad de que la comunidad política que funda y ordena la conozca, al menos, en sus aspectos fundamentales, entendimiento que únicamente puede lograrse mediante una adecuada enseñanza del texto constitucional, que no solo se circunscriba al estudio del mismo como norma –ahí incluidas sus posibles carencias y el procedimiento para su reforma–, sino a que sepa transmitir su fundamento y los valores superiores e irrenunciables de una sociedad democrática. Así lo entendieron, con acierto, los primeros liberales españoles cuando, por primera vez en la historia del constitucionalismo, incluyeron en la Constitución de 1812 la educación constitucional como elemento clave del sistema educativo, genuina aportación del texto gaditano que, si bien desaparece de nuestras constituciones posteriores, persiste en el constitucionalismo iberoamericano. Solo las sociedades que acceden a un mayor conocimiento y reflexión sobre su sistema político constitucional tienen más posibilidades de apreciarlo, protegerlo y perfeccionarlo. De ahí que resulte determinante incorporar a los niveles educativos obligatorios una asignatura que explique –con rigor científico y neutralidad política– los rasgos esenciales de la «ideología constitucional» y del Estado social y democrático de derecho, consagrado en la Constitución española de 1978.

Palabras clave: constitucionalismo; democracia; ideario educativo constitucional.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Parra Gómez, D. (2022). La educación constitucional. *Revista CEFLegal*, 252, 105-134.



Constitutional education

David Parra Gómez

Abstract

The idea of the Constitution entails the need for the political community that founds and orders it to know it, at least in its fundamental aspects, an understanding that can only be achieved through an adequate teaching of the constitutional text, which is not only limited to the study of it as a rule –including its possible shortcomings and the procedure for its reform– but which knows how to transmit its foundations and the higher and inalienable values of a democratic society. This was rightly understood by the first Spanish liberals when, for the first time in the history of constitutionalism, they included constitutional education in the Constitution of 1812 as a key element of the educational system, a genuine contribution of the Cadiz text which, although it has disappeared from our later Constitutions, persists in Latin American constitutionalism. Only societies that have access to greater knowledge and reflection on their constitutional political system are more likely to appreciate, protect and perfect it. It is therefore crucial to incorporate into compulsory education levels a subject that explains –with scientific rigour and political neutrality– the essential features of the «constitutional ideology» and of the social and democratic Rule of Law enshrined in the Spanish Constitution of 1978.

Keywords: constitutionalism; democracy; constitutional educational ideology.

Citation: Parra Gómez, D. (2022). La educación constitucional. *Revista CEFLegal*, 252, 105-134.



Sumario

1. Introducción
 2. La preceptiva enseñanza de la Constitución, una aportación original del constitucionalismo español
 - 2.1. El artículo 368 de la Constitución de Cádiz
 - 2.2. La inserción de la educación constitucional en la *segunda enseñanza*
 - 2.3. La enseñanza de la Constitución en la universidad
 3. La cuestión educativa en las posteriores constituciones españolas
 4. La influencia del artículo 368 del texto gaditano en el constitucionalismo iberoamericano
 - 4.1. Guatemala
 - 4.2. Cuba
 - 4.3. Colombia
 - 4.4. El Salvador
 - 4.5. Honduras
 - 4.6. Nicaragua
 - 4.7. Perú
 - 4.8. República Dominicana
 5. A modo de conclusión: en defensa de la educación constitucional
- Referencias bibliográficas



El medio más eficaz para conservar firmes y estables las constituciones de los gobiernos es educar la juventud conforme a la constitución.

Aristóteles
Política, lib. V.

1. Introducción

La regulación de los derechos educativos y, por extensión, de la materia educativa en las constituciones del siglo XIX –las de las fases liberal y democrática de la evolución del Estado constitucional– se caracterizó por su ausencia o, en todo caso, por su limitación al reconocimiento de la libertad de enseñanza, consistente en la creación de centros educativos, de modo que la preocupación de las constituciones por la educación, que influirá en los diversos instrumentos internacionales reguladores de los derechos sociales, económicos y culturales, es consecuencia directa de la implementación del Estado social, tercera fase en la evolución del movimiento constitucional.

Recordemos que el constitucionalismo burgués de la primera hora partió del presupuesto primero y principal consistente en la radical separación entre el Estado y la sociedad civil, realidades indiferenciadas hasta entonces dada la tradicional ocupación y anulación de aquella por el Estado absoluto. En el nuevo esquema, y como consecuencia de la nueva visión de la sociedad como agregado de individuos aislados con el que se superaba la anterior fragmentación estamental, el Estado única y exclusivamente podía concebirse como limitado al ejercicio de funciones esenciales, constreñido el ejercicio exclusivo de las mismas y configurándose, pues, como un Estado neutral o abstencionista cuyo tamaño, por pura lógica, debía ser mínimo, ya que su función primordial era la garantía de que los particulares desarrollasen su actividad sin ningún obstáculo o traba, de forma libre y segura.

Estos planteamientos tuvieron una doble consecuencia en la regulación de la materia educativa que incorporaron las constituciones de las dos primeras etapas –la liberal y la democrática– del Estado constitucional. De un lado, tales textos constitucionales, al concebirse el Estado como Estado de mínimos y abstencionista, no configuraron a la educación como un derecho de naturaleza prestacional que reconociera un título a los ciudadanos para oponerlo frente a los poderes públicos, los cuales habrán de garantizar la efectividad de este acceso a la educación. De otra parte, y trayendo causa de lo anterior, dichas constituciones encomendaron a la sociedad civil el desarrollo de la instrucción pública y le aseguraron una esfera inmune a la injerencia de los poderes públicos en esta materia mediante el reconocimiento de la libertad para la creación de centros educativos¹. Se trataba, pues, de asegurar la libertad en la transmisión del conocimiento mediante la protección de la anterior libertad.

La evolución del constitucionalismo burgués durante los siglos XIX y XX es la del proceso de apertura de sus contenidos. Si la Constitución empezó concibiéndose como el pacto por el que se establecía el proyecto político de convivencia, tal pacto fue incorporando paulatinamente nuevos contenidos hasta abarcar el proyecto económico y social de convivencia de tal sociedad. En efecto, la crisis que advino tras la Gran Guerra en los ámbitos político (necesidad de contrarrestar la revolución bolchevique, primer modelo político que comparecía como alternativa real y efectiva al sistema constitucional) y económico (crisis del capitalismo con el crac bursátil de 1929) determinó que los Estados constitucionales introdujeran una serie de instrumentos para corregir los desajustes económicos y sociales generados por la infraestructura económica capitalista. Es por ello que las constituciones de la época (la alemana de 1919, la austriaca de 1920, la checoslovaca de 1920 o la española de 1931) alumbraron un nuevo tiempo, el del Estado social, el cual partía del presupuesto primero y primordial de que el sistema capitalista, para continuar existiendo como tal, necesitaba de la función correctora de los poderes públicos orientada a garantizar derechos de índole económico, social y cultural.

Uno de los contenidos de las primeras constituciones sociales de la época –y que desde entonces ha permanecido como propio de toda constitución posterior– consistió en la asunción por parte del Estado de la función de transformación profunda de la sociedad, orientada a lograr el pleno desarrollo de la persona en los órdenes económico y social mediante la supresión de los obstáculos que lo impidan. Esta transformación social que asume el Estado se articula esencialmente mediante el reconocimiento y la garantía del derecho a la educación, por lo que este no solo comparece como uno más de los derechos sociales, sino como el vehículo privilegiado y excepcional para acometer la transformación de la sociedad desde y por el Estado.

¹ Así lo hace, por ejemplo, el artículo 12 de la Constitución española de 1876: «Todo español podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción o de educación con arreglo a las leyes».

Buen ejemplo de ello lo encontramos en la Constitución de Weimar de 1919, con la que se inaugura en la Europa continental el Estado social y que incorpora, por primera vez, el derecho a la educación como derecho de naturaleza social y de contenido prestacional, el cual se satisfacía mediante una acción educativa de los poderes públicos que, además, estaba orientada a la consecución de ciertos fines y presentaba, asimismo, unos contenidos concretos. En efecto, tras establecer en su artículo 142 el derecho a la educación («El arte, la ciencia y su enseñanza son libres. El Estado los protege y participa en su mantenimiento»), la Constitución de Weimar señalaba en el artículo 148 que esta acción educativa tendría unos fines específicos («En todas las escuelas se procurará la formación moral, la educación cívica y el perfeccionamiento personal y profesional; todo ello conforme al espíritu nacional y de reconciliación entre los pueblos») y también un contenido concreto («La educación cívica y la enseñanza profesional forman parte de las disciplinas del plan escolar»)².

Como resultado de esa evolución, pues, la inmensa mayoría de las constituciones actuales –singularmente, las de los países de la Unión Europea y de Iberoamérica– regulan con especial detalle la materia educativa, de forma que las previsiones de estas normas fundamentales no solo se detienen en el reconocimiento del derecho a la educación como derecho social prestacional o en la proclamación de las clásicas libertades educativas (la libertad de cátedra, la libertad de creación de centros, el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones y la autonomía universitaria), sino que se extienden también a la regulación de los fines y los contenidos de la acción educativa de los poderes públicos³.

Sin embargo, sorprende que, en el momento presente, solo unas pocas constituciones incluyan entre esos fines, por un lado, la defensa de la democracia⁴ y el respeto al Estado

² Véase al respecto Polakiewicz (1993, p. 33).

³ Sobre la complejidad de la disciplina constitucional de la materia educativa en la Constitución española véase, por todos, Cotino Hueso (2012).

⁴ Son solo ocho las constituciones que específicamente recogen este fin: el artículo 14.5 a) de la Constitución de Austria de 1920, que señala expresamente a la democracia como uno de los valores de la educación; el artículo 109 de la Constitución de Noruega de 1814, el cual introduce como uno de los fines de la acción educativa «fomentar el respeto por la democracia»; el artículo 75 de la Constitución de la República Argentina de 1993, que atribuye al Senado la competencia para aprobar leyes de organización y de base de la educación que aseguren la promoción de los valores democráticos; el artículo 67 de la Constitución de Colombia de 1993, que recuerda que la misión de la educación es formar al colombiano, además de en el respeto a los derechos humanos y a la paz, en la democracia; el artículo 347 de la Constitución de Ecuador de 2008, el cual establece que corresponde al Estado «garantizar que los centros educativos sean espacios democráticos de ejercicio de derechos y convivencia pacífica»; el artículo 151 de la Constitución de Honduras de 1982, en virtud del cual la educación se fundamentará en «los principios esenciales de la democracia», y el artículo 73 de la Constitución de Paraguay de 1992, que declara como fin de la educación el respeto de los valores democráticos.

de derecho⁵ y, por otro, la llamada educación constitucional, entendida como la enseñanza del propio texto constitucional en los niveles obligatorios del sistema educativo. Y sorprende aún más, por lo que a la educación constitucional se refiere, que entre aquellas no se encuentre la Constitución española de 1978, máxime cuando la preceptiva explicación de la Constitución como elemento clave del sistema educativo constituye una de las pocas aportaciones genuinas del constitucionalismo español.

2. La preceptiva enseñanza de la Constitución, una aportación original del constitucionalismo español

2.1. El artículo 368 de la Constitución de Cádiz

Quizá una de las más originales –y, a su vez, poco conocidas– aportaciones del constitucionalismo español⁶ viene representada por la exigencia en el propio texto de la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812⁷ –la Pepa– de la enseñanza de la Constitución como mecanismo para lograr asentar los nuevos valores constitucionales, convirtiéndose en la primera constitución del mundo en incluir la preceptiva educación constitucional⁸ como elemento clave del sistema educativo. Exigencia aquella que cabe encuadrar en lo que el profesor García Costa (2019, pp. 245-395) ha llamado «la defensa *paidética* de la Constitución».

En efecto, siendo innegable la impronta francesa en el primer constitucionalismo español⁹, los primeros liberales españoles repararon con acierto en el importante papel que la

⁵ Únicamente lo prevé la Constitución de Noruega de 1814, cuyo artículo 109 establece (tras la reforma constitucional de 2016) que la educación ha de fomentar el respeto por la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho.

⁶ Un magnífico estudio sobre las originalidades del constitucionalismo español puede verse en: García Costa (2015).

⁷ Sobre nuestra primera constitución, véase, por todos, Varela Suanzes-Carpegna (2011).

⁸ En efecto, ni la Constitución de Estados Unidos de 1787, ni la Constitución francesa de 1791 contenían ningún precepto similar. Aunque esta última reguló el plan de la instrucción pública, en la misma no se ordenaba explícitamente introducir en el mismo la explicación de la Constitución. Tampoco las constituciones francesas de 1793 y de 1795 incluyeron ninguna disposición similar a la del artículo 368 gaditano en sus referencias a la instrucción pública. En esta misma línea, las constituciones de Haití de 1801, 1805, 1806 y 1807, tributarias de la tradición constitucional francesa, no establecieron un precepto similar al artículo 368 de la Constitución gaditana de 1812, aun a pesar de que la de 1807 dedicó uno de sus capítulos a la educación pública. Tampoco encontramos precepto semejante en la Constitución de Polonia de 1791.

⁹ En este sentido, Fernández-Carvajal (2003, p. 59) señala que «cuando el constitucionalismo irrumpe en el panorama de las ideas españolas en 1794, lo hace con un marcado sesgo francés».

educación y la formación debían jugar para el éxito del movimiento constitucional que amanece en el siglo XIX, convencidos de que solo una reforma integral de la educación podría formar al nuevo ciudadano que el nuevo escenario político y social necesitaba.

De forma magistral sintetizan este noble propósito don Agustín de Argüelles (2011, p. 125), «El Estado, no menos que de soldados que le defiendan, necesita de ciudadanos que adiestren a la Nación y promuevan su felicidad con todo género de luces y de conocimientos», y don Eudaldo Jaumeandreu (1820, p. 422), «El objeto de la instrucción es el de formar un ciudadano útil, justo y experimentado, que conozca los verdaderos principios de los derechos y los deberes sociales, así como las relaciones felices y necesarias que unen entre sí al jefe y a los miembros de la sociedad».

Por esa razón se incluye en el texto gaditano el crucial y novedoso título IX, dedicado a la instrucción pública (arts. 366 a 371), aprobado sin discusión por las Cortes de Cádiz y que, tras disponer el establecimiento de escuelas de primeras letras «en todos los pueblos de la Monarquía» (art. 366) y el arreglo y creación de universidades y de otros establecimientos de instrucción «que se juzguen convenientes para la enseñanza de todas las ciencias, literatura y bellas artes», introduce la preceptiva enseñanza de la Constitución en el artículo 368¹⁰:

El plan general de enseñanza será uniforme en todo el Reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las Universidades y establecimientos literarios donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas.

A pesar de que ninguna constitución española posterior incluirá una disposición similar, este insólito artículo sí ejercerá un influjo directo en el constitucionalismo de algunos países iberoamericanos, influencia que aún perdura en la actualidad, como más tarde tendremos ocasión de comprobar.

El cumplimiento del artículo 368 del texto gaditano dio paso al intento de instituir la explicación de la Constitución en los niveles secundario y universitario de la enseñanza, afrontándose el enorme reto de suplantar unas estructuras pedagógicas caducas por otras modernas, acordes con la nueva sociedad liberal. Tarea esta que se aventuraba harto difícil porque, aunque en el siglo XVIII se producen algunos avances significativos¹¹, a prin-

¹⁰ Sobre su proceso de elaboración, el precepto, que figuraba como artículo 366 en el proyecto de constitución, fue sometido a debate en la sesión de las Cortes de 17 de enero de 1812, sin que ningún diputado interviniera con relación al mismo. Así, sin discusión, fue aprobado por unanimidad como artículo 368 de la Constitución. Véase García Costa (2013 y 2015).

¹¹ En efecto, se acometieron distintas iniciativas que alcanzarían a la enseñanza elemental, a los estudios de latinidad y humanidades, a la formación profesional, al planteamiento de nuevos estudios y, por

cipios del siglo XIX las tasas de analfabetismo eran elevadísimas y la educación elemental (o básica) en España descansaba en una red de escuelas insuficiente, con un profesorado sin formación pedagógica¹² que impartía un currículum caduco a través de una metodología inoperante, a lo cual hay que sumar una financiación precaria. Asimismo, la segunda enseñanza no existía como nivel educativo, impartándose los conocimientos que corresponderían a este nivel en las escuelas de gramática y latinidad, en los seminarios, en las facultades menores y en los colegios privados generalmente dependientes de la Iglesia¹³. Y la situación de la universidad era también desalentadora, sin ninguna organización y con escasos recursos económicos.

La aplicación de la Constitución de 1812 motiva, pues, una legislación escolar que trata de traducir al plano educativo los derechos recogidos en ella, intentando proyectar un sistema educativo estatal y secular. Para el desarrollo del ideario que se condensa en su título IX, se nombra en marzo de 1813 a una Junta de Instrucción Pública que se responsabiliza de proponer los medios más eficientes para mejorar la instrucción pública. En septiembre de ese mismo año la Junta presenta el «Informe de la Junta creada por la Regencia para proponer los medios de proceder al arreglo de los diversos ramos de la instrucción pública», conocido como Informe Quintana por la participación trascendental que en su elaboración tuvo don Manuel José Quintana.

2.2. La inserción de la educación constitucional en la *segunda enseñanza*

El Informe Quintana sintetiza como elementos definitorios de la educación nacional los principios ideológicos más puros: instrucción pública, gratuita, igual, completa, universal (extensión a todos los ciudadanos), uniforme (en relación a los estudios, doctrinas, idioma y métodos) y libre¹⁴; y organiza la educación nacional en tres niveles:

supuesto, a la universidad. Véase Negrín Fajardo (1987), Real Polo (2012, pp. 71-72) y el número extraordinario que la *Revista de Educación* editó en 1988 bajo el nombre de «La Educación en la Ilustración Española», que analiza y valora las realizaciones y las limitaciones de la educación ilustrada española. Además, las Reales Sociedades Económicas de Amigos del País tuvieron gran impacto en la educación popular y en las enseñanzas profesionales. Véase Calderón España (2001, pp. 400-406).

¹² Véase Ruiz Berrío (1970, pp. 40 y ss.).

¹³ Véase Gómez García (1996).

¹⁴ Siendo notables las influencias en el Informe Quintana del *Rapport et Projet de décret sur l'organisation générale de l'instruction publique* (1792) de Condorcet, no hay que obviar el reflejo de ideas de ilustrados como Jovellanos –especialmente de sus escritos: *Memoria sobre educación pública* (1802) y *Bases para la formación de un Plan General de Instrucción Pública* (1809)– o Francisco de Cabarrús –a través de su obra *Carta segunda sobre los obstáculos de opinión y el medio de removerlos con la circulación de luces y un sistema general de educación* (1792)–. Véase Ruiz Berrío (1988, pp. 130 y ss.).

- *primera enseñanza*, impartida en las escuelas primarias, que deben instruir en lectura, escritura, aritmética, religión, moral y los derechos y deberes del ciudadano¹⁵;
- *segunda enseñanza* –término que se utiliza por primera vez en la legislación española–, a desarrollar en las denominadas universidades de provincia para favorecer tanto «el estudio de aquellas ciencias, que son en la vida civil objeto de una profesión liberal», como las ciencias matemáticas y físicas, ciencias morales y políticas, y literatura y artes;
- y *tercera enseñanza*, que se impartirá en las universidades mayores¹⁶, en los colegios y en las escuelas especiales¹⁷.

En él se basaría la Comisión de Instrucción Pública¹⁸ para elaborar el *Dictamen y Proyecto de Decreto sobre el arreglo general de la enseñanza pública*¹⁹, presentado a las Cortes el 7 de marzo de 1814 y que mantiene la clasificación propuesta por el Informe Quintana:

Primera enseñanza, que es la general e indispensable que debe darse a la infancia; *segunda enseñanza*, que debe abrazar los conocimientos generales que constituyen la civilización de una Nación y preparan a los adultos para todas las ocupaciones de la vida social; y para entrar con aprovechamiento al cultivo de una ciencia o arte particular, cuyo estudio es ya propio de la juventud, es el objeto de la que llama la Comisión *tercera enseñanza*.

En concreto, es en el segundo nivel educativo donde se incorpora la enseñanza de la Constitución, como también se ocupa de explicar el Dictamen:

Pueden ya los jóvenes pasar al (estudio) de las ciencias políticas y morales, cuyo conocimiento es provechoso en todas las naciones, y absolutamente necesario

¹⁵ El Informe encomienda a los ayuntamientos la financiación de los gastos de las escuelas primarias o «de primeras letras», que deberían ser, al menos, una por cada quinientos vecinos en los pueblos de mayor población, o una en cada pueblo que la pueda sostener. Pero si la economía municipal no pudiera afrontar los gastos que ocasione la escuela, se deberán agrupar tantos pueblos como sean necesarios para satisfacer esta financiación y, si aun así resulta difícil reunir el crédito necesario, las diputaciones subvencionarán la parte restante. También quedará a cargo de los municipios el nombramiento y sustitución de los maestros, que deben acceder a las escuelas municipales por examen.

¹⁶ El Informe Quintana rebajó de once a nueve las universidades españolas en la península (Salamanca, Santiago, Burgos, Zaragoza, Barcelona, Valencia, Granada, Sevilla y Madrid), pero dispuso la creación de una en las Islas Canarias.

¹⁷ También denominadas «escuelas particulares», donde se realizarían los estudios de Medicina, Cirugía, Farmacia, Veterinaria, Agricultura Experimental, Bellas Artes, Música, Comercio, Astronomía y Navegación.

¹⁸ Compuesta de don Martín González de Navas, don José Vargas Ponce, don Eugenio de Tapia, don Diego Clemencín, don Ramón Gil de la Cuadra y don Manuel José Quintana.

¹⁹ Cuyo texto se puede ver en el enlace: <<http://www.filosofia.org/mfa/fae814a.htm>>.

en las que disfrutaran una justa libertad, difícil de conservarse sus virtudes públicas y domésticas. El estudio de la moral y del derecho natural debe ocupar el primer término en tan magnífico cuadro.

[...]

No basta el que se instruyan en los rectos principios de la moral: es necesario también que aprendiendo los principios del derecho político, sepan las reglas de cuya observancia depende el justo régimen y la felicidad de las naciones; y que instruidos en los principios generales de esta ciencia, los apliquen después a su patria y estudien las leyes fundamentales que la rigen, para ver su consonancia con los principios constitutivos de la sociedad y amar por convencimiento propio lo que deben respetar por obligación²⁰.

Y se sitúa (art. 26 del Proyecto) la enseñanza del «Derecho político y Constitución» (que junto a la «Moral y derecho natural» y «Economía política y estadística» forman las «ciencias morales y políticas») en el curso primero de los dos previstos para la segunda enseñanza, encomendándose la misma, al igual que el resto de las materias, a un catedrático específico (art. 27)²¹.

2.3. La enseñanza de la Constitución en la universidad

Por lo que se refiere a la enseñanza universitaria o *tercera enseñanza*, el Proyecto la limita a algunos «colegios o escuelas particulares» y a varias «universidades mayores» (nueve en

²⁰ Este estudio, sigue diciendo el Dictamen, «debe ser seguido de el de la economía política, ciencia cuya importancia conoció nuestro antiguo Gobierno, puesto que mandó su enseñanza en el citado plan de estudios del año 1807. Siendo común en una nación el conocimiento del modo con que se forman y se distribuyen las riquezas, además de las ventajas que sacarán los particulares, la fuerza de la opinión podrá dirigir al Gobierno, e impedirle que se extravíe en el laberinto de los cálculos fiscales, o que se debe seducir por las aparentes ventajas de una administración viciosa: así el estudio de la economía política debe hacerse muy general en una nación que decreta ella misma sus contribuciones, e ir acompañado de el de la estadística, cuyo conocimiento es indispensable para hacer aplicaciones útiles de los principios de aquella ciencia».

²¹ La segunda enseñanza comprende (arts. 23-26 del Proyecto):

- a) Las ciencias físicas y matemáticas, con la siguiente distribución: - Matemáticas puras, 2 cursos. - Física general, 1 curso. - Mecánica elemental aplicada a las artes y oficios, 1 curso. - Historia natural, 1 curso. - Botánica aplicada a la agricultura, 1 curso. - Química y mineralogía aplicada a las artes y oficios, 1 curso.
- b) La literatura y artes, que se distribuirá en la forma siguiente: - Gramática española, 1 curso. - Geografía y cronología, 1 curso. - Lengua latina, 2 cursos. - Lógica, 1 curso. - Literatura e historia, 2 cursos. - Dibujo natural y geometría descriptiva, 2 cursos.
- c) Las ciencias morales y políticas, así distribuidas: - Moral y derecho natural, 1 curso. - Derecho político y Constitución, 1 curso. - Economía política y estadística, 1 curso.

la Península²², una en Canarias y catorce de ultramar)²³. En todas las universidades mayores «se enseñarán la teología y la jurisprudencia civil y canónica, con los estudios auxiliares que son útiles para la enseñanza de estas ciencias o de alguna de ellas»²⁴.

Se establecerá en la capital del Reino una universidad central (en la que se impartirán 24 cursos adicionales, entre ellos, el de «Derecho público de Europa» a impartir en el primer curso), y en las universidades mayores de Lima y México se impartirán los estudios «en la misma extensión que en la universidad central». Para matricularse en estas facultades era necesario certificar haber ganado dos cursos en lengua latina y uno en matemáticas, física general, gramática castellana, geografía y cronología, lógica, literatura e historia, moral y derecho natural y derecho político y Constitución. Además, se exigía la superación de uno en economía política y estadística para los que se quisieran dedicarse a la jurisprudencia (arts. 49 y 50 del Proyecto).

La educación constitucional en el ámbito universitario dio paso a la creación de las primeras cátedras de Derecho Constitucional²⁵, llamadas entonces «de Constitución». No obstante, la fundación de estas cátedras no fue, como señala Sánchez Agesta (1962, p. 58), «un establecimiento decretado con carácter general por el poder público que cumplimentara el precepto constitucional, sino consecuencia del celo político de instituciones aisladas y, casi diríamos mejor, de iniciativas personales»²⁶.

Así fue establecida, en efecto, la primera cátedra en Valencia el 15 de enero de 1814, pues fue don Nicolás Garely, titular entonces de la cátedra de Derecho Civil²⁷, quien en septiembre de 1813 elevó una petición para que se le autorizara a dar cumplimiento al artículo 368 de la Constitución. El 6 de noviembre fue autorizada dicha petición nada menos que

²² En Salamanca, Santiago, Burgos, Zaragoza, Barcelona, Valencia, Granada, Sevilla y Madrid.

²³ En México, San Luis Potosí, Guadalajara, Mérida de Yucatán, Saltillo, Chihuahua, Guatemala, Manila, La Habana, Lima, Charcas, Caracas, Santiago y Santafé.

²⁴ La enseñanza de la jurisprudencia se distribuirá en la forma siguiente (art. 43): - Principios de legislación universal e historia del derecho civil, 1 curso. - Elementos de derecho civil romano, 1 curso. - Instituciones de derecho español, 2 cursos. - Fórmulas y práctica forense, 1 curso.

²⁵ Salvado el precedente representado por las cátedras de Derecho Público, Natural y de Gentes, creadas en las postrimerías del siglo XVIII y que el estallido revolucionario francés condenó a una vida efímera.

²⁶ Sobre los orígenes de la enseñanza de nuestra disciplina en España véase también Garrorena Morales (1974, pp. 17 y ss.) y Varela Suanzes-Carpegna (1999, pp. 93-172).

²⁷ Que más tarde habría de ser ministro en el período constitucional de 1820-1823 con Fernando VII y en 1834-1835 con Isabel I. De la Cátedra de Constitución valenciana se conserva la *Instalación de la cátedra de Constitución en la ciudad de 12 Valencia a cargo del pavorde don Nicolás Garely; hizo la por orden de S.M. las Cortes y S.A. la Regencia del Reino el Jefe superior político de esta provincia don Mateo Valdemoros el 15 de enero de este año* (1814) y García Trobat (2001, pp. 23-62).

por las propias Cortes, que en su respuesta no dudan en concebir la difusión de la Constitución como tarea colectiva de toda la sociedad²⁸:

Ningún profesor de Derecho tiene necesidad de pedir permiso, siendo su primera obligación acomodarse en todo al espíritu y letras de aquel Código, de donde debe tornar de hoy en adelante todo su valor, orden y fuerza la legislación patria²⁹.

Tampoco la Cátedra de Constitución en Madrid nació del impulso del Estado, sino que fue don Tomás Carvajal, director de los Reales Estudios de San Isidro –que veinte años antes habían dejado de albergar la Cátedra de Derecho Público, Natural y de Gentes–, quien, una vez que don Miguel García de la Madrid se ofreciera, ante la falta de medios económicos, a desempeñarla *de gratia*, ofició la petición a la Regencia el 31 de enero de 1814, obteniendo su aprobación cuatro fechas más tarde, cuando ya hacía quince días que Garely impartía docencia en Valencia³⁰.

En ultramar, la Academia de Derecho Español Público y Privado de México fue el primer establecimiento científico que enseñó la Constitución.

Como se ocupa de explicar Sánchez Agesta (1962, pp. 161-162), las cátedras de Constitución se concibieron con un claro propósito de formación ciudadana, «de pedagogía política popular, ajeno a toda intención puramente teórica». Ni pretendían constituir una teoría científica que orientara la labor del gobernante o el legislador, ni eran en principio un elemento de la formación profesional del jurista. Por esa razón, esta enseñanza debía instruir, fundamentalmente, en los derechos y libertades y en las obligaciones³¹. La enseñanza del

²⁸ Como apunta García Costa (2019, pp. 351-352), de ese espíritu proselitista participaba, igualmente, la naciente opinión pública, y pone como ejemplo, entre otros, el primer número de la revista *Clarín de la libertad* (23 de noviembre de 1813), cuyo editor recordaba la importancia de la educación constitucional y el deber que todo español tenía para con la propagación y fomento de las ideas constitucionales: «Aunque todos los españoles tenemos obligación de sostener hasta a costa de nuestra sangre esa admirable Carta, y la prosperidad de la Nación o sociedad; los que no han tenido la dicha de que lleguen al lugar de su residencia obras u oradores capaces de hacer conocer los derechos y dignidad del hombre, merecen más disculpa que los que han tenido medios para ilustrarse, pues el que no ha estado donde pudiese ver la luz, ignorando que existe, no es culpable en no procurarla, ni en que cuando llegan de improviso los rayos de ella a sus no acostumbrados ojos, deslumbrado, se deje conducir de nuevo a la obscuridad; pero los que han tenido suficientes motivos para conocer sus derechos y deberes, si no los sostienen, ni cumplen, pueden y deben ser reconvenidos severamente por los otros, y tanto más si teniendo medios para salvarse, se dejan tiranizar impunemente».

²⁹ Diario de sesiones de las Cortes 1813-1814, sesión de 6 de noviembre de 1813, p. 205.

³⁰ De la Cátedra de Constitución madrileña nos ha llegado la *Relación de la solemne apertura de la Cátedra de Constitución Política de la Monarquía Española, por los Estudios de San Isidro de Madrid* (1814) y García Trobat (2001).

³¹ De ahí que la enseñanza se planificara en dos horas de lección. La primera debía dedicarse a la explicación sistemática de los artículos del código constitucional. Mientras que en la segunda hora se desarrollaría la «parte literaria», es decir, se destinaría a la glosa filosófica e histórica del mismo texto.

Derecho Constitucional, aclara este autor, «más allá de sus primarios y transparentes fines políticos al servicio de la ideología liberal (combatir el despotismo, la arbitrariedad absoluta, el olvido de nuestras antiguas leyes, el desprecio y abandono de todo derecho, así humano como divino), se concibe como una enseñanza de moral pública que forme ciudadanos con una virtud civil».

Junto a las clases en la segunda enseñanza y las cátedras académicas, en esta primera etapa constitucional jugaron un importante papel los catecismos políticos³², las publicaciones periódicas y los folletos. Se consideró a los escritores «elegidos por la providencia, apóstoles políticos de la Nación, sus maestros, sus directores, sus consejeros» (*El fiscal patriótico de España*, 1813, p. 120). Señala García Trobat (2011, pp. 330-331) al respecto que «las canciones, los poemas y las piezas de teatro se pusieron al servicio de la revolución. La Constitución se predicó en los púlpitos. Y se encargó a diputaciones y ayuntamientos vigilar y fomentar la instrucción del pueblo en los principios liberales».

Como es bien sabido, el regreso de Fernando VII en 1814 deja sin efecto toda la obra de las Cortes de Cádiz³³. Será durante el Trienio Liberal (1820-1823) cuando se reanude la enseñanza de la Constitución. Así, a lo largo de 1820 se restituyen las cátedras de Constitución en Valencia y Madrid³⁴ y se crean nuevas cátedras en Barcelona³⁵, Granada³⁶, Zaragoza³⁷, Salamanca³⁸, La Habana³⁹ y México⁴⁰. En 1821 se instituyen en Madrid dos nuevas cátedras⁴¹ y se aprueba por Decreto el Reglamento General de Instrucción Pública de 29 de

³² Que empezaron a ser publicados en 1808 con la confesada intención de difundir los nuevos valores constitucionales.

³³ El proyecto de decreto sobre el arreglo general de la enseñanza pública no llegó siquiera a discutirse en las Cortes, puesto que el 4 de mayo de 1814 Fernando VII promulgó el decreto que deroga la Constitución de Cádiz de 1812 y restaura el absolutismo monárquico.

³⁴ En Valencia vuelve a ser inaugurada por don Nicolás Garely, el 17 de abril de 1820, una nueva Cátedra de Constitución. Dos días más tarde se inaugura la Cátedra en los Estudios de San Isidro, regentada ahora por don Francisco Díaz Verdera y, posteriormente, por don Mariano Latre y Juste.

³⁵ Creada el 30 de mayo de 1820 por la Junta de Comercio de Barcelona y regentada por Fray Eudaldo Jaumeandreu.

³⁶ Inaugurada el 2 de junio de 1820 y encomendada a don Lorenzo Ruano.

³⁷ Instituida el 12 de junio de 1820 en la Universidad de Zaragoza, y a cuyo frente se situó a don Lorenzo Español.

³⁸ Encomendada a don Martín José de Zatarain.

³⁹ Creada en la Real y Pontificia Universidad de San Jerónimo de La Habana, fue ocupada por don Félix Varela.

⁴⁰ En la Universidad Literaria de México, fue dirigida por don Blas Osés.

⁴¹ En el seno del primitivo Ateneo de Madrid otra segunda Cátedra de Derecho público constitucional, en la que profesaron don Faustino Rodríguez Monroy y don José del Castillo, y una Cátedra de Constitución en el Colegio Seminario de San Carlos, a cuyo frente se situaron don Prudencio Echevarría y don José González Ferragut.

junio, que reúne en su articulado todo lo regulado por el Informe Quintana y por el Proyecto de Decreto sobre el arreglo general de la enseñanza pública de 1814⁴².

La vuelta al absolutismo en 1823 inició una etapa de regresión que, en materia educativa, culminó con la entrega del control de los centros de enseñanza a la Iglesia y el cierre de todas las universidades durante los cursos académicos 1830/1831 y 1831/1832⁴³.

Tras la muerte de Fernando VII, continuarán las tentativas de organizar de modo más completo y unificado posible el sistema de enseñanza del país⁴⁴, lo cual solo acabó lográndose a nivel legislativo con la aprobación de la Ley Moyano de 1857⁴⁵, que disfrutaría de una vigencia inimaginable para sus redactores (aunque con cambios en su desarrollo, permaneció vigente hasta 1970). A través de esta ley, se lograría la regulación jurídica sistemática y la organización estable de un sistema educativo. Si bien fue hija de su tiempo –y, por tanto, consagraba una concepción elitista de la educación superior y otorgaba a la Iglesia un gran control sobre los contenidos educativos, algo obligado en gran parte por lo establecido por el Concordato de 1851–, representó un gran avance al establecer, por primera vez, la obligatoriedad de la enseñanza para todos los niños menores de nueve años.

La Ley Moyano reconocía la existencia de dos tipos de enseñanza: pública y privada, dirigiendo el Gobierno la pública e interviniendo en la privada según las determinaciones de la ley. Se establecían tres niveles de enseñanza (primera, segunda y superior), y se declaraba que la «enseñanza pública primera será gratuita para todos los que no puedan pagarla y obligatoria para todos en la forma que se determine». La primera enseñanza

⁴² Aun cuando no pudo aplicarse, los planteamientos estructurales que en él se incluyen los asumiría la Ley Moyano de 1857.

⁴³ Mediante las reales órdenes de 12 de octubre y 28 de diciembre de 1830 y 17 de octubre de 1831.

⁴⁴ Destaca el llamado Plan Pidal. Firmado por el ministro de la Gobernación, don Pedro José Pidal, en 1845, su creador principal fue don Antonio Gil de Zárate (1855), autor de un libro decisivo para comprender la situación de la enseñanza en España a mediados de siglo: *De la instrucción pública en España*. Lo que Gil de Zárate pretende es una planificación que reorganice uniformemente los planes y métodos existentes, llevando la instrucción a todos los españoles. Consideraba a la educación como el medio imprescindible para realizar la revolución científica y económica que la nación necesitaba, y su política pedagógica se basa en principios como libertad, gratuidad, centralización, inspección y uniformidad. El Plan Pidal adoptaba una perspectiva centralizadora y nacionalizadora al servicio de un programa político liberal, sometiendo el sistema educativo proyectado a un notable control estatal. Sin embargo, al tener rango de simple decreto, cualquier ministro posterior podría modificarlo o derogararlo, como sucedió en 1847 y 1850. Tras el fin de la «década moderada» y coincidiendo con el acceso de los progresistas al poder, se envió a las Cortes a finales de 1855 un Proyecto de Ley de Instrucción Pública que finalmente no llegó a ser debatido. Véase Álvarez de Morales (1975, pp. 5-13).

⁴⁵ De nuevo los moderados en el Gobierno, el ministro de Fomento Claudio Moyano redactará un Proyecto de Ley de Bases, que sería aprobado el 17 de julio de 1857, que se concretaría en un texto articulado elaborado por el Gobierno que sería publicado el 10 de septiembre de 1857.

quedó en manos de los ayuntamientos, la segunda de las provincias y la universidad pasó a ser competencia exclusiva del Estado. Exigió que todos los niños estudiaran con los mismos libros de texto y, aunque se permitieron los centros privados en las enseñanzas primera y segunda, eran una concesión del Estado y debían estar plenamente integrados en el sistema educativo general.

3. La cuestión educativa en las posteriores constituciones españolas

Los textos constitucionales de nuestro país posteriores a la Constitución de 1812 no solo no contemplan la educación constitucional, sino que apenas hacen referencia a las cuestiones educativas, como pasamos a reseñar⁴⁶.

Las constituciones de 1837 y 1845 no dedicaron ni un artículo a la educación.

La Constitución de 1869 responde, en materia educativa, a la elaboración más depurada de la concepción liberal del Estado (reconocimiento amplio y detallado de los derechos individuales y públicos y visión abstencionista del propio Estado), al disponer en su artículo 24 que:

Todo español podrá fundar y mantener establecimientos de instrucción o de educación sin previa licencia, salvo la inspección de la autoridad competente por razones de higiene y moralidad.

No obstante, si bien a nivel constitucional el Estado no contraía ninguna obligación de prestación educativa, tal obligación existía ya en la Ley Moyano de 1857. Asimismo, desde el proceso revolucionario del 68 se desarrolla toda una regulación jurídica de la cuestión educativa. Así, la libertad de enseñanza es proclamada en los Decretos de Fomento de 14 y 21 de octubre de 1868; en este último se garantiza, además, la libertad de exposición y discusión científica de los contenidos de la enseñanza.

El Proyecto de Constitución Federal de 1873, elaborado en el seno de la efímera Primera República, establecía en su Título Preliminar que «toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para menoscabarlos, todos los derechos naturales», derechos naturales que declaraba «anteriores y superiores a toda legislación positiva» y entre los que se encontraba «el derecho a la difusión de sus ideas por medio de la enseñanza». Su artículo 26 reproducía,

⁴⁶ Acerca de nuestra historia constitucional véase, por todos, Varela Suanzes-Carpegna (2020).

sin más, el artículo 24 de la Constitución de 1869 referido. El Proyecto mantenía el principio de la libertad de creación de centros y delimitaba las competencias de la Federación, los Estados y los Municipios⁴⁷.

De forma más explícita que el texto constitucional del 69, la Constitución de 1876 garantizaba la libertad de creación de centros educativos en su artículo 12:

Cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le parezca. Todo español podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción o de educación con arreglo a las leyes. Al Estado corresponde expedir los títulos profesionales y establecer las condiciones de los que pretendan obtenerlos, y la forma en que han de probar su aptitud. Una ley especial determinará los deberes de los profesores y las reglas a que ha de someterse la enseñanza en los establecimientos de instrucción pública costeados por el Estado, las provincias o los pueblos⁴⁸.

Con Martínez Cuadrado (1973, p. 522), el comportamiento de la Restauración en materia educativa puede juzgarse así:

El Estado abandonó en manos de quienes gozaban de poder y autonomía (la Iglesia mayoritariamente; una minoría en manos institucionistas; minorías mínimas entre socialistas y anarquistas) las funciones de la enseñanza. Contribuyó con ello –a diferencia de la Inglaterra victoriana o posvictoriana, la Francia republicana o cualquier otro Estado contemporáneo– a que todos los sectores poseedores de una educación cualificada procediesen de las instituciones en las que la crítica al Estado liberal era el denominador común, aunque por diversas causas y enfoques ideológicos. Cuando, finalmente, se encontró aislado y combatido por la mayoría de sus crecidos enemigos, el Estado liberal recogía el fruto de su apostasía educativa. Al carecer de apoyos forjados por una larga etapa en el poder, casi nadie deseaba sinceramente movilizarlo para sostenerlo. Tan deplorable política educativa intentó corregirse tardíamente y sin convicciones entre 1918 y 1923 (proyectos de Santiago Alba).

El Anteproyecto de Constitución de 1929 recogía bastante de la Constitución de 1876, pero tenía una visión más intervencionista del Estado. El artículo 22 declaraba que los españoles estaban obligados «a dar a los hijos que tuvieren y a los menores confiados legalmente a su cuidado la instrucción elemental, por los medios a su alcance, o haciendo que

⁴⁷ Véase Gómez Orfanel y Guerrero Salom (1977, pp. 15-16).

⁴⁸ A pesar de esta remisión de numerosas cuestiones a una ley especial, la Ley Moyano sería la que permanecería casi totalmente en vigor por espacio de décadas, de modo que seguían sin alcanzar rango constitucional algunas de las obligaciones del Estado y los entes públicos consignadas en 1857. Véase el desfase entre las obligaciones establecidas por la Ley Moyano y la realidad educativa en nuestro país, en la primera parte de la Restauración, en Guerrero Salom (1976, pp. 64-81).

asistan a la escuela primaria pública». En el artículo 24 repetía la idea al establecer que «la educación e instrucción de la prole serán facultad y obligación natural de los padres, sin perjuicio de los derechos y deberes supletorios del Estado». En ambos artículos se aprecia el cambio de orientación: la obligación reside en la familia; el Estado procurará facilitarles su cumplimiento, aunque se reserva «derechos» sobre esa educación. El artículo 26 repetía más o menos el 12 de la Constitución de 1876 y el artículo 78 se referirá a una especie de educación patriótica que difiere mucho de la educación constitucional⁴⁹.

De todas las constituciones españolas, la de 1931 será la que se ocupe con mayor intensidad y detalle de la problemática educativa. El texto constitucional dedicará, dentro del título III, «Derechos y Deberes de los españoles», parte del capítulo II, «Familia, Economía y Cultura», –y, en concreto, los artículos 48, 49 y 50⁵⁰– a la regulación de las cuestiones educativas, instaurando un sistema unificado de educación pública y laica, en el que la enseñanza primaria es obligatoria y gratuita y los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial funcionarios.

⁴⁹ Artículo 78: «Los establecimientos de enseñanza y de educación, estarán bajo la inspección del Estado. La enseñanza pública se constituirá en forma ordenada y orgánica, a fin de que, desde la Escuela a la Universidad, se facilite el acceso a la instrucción y a los grados a cuantos alumnos posean capacidad y carezcan de medios para obtenerlos, y se procure a todos, sin distinción, la más adecuada preparación profesional y cultural, la formación moral y religiosa y la educación ciudadana que favorezca el robustecimiento colectivo del espíritu nacional. Para tales cometidos recabará el Estado la eficaz colaboración de particulares y corporaciones, sin perjuicio de la libertad de enseñanza». Véase, al respecto, Gómez Orfanel y Guerrero Salom (1977, 17-18).

⁵⁰ Artículo 48: «El servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada. La enseñanza primaria será gratuita y obligatoria. Los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios públicos. La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada. La República legislará en el sentido de facilitar a los españoles económicamente necesitados el acceso a todos los grados de enseñanza, a fin de que no se halle condicionado más que por la aptitud y la votación. La enseñanza será laica, hará del trabajo el eje de su actividad metodológica y se inspirará en ideales de solidaridad humana. Se reconoce a las Iglesias el derecho, sujeto a inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos». Artículo 49: «La expedición de títulos académicos y profesionales corresponde exclusivamente al Estado, que establecerá las pruebas y requisitos necesarios para obtenerlos aun en los casos en que los certificados de estudios procedan de centros de enseñanza de las regiones autónomas. Una ley de Instrucción pública determinará la edad escolar para cada grado, la duración de los periodos de escolaridad, el contenido de los planes pedagógicos y las condiciones en que se podrá autorizar la enseñanza en los establecimientos privados». Artículo 50: «Las regiones autónomas podrán organizar la enseñanza en sus lenguas respectivas, de acuerdo con las facultades que se concedan en los Estatutos. Es obligatorio el estudio de la lengua castellana, y esta se usará también como instrumento de enseñanza en todos los Centros de instrucción primaria y secundaria de las regiones autónomas. El Estado podrá mantener o crear en ellas instituciones docentes de todos los grados en el idioma oficial de la República. El Estado ejercerá la suprema inspección en todo el territorio nacional para asegurar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en este artículo y en los dos anteriores. El Estado atenderá a la expansión cultural de España estableciendo delegaciones y centros de estudio y enseñanza en el Extranjero y preferentemente en los países hispanoamericanos».

Esta constitucionalización de la educación influirá de modo determinante en la evolución política de la Segunda República, ya que, aunque las mayorías parlamentarias y gobiernos resultantes fuesen de diverso signo, quedaban todos vinculados por la solución dada a la cuestión de las relaciones Iglesia-Estado: el artículo 3 declaraba que: «El Estado español no tiene religión oficial», y el artículo 26, junto a la consideración de las confesiones religiosas como asociaciones privadas sometidas a una ley especial y la eventual disolución de determinadas órdenes religiosas, contenía la prohibición de que las restantes ejerciesen la enseñanza, lo que alteraba profundamente la estructura del sistema educativo español⁵¹.

La Constitución española de 1978, en fin, se refiere a la materia educativa en varios de sus preceptos: el artículo 3 (el español y demás lenguas cooficiales), el artículo 40.2 (formación y adaptación profesionales), el artículo 43.3 (fomento de la educación sanitaria, la educación física y el deporte) el artículo 44.1 y 2 (acceso a la cultura, promoción de la ciencia y la investigación científica) y en el importantísimo artículo 27, que comparece, no obstante las anteriores disposiciones, como precepto que pretende reducir a unidad y estructura la compleja materia educativa. Efectivamente, en este precepto hallamos una regulación tendencialmente completa de la misma, encontrando en sus 10 puntos previsiones que hacen referencia a los fines de la educación (27.2), los principios de la política educativa (27.5), las obligaciones educativas de los poderes públicos (27.1, 4 y 9), los medios de la acción educativa (27.5 y 8) y los derechos educativos (27.1, 3, 6 y 20).

A pesar de que la concisa Ley 19/1979, de 3 de octubre⁵², reguló la enseñanza del ordenamiento constitucional en Bachillerato y en Formación Profesional, orientándola funda-

⁵¹ Por lo que se refiere a las Leyes Fundamentales del régimen franquista, el artículo 10 de la Ley Constitutiva de las Cortes de 1942 incluye entre las competencias del Estado los «planes nacionales de enseñanza», a través de la reserva de ley del apartado I de dicho artículo; el artículo 5 del Fuero de los Españoles de 1945 declara que «todos los españoles tienen derecho a recibir educación e instrucción y el deber de adquirirlas, bien en el seno de su familia o en centros privados o públicos, a su libre elección. El Estado velará para que ningún talento se malogre por falta de medios económicos», mientras que su artículo 23 obliga a los padres «a alimentar, educar e instruir a sus hijos»; y el principio IX de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 establece que «todos los españoles tienen derecho [...] a una educación general y profesional, que nunca podrá dejar de recibirse por falta de medios materiales». Como es habitual, es en la legislación ordinaria donde se encuentran reguladas con profusión las cuestiones educativas. Nos referiremos tan solo a la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento, que representa el intento de reforma más omnicomprensivo desde la Ley Moyano y estuvo vigente hasta 1980. Es de destacar que, desde 1970-1971 hasta 1974-1975 (cinco cursos), existieron en los planes de estudios del Curso de Orientación Universitaria (COU) la asignatura optativa «Introducción a las Ciencias Jurídicas». El Profesor Díaz Bautista (1978, pp. 247 y ss.) expone su interesante experiencia al impartir la misma en «La "introducción a las Ciencias jurídicas" en el C.O.U. (Una experiencia docente)».

⁵² Esta ley, que suprimió del Plan de Estudios del Bachillerato la materia «Formación Política, Social y Económica», incluida en el artículo 24 c) de la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación, continuó

mentalmente «a proporcionar a los alumnos una información suficiente de los derechos y libertades que integran la Constitución española, así como los contenidos en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por España; la organización del poder en el Estado español y su estructuración territorial», lo cierto es que la misma no dejó de tener una eficacia puramente «nominal».

4. La influencia del artículo 368 del texto gaditano en el constitucionalismo iberoamericano

Es bien conocido que la Constitución de Cádiz de 1812 fue fundamental para el desarrollo de los principios del constitucionalismo moderno en Iberoamérica⁵³, influencia que, en lo que se refiere a la cuestión que aquí nos ocupa, aún hoy es evidente⁵⁴. En efecto, la preceptiva enseñanza o formación sobre el texto constitucional, amén de ser incluida en alguna de las primeras constituciones de las nuevas repúblicas americanas, está presente en muchas de las cartas magnas vigentes. Hagamos un breve recorrido para constatarlo.

4.1. Guatemala

La Constitución de Guatemala de 11 de octubre de 1825, elaborada en su condición de Estado Federado de la República Federal de Centro-América⁵⁵, fue la primera constitución iberoamericana –y la única, además, que lo hizo en el inicio del constitucionalismo iberoamericano en el siglo XIX– que incluyó la enseñanza del texto constitucional como contenido obligatorio de la educación. Tal exigencia aparece, dentro del título XIII, «Instrucción Pública», tanto en el artículo 249:

en vigor con carácter reglamentario a partir de la entrada en vigor de Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.

⁵³ Por lo que se refiere a Brasil, la independencia de este país se produjo de forma totalmente diferente a la de la América española. Quizá por ello ninguna de las constituciones que ha tenido Portugal y Brasil recoge la enseñanza constitucional como contenido educativo.

⁵⁴ A modo de excursus, es interesante mencionar la preocupación por la educación constitucional mostrada por la Constitución de Weimar en su artículo 148.3: «Todo escolar al final de sus estudios recibirá un ejemplar de la Constitución». De este modo, la Constitución alemana de 1919 se convierte en un objetivo educativo y un valor de orientación. Esta constitución no recibe influencia, obviamente, de la Constitución española de 1812, pero fue uno de los textos más presentes y tenidos en cuenta por el constituyente español de 1931 el cual, sin embargo, no incluyó en la Constitución de la Segunda República la preceptiva enseñanza del texto constitucional.

⁵⁵ La República Federal de Centro-América, cuya constitución fue promulgada el 22 de noviembre de 1824, estuvo formada por Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala. Dicha república desapareció en 1839 tras las sucesivas declaraciones de independencia de los países que la integraban.

Se establecerán en todos los pueblos escuelas primarias, dotadas de sus fondos comunes, en las que se enseñará a leer, y escribir, y contar, los elementos de la moral y los principios de la Constitución.

Como en el artículo 252:

En todas las escuelas superiores y establecimientos literarios, aunque sean de fundación particular, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas, se explicará la Constitución de la República y la particular del Estado.

Asimismo, la Constitución Política de la Constitución de Guatemala de 1985 hoy en vigor lo exige en su artículo 72, «Fines de la educación», párrafo segundo:

Se declaran de interés nacional la educación, la instrucción, formación social y la enseñanza sistemática de la Constitución de la República y de los derechos humanos.

En desarrollo de este artículo, la Ley de Educación Nacional de 1991 incluye entre los fines de la educación en Guatemala el de (art. 2.f):

Promover la enseñanza sistemática de la Constitución Política de la República, el fortalecimiento de la defensa y respeto a los Derechos Humanos y a la Declaración de los Derechos del Niño.

Y entre las obligaciones del Estado guatemalteco el de (art. 33.t):

Propiciar la enseñanza-aprendizaje en forma sistemática de la Constitución Política de la República y de los Derechos Humanos.

La enseñanza de la Constitución forma parte del Currículo Nacional Básico de Guatemala. En concreto, se imparte a través de las áreas «Medio Social y Natural» (en preprimaria y primer ciclo de primaria), «Formación Ciudadana» (segundo ciclo de primaria), «Ciencias Sociales, Formación Ciudadana e Interculturalidad» (ciclo básico) y «Ciencias Sociales y Formación Ciudadana» (ciclo diversificado)⁵⁶.

4.2. Cuba

En Cuba, la Constitución de 5 de julio de 1940 consagraba la enseñanza de la Constitución en su artículo 56:

⁵⁶ Fuente: <<https://www.mineduc.gob.gt>>.

En todos los centros docentes, públicos o privados, la enseñanza de la Literatura, la Historia y la Geografía Cubana, y de la Cívica y de la Constitución, deberán ser impartidas por maestros cubanos por nacimiento y mediante textos de autores que tengan esa misma condición.

El Plan de Estudios de 1941 (conocido como «Plan Remos» por su autor, el doctor Juan J. Remos), que se mantuvo en vigor hasta la llegada del régimen comunista y constaba de cinco años (los cuatro primeros formaban el Bachillerato Elemental y el último año el Bachillerato Preuniversitario), integró el estudio de la Constitución de 1940 como materia de la asignatura «Historia de Cuba».

4.3. Colombia

El artículo 41 de la Constitución Política de 1991 establece que:

En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución.

Asimismo, el artículo 14, letra a) de la Ley General de Educación de 1994 exige la enseñanza de la Constitución incluso en el nivel preescolar:

En todos los establecimientos oficiales o privados que ofrezcan educación formal es obligatorio en los niveles de la educación preescolar, básica y media, cumplir con: [...] El estudio, la comprensión y la práctica de la Constitución y la instrucción cívica, de conformidad con el artículo 41 de la Constitución Política.

Y el Currículo Colombiano prevé como una de las áreas obligatorias en la educación primaria y básica la de «Ciencias sociales, historia, geografía, Constitución política y democracia»⁵⁷.

4.4. El Salvador

La actual Constitución de 1983 prevé la obligatoria enseñanza de la Constitución de la República en su artículo 60:

⁵⁷ Fuente: <<https://www.mineducacion.gov.co>>.

Para ejercer la docencia se requiere acreditar capacidad en la forma que la ley disponga. En todos los centros docentes, públicos o privados, civiles o militares, será obligatoria la enseñanza de la historia nacional, el civismo, la moral, la Constitución de la República, los derechos humanos y la conservación de los recursos naturales. La historia nacional y la Constitución deberán ser enseñadas por los profesores salvadoreños. Se garantiza la libertad de cátedra.

La enseñanza de la Constitución se realiza en la asignatura «Estudios Sociales y Cívica (que se imparte en la Educación Básica y en la Educación Media), en concreto, en el bloque «Sociedad y democracia»⁵⁸.

4.5. Honduras

En la República de Honduras, ya su Constitución de 1965 dispuso en su artículo 156 que:

En los centros docentes públicos o privados, la enseñanza de la Constitución, Educación Cívica, Historia y Geografía Nacionales estará a cargo de profesionales hondureños por nacimiento.

Mientras que el artículo 168 de la Constitución de 1982 vigente establece que:

La enseñanza de la Constitución de la República, de la Historia y Geografía nacionales, es obligatoria y estará cargo de profesionales hondureños.

El Currículo Nacional Básico incluye la explicación de la Constitución en el área curricular «Ciencias Sociales-Formación Ética y Ciudadana», que se imparte tanto en la Educación Básica como en la Educación Media⁵⁹.

4.6. Nicaragua

La Constitución de 1987 prescribe la promoción del estudio de la Constitución en el artículo 117:

⁵⁸ Fuente: <<https://www.mined.gob.sv>>.

⁵⁹ Fuente: <<https://www.se.gob.hn>>.

La educación es un proceso único, democrático, creativo y participativo que vincula la teoría con la práctica, el trabajo manual con el intelectual y promueve la investigación científica. Se fundamenta en nuestros valores nacionales, en el conocimiento de nuestra historia, de la realidad, de la cultura nacional y universal y en el desarrollo constante de la ciencia y de la técnica; cultiva los valores propios del nuevo nicaragüense, de acuerdo con los principios establecidos en la presente Constitución, cuyo estudio deberá ser promovido.

Además, en 1995 se aprobó una ley específica para promover la enseñanza de la Constitución, la Ley n.º 201 de promoción de los derechos humanos y de la enseñanza de la Constitución Política, cuyo artículo 1 señala:

La Constitución Política y los Derechos Humanos serán materia de enseñanza obligatoria en la educación preescolar, primaria, educación media y técnico vocacional.

Esta ley declara el primer lunes del mes de septiembre de cada año «día de la Constitución Política de Nicaragua», prescribiendo que «las escuelas y colegios del país dedicarán ese día al estudio y enseñanza de la Constitución Política» (art. 3), y añade que los medios de comunicación «tienen la responsabilidad de establecer acciones de divulgación y programas que promuevan la enseñanza de la Constitución Política y de los Derechos Humanos» (art. 6).

El Currículo Básico de Nicaragua integra la enseñanza de la Constitución en el área curricular «Formación Ciudadana y Productividad» de la Educación Básica y Media⁶⁰.

4.7. Perú

En la República del Perú, el primer texto constitucional que incluyó la educación constitucional fue la Constitución de 1979, cuyo artículo 22 establecía:

La enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos es obligatoria en los centros de educación civiles y militares y en todos sus niveles.

Disposición que se mantiene, con otra redacción, en la actual Constitución Política del Perú de 1993 (art. 14):

⁶⁰ Fuente: <<https://www.mined.gob.ni>>.

La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar.

El Currículo Nacional de la Educación Básica del Perú incluye la enseñanza de la Constitución en el área «Desarrollo personal, ciudadanía y cívica», que se imparte en la Educación Secundaria⁶¹.

4.8. República Dominicana

El apartado 13 del artículo 63 de la Constitución Política de la República Dominicana de 2010 establecía que:

Con la finalidad de formar ciudadanas y ciudadanos conscientes de sus derechos y deberes, en todas las instituciones de educación pública y privada, serán obligatorias la instrucción en la formación social y cívica, la enseñanza de la Constitución, de los derechos y garantías fundamentales, de los valores patrios y de los principios de convivencia pacífica.

Precepto que, exactamente con la misma numeración y redacción, se reproduce en la Constitución proclamada el 13 de junio de 2015⁶².

Asimismo, el Decreto del Presidente 310-16, de 5 de noviembre de 2006, dispone la obligatoriedad de la enseñanza de la Constitución en los niveles primario y secundario la enseñanza obligatoria, estableciendo su artículo 1:

Se declara de alto interés nacional la promoción de los valores y principios de la Constitución en el Sistema Educativo Dominicano, con la finalidad de construir y promover una cultura constitucional acorde con los preceptos de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho.

Por el momento, este decreto no ha sido desarrollado y aplicado, de modo que en el Currículo de este país no hay área curricular ni asignatura específicas en las que se incardine la enseñanza de la Constitución.

⁶¹ Fuente: <<https://www.minedu.gob.pe>>.

⁶² Técnicamente, la Constitución de 2015 es la misma proclamada en 2010, pero con la variante de la elección del presidente, que en el segundo texto tenía un derecho de reelección indeterminado, pero de forma no consecutiva, mientras que en el actual puede repostularse una vez para no volver a aspirar al cargo o al de vicepresidente.

5. A modo de conclusión: en defensa de la educación constitucional

El artículo 27.2 CE⁶³ fija como finalidades fundamentales de la educación el pleno desarrollo de la personalidad y el respeto a los principios democráticos de convivencia⁶⁴ y a los derechos y libertades fundamentales⁶⁵. De esta forma, cabe reconocer en España una doble dimensión funcional de la educación: una personal, la preparación del alumno para su autonomía, y otra social, la preparación para su ciudadanía⁶⁶.

El legislador español –a través de las sucesivas leyes educativas que, lamentablemente, no dejan de ser sino leyes de partido⁶⁷– ha elegido dos fórmulas para dar cumplimiento al artículo 27.2 CE: la de la transversalidad de todas las materias curriculares y la del aprendi-

⁶³ La redacción final del artículo 27.2 de la Constitución española (CE) coincide con la planteada desde el inicio por la ponencia constitucional. Y es que, si bien otros aspectos del derecho a la educación sí fueron objeto de múltiples enmiendas, en los debates constituyentes no se presentaron muchas propuestas de alteración de la redacción planteada por el artículo 28.2 del Anteproyecto: la enmienda número 779, de UCD, incorporaba algunos matices con la siguiente redacción: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad armonizando en ella el respeto a la libertad y derechos individuales con los principios democráticos de la convivencia social»; la enmienda número 41, del Partido Aragonés Regionalista, proponía que el desarrollo de la personalidad humana a través de la educación debía realizarse «dentro del respeto a las propias creencias», y no solo a los principios democráticos, e incorporaba una mención a los deberes en sustitución de las libertades al final del texto; la enmienda número 2, de Alianza Popular, propugnaba la supresión del apartado por ser «declarativo y no normativo»; mientras que las enmiendas 65 (Alianza Popular), 691 (Grupo Parlamentario Vasco) y 588 (UCD) se limitaban a sugerir añadidos en la redacción para incorporar, respectivamente, referencias al sentido de la dignidad de la persona, a la moral y a la libertad y la solidaridad como contenido de la misma.

⁶⁴ Que son, cuando menos, los que proclaman los artículos 1 y 10.1 CE, esto es la igualdad, la libertad, la justicia, el pluralismo político, el respeto a la dignidad humana. STC 31/2018, de 10 de abril.

⁶⁵ El artículo 27.2 CE es casi una copia literal del arranque del art. 26.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz».

⁶⁶ Véase López Castillo (2007, p. 312).

⁶⁷ Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa (aunque se aprobó en el tardofranquismo, llegó a estar vigente hasta 1980). Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares. Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE). Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE). Ley Orgánica 9/1985, de 20 de noviembre, de Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros Docentes (LOPEG). Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE). Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE). Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE). Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

zaje específico a través de asignaturas como Filosofía o Ética, Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos⁶⁸ o, últimamente, Valores Cívicos y Éticos⁶⁹.

Ambas fórmulas, sin embargo, resultan a nuestro juicio claramente insuficientes para que los educandos conozcan y aprecien suficientemente tanto la «ideología constitucional» (es decir, la idea de constitución como gran acuerdo que funda o crea jurídicamente una comunidad política en la que la capacidad última y más elevada de decidir –la soberanía– pertenece a todos los ciudadanos y en la que, en garantía de nuestros derechos y libertades, el poder se limita mediante su división entre distintos titulares y su subordinación al Derecho), como los valores, organización y funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho conformado por la Constitución española de 1978.

La Carta Magna representa el necesario marco jurídico y político de referencia de un país, el lugar de encuentro de una inmensa mayoría de voluntades políticas y, por tanto, el símbolo de su integración y convivencia. Conviene, sin embargo, no caer en el error de entender la Constitución como un orden ya dado que ya no requiere de nuevos apoyos, en el enorme riesgo que supone ignorar el elemento de voluntariedad racional en la instauración de un ordenamiento constitucional, y que requiere fundamentalmente la convergencia de la sociedad en los valores que expresa. Evitar tal riesgo exige renovar cotidianamente el consenso básico por el que vive y crece todo pacto constitucional.

Ninguna constitución alcanza su vigencia real solo por el hecho de existir, pues dicha vigencia depende de su fuerza normativa, es decir, de su capacidad de operar, de forma determinante y reguladora, en la realidad de la vida histórica de la comunidad política que crea. Esta fuerza normativa se halla condicionada, entre otros factores, por lo que Konrad Hesse llamó la «voluntad de la Constitución», es decir, por la conciencia o voluntad constante de todos los implicados en el proceso constitucional –responsables de las instituciones públicas y ciudadanos– de respetar la Carta Magna y realizar sus contenidos.

⁶⁸ La polémica asignatura Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos fue diseñada por la Ley Orgánica 2/2006 (LOE) para el último ciclo de la Educación Primaria y toda la Educación Secundaria. El 31 de enero de 2012, el ministro de Educación del nuevo gobierno del PP, José Ignacio Wert, anunció que la asignatura sería sustituida por otra llamada Educación Cívica Constitucional, pero esta finalmente no se incluyó en la Ley Orgánica 8/2013 (LOMCE).

⁶⁹ La Ética ha sido eliminada de 4.º de la Educación Secundaria (ESO) por la reciente y muy polémica (principalmente, porque elimina el español como lengua vehicular) Ley Orgánica 3/2020, conocida como «ley Celaá». La Ley prevé la asignatura Valores Cívicos y Éticos, tanto en alguno de los cursos del tercer ciclo de la Educación Primaria como en 4.º de la ESO, en la que se incluirán «contenidos referidos a la Constitución española, al conocimiento y respeto de los Derechos Humanos y de la Infancia, a la educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía mundial, a la igualdad entre hombres y mujeres, al valor del respeto a la diversidad y al valor social de los impuestos, fomentando el espíritu crítico y la cultura de paz y no violencia».

La idea misma de constitución comporta, pues, la necesidad de que la comunidad política que funda y ordena la conozca para poder, de esta manera, comprender su trascendencia, y ello solo puede lograrse mediante una adecuada explicación o enseñanza del texto constitucional, que no solo se circunscriba al estudio del mismo como norma –ahí incluido sus posibles carencias y el procedimiento para su reforma–, sino que sepa transmitir su fundamento y los valores superiores e irrenunciables de una sociedad democrática.

Así lo entendieron, con gran acierto, los primeros liberales españoles cuando, por primera vez en la historia del movimiento constitucional, incluyeron en nuestra primera constitución, La Pepa, la preceptiva enseñanza del propio texto constitucional como elemento clave del sistema educativo, original y valiosa aportación del texto gaditano que, si bien desaparece de nuestras constituciones posteriores, sí ha sido emulada por el constitucionalismo iberoamericano.

No exageramos un ápice si afirmamos que el sistema educativo constituye uno de los pilares básicos de la democracia. Por un lado, la educación capacita al individuo para comprender mejor el mundo y, de este modo, prever las consecuencias de sus decisiones, lo que indudablemente se proyecta a su dimensión política, ya sea como ciudadano o como cargo público. Por otro, las sociedades que acceden a un mayor conocimiento y reflexión sobre su sistema político constitucional tienen más posibilidades de defenderlo y mejorarlo.

En su *Historias*, Polibio de Megalópolis (siglo II a. C.) sostiene que las formas de gobierno se van sucediendo de manera natural, degradándose la monarquía en tiranía, la aristocracia en oligarquía y la democracia en olocracia (gobierno de la muchedumbre). Para que esta última se produzca es necesario –dice Polibio– que los jóvenes, nacidos ya en la libertad y en la democracia, desprecien la libertad recibida de sus padres y las instituciones que aquellos establecieron, dejándose llevar por políticos demagogos que prometen lo que saben que no van a cumplir.

No se puede comprender y apreciar lo que no se conoce, de modo que, si queremos que el ciclo de evolución anunciado por Polibio no sea inexorable, resulta perentorio incorporar a nuestro sistema educativo (por ejemplo, al cuarto curso de la Educación Secundaria y a uno de los dos cursos que conforman el Bachillerato) una asignatura obligatoria que explique con rigor científico y neutralidad ideológica –huyendo, por lo tanto, de sesgos partidistas– los fundamentos del movimiento constitucional y los aspectos básicos de la Constitución de 1978, reconciliándonos, así, con una de las aportaciones más singulares y laudables de nuestro constitucionalismo.

La supervivencia de nuestro orden constitucional, nos atrevemos a decir, depende de ello.

Referencias bibliográficas

- Álvarez de Morales, A. (1975). Los precedentes de la Ley Moyano. *Revista de Educación*, 240.
- Calderón España, M. C. (Dir.). (2001). *Las Reales Sociedades Económicas de Amigos del País y el Espíritu Ilustrado: Análisis de sus realizaciones*. Universidad de Sevilla/Real Sociedad Económica Sevillana de Amigos del País.
- Cotino Hueso, L. (2012). *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- De Argüelles, A. (2011). *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Díaz Bautista, A. (1978). La «introducción a las Ciencias jurídicas» en el C.O.U. (Una experiencia docente). En *El primer año de Derecho. Actas de las jornadas de profesores de primer año de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Rábida*.
- Fernández-Carvajal González, R. (2003). *El pensamiento español en el siglo XIX. Los precedentes del pensamiento español contemporáneo*. Nausicaä.
- García Costa, F. M. (2013). Los instrumentos de la educación constitucional en la obra legislativa de las Cortes de Cádiz. En J. Novella Suárez (Coord.), *La Constitución de Cádiz en su bicentenario (1812-2012)*. Universidad de Murcia.
- García Costa, F. M. (2015). *Algunas originalidades y aportaciones del constitucionalismo español*. Atellier.
- García Costa, F. M. (2019). La defensa paidéutica de la Constitución española de 1812. En F. M. García Costa, A. Sant'Ana Pedra, J. C. Muñoz Pérez y D. Soto Carrasco (Dir.), *Historia constitucional de Iberoamérica*. Tirant lo Blanch.
- García Trobat, P. (2001). La Constitución de 1812 o cómo educar a un pueblo. En *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica: actas del congreso internacional sobre la enseñanza de las ideas constitucionales celebrado en la Universitat de Valencia de 16 al 21 de octubre de 2001*. Marcial Pons.
- García Trobat, P. (2011). Españoles instruidos por la Constitución. *Revista de Derecho Político*, 82.
- Garrorena Morales, A. (1974). *El Ateneo de Madrid y la teoría de la Monarquía Liberal (1836-1847)*. Instituto de Estudios Políticos.
- Gil de Zárate, A. (1855). *De la instrucción pública en España*. Imprenta del Colegio de Sordo-Mudos.
- Gómez García, M. N. (1996). *Pasado, presente y futuro de la Educación Secundaria en España*. Kronos.
- Gómez Orfanel, G. y Guerrero Salom, E. (1977). La educación y la evolución histórica del constitucionalismo español. *Revista de Educación*, 253.
- Guerrero Salom, E. (1976). La institución, el sistema educativo y la educación de las clases obreras a fines de siglo. *Revista de Educación*, 243.
- Jaumeandreu, E. (1820). *Curso elemental de Derecho Público*. Imprenta del Gobierno Político Superior.
- López Castillo, A. (Ed.). (2007). *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*. CEPCO.
- Martínez Cuadrado, M. (1973). La burguesía conservadora (1874-1931). En *Historia de España* (Vol. 5). Alianza Editorial-Alfaguara.



- Negrín Fajardo, O. (1987). *Educación popular en la España de la segunda mitad del siglo XVIII*. UNED.
- Polakiewicz, J. (1993). El proceso histórico de implantación de los derechos fundamentales en Alemania. *Revista de Estudios Políticos*, 81.
- Real Polo, C. (2012). La configuración del sistema educativo español en el siglo XIX: Legislación educativa y pensamiento político. *Campo Abierto*, 31.
- Ruiz Berrio, J. (1970). *Política escolar de España en el siglo XIX (1808-1833)*. CSIC.
- Ruiz Berrio, J. (1988). Constitucionalismo y educación en España. En F. Gómez Rodríguez de Castro, J. Ruiz Berrio, G. Ossensbach Sauter, A. Gutiérrez Gutiérrez y A. Tiana Ferrer, *Génesis de los sistemas educativos nacionales*. UNED.
- Sánchez Agesta, L. (1962). Las primeras cátedras españolas de Derecho Constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, 126.
- Varela Suanzes-Carpegna, J. (1999). ¿Qué ocurrió con la Ciencia del Derecho Constitucional en la España del siglo XIX? *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 14.
- Varela Suanzes-Carpegna, J. (2011). *La teoría del Estado en las Cortes de Cádiz. Orígenes del constitucionalismo hispánico* (2.ª ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Varela Suanzes-Carpegna, J. (2020). *Historia constitucional de España*. Marcial Pons.

Imprudencia leve en accidente de tráfico: competencia de la jurisdicción civil

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Enunciado

Ana es una conductora de un autobús de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid (EMT) que va circulando por normalidad por su ruta habitual; cuando estaba acercándose a una parada para efectuar la operación de carga y descarga de viajeros, observa que de espaldas a ella y sin apercibirse de que su autobús se aproximaba hay una persona mirando algo en los paneles de la marquesina; ante ello, Ana se aproxima lentamente realizando una maniobra evasiva para evitar que el espejo retrovisor externo pueda golpearla, y de forma súbita dicha persona se gira e invade la calzada siendo atropellada por el bus sin posibilidad alguna de evitarlo Ana, y la atropellada fallece. Consta en el sistema de grabación incorporado al bus que solo tuvo un segundo Ana para poder reaccionar y evitar la colisión con la persona atropellada.

La familia de la atropellada ha puesto una denuncia penal contra Ana y contra la EMT.

¿Qué jurisdicción ha de ser la competente para enjuiciar esto? ¿Puede estimarse infracción penal?

Cuestiones planteadas:

1. La imprudencia menos grave y leve atípica en los accidentes de tráfico en los casos de atropellos, a la luz de la reforma de 2019 y con arreglo al artículo 76 de la Ley de seguridad vial.
2. Jurisprudencia en la materia.

Solución

Para dar adecuada respuesta a la cuestión que se suscita y determinar si nos encontramos ante una conducta merecedora de sanción en vía penal o si, por el contrario, estamos ante un supuesto de conducta atípica que ha de ser analizada y resuelta por la jurisdicción civil con base en el artículo 1902 del Código Civil, regulador de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, conviene comenzar haciendo referencia a la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que ha tratado de delimitar el concepto de imprudencia menos grave tras la reforma de 2019, y muy especialmente la STS 431/2020 (rec. núm. 1086/2018 [NCJ065129]) de 22 de julio, que ha tratado de forma extensa y detallada esta cuestión.

Dicha sentencia declara:

Recordemos algunos pronunciamientos jurisprudenciales como telón de fondo, aunque no aportan criterios definitivos, sino menos acercamientos. La STS 54/2015, de 11 de febrero, citada en la resolución del Juzgado de lo Penal que, como la de apelación, es de excelente factura, sirve como botón de muestra de la doctrina general anterior sobre la imprudencia grave. Lo que constituye la esencia del delito de imprudencia es «la infracción del deber de cuidado que hace reprochable su comportamiento porque ese cuidado le era exigible. En estos delitos culposos es la falta de atención la que determina ese error de cálculo que ocasionó no tomarse en serio la producción del resultado o la mencionada esperanza equivocada, lo que traslada el título de imputación al ámbito de la imprudencia. A este respecto la jurisprudencia viene señalando que la imprudencia se configura por la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) una acción u omisión voluntaria no intencional o maliciosa, con ausencia de cualquier dolo directo o eventual;
- b) el factor psicológico o subjetivo consistente en la negligente actuación por falta de previsión del riesgo, elemento no homogeneizable y por tanto susceptible de apreciarse en gradación diferenciadora;
- c) el factor normativo u objetivo representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, concretado en normas reglamentarias o impuesto por las normas socio-culturales exigibles al ciudadano medio, según común experiencia;
- d) producción del resultado nocivo; y
- e) adecuada relación causal entre el proceder descuidado desatador del riesgo y el daño o mal sobrevenido, dentro del ámbito de la imputación objetiva (SSTS 1382/2000 de 24 de octubre y 1841/2000).

En efecto, esta teoría de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el ámbito de la imprudencia donde es precisamente el resultado lesivo lo que condi-

ciona la relevancia penal de un comportamiento descuidado, que por muy grave que sea, sin la concreción de aquel, queda sustraída del marco de lo punible.

Efectivamente, la tradicional estructura del delito imprudente se basa en dos elementos fundamentales: el psicológico o previsibilidad del resultado y el normativo o reprochabilidad, referido al deber de evitar el concreto daño causado. Sobre esta estructura se requiere: una acción u omisión voluntaria, pero no maliciosa, referida a la acción inicial, puesto que el resultado no ha sido querido ni aceptado; que dicha acción u omisión será racionalmente peligrosa, no permitida, al omitirse el deber de cuidado normalmente exigido por el ordenamiento jurídico, por las costumbres o por las reglas de la convivencia social; finalmente, esta conducta con conocimiento del peligro o sin él, ha de ser causa eficiente del resultado lesivo o dañoso no perseguido, que constituye la parte objetivo del tipo.

Así las cosas, la operación de conexión jurídica entre la conducta imprudente y el resultado no puede realizarse desde una perspectiva exclusivamente naturalística, sino que el resultado será objetivamente imputable a una conducta infractora de la norma de cuidado siempre que, constatada entre ambos la relación de causalidad, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, pueda afirmarse que dicho comportamiento descuidado ha producido una situación de riesgo para el bien jurídico protegido suficientemente importante y grave para que se haya materializado en un determinado resultado lesivo.

Por su parte, la STS 805/2017, de 11 de diciembre (caso Madrid Arena [NCJ063063]), tras unas consideraciones generales sobre la imprudencia, trata de establecer algunos criterios que ayuden a perfilar qué debemos entender por imprudencia menos grave, inspirándose en buena medida, lo que no se oculta, en el Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial: «Como acertadamente se razona, y resulta de la jurisprudencia de esta Sala, el delito imprudente exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1.º La infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión).
- 2.º Vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado).
- 3.º Generación de un resultado.
- 4.º Relación de causalidad.

A lo anterior debe sumarse:

1) En los comportamientos activos:

- a) el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico)
- b) la imputación objetiva del resultado (vínculo normativo): que el riesgo no permitido generado por la conducta imprudente sea el que materialice el resultado.

2) En los comportamientos omisivos: dilucidar si el resultado producido se hubiera ocasionado de todos modos si no se presta el comportamiento debido. Pero no que no se puede saber o conocer si el resultado se hubiera producido, o no, de haberse prestado la atención debida.

Conforme a la teoría de la imputación objetiva, se exige para determinar la relación de causalidad:

1) La causalidad natural: en los delitos de resultado este ha de ser atribuible a la acción del autor.

2) La causalidad normativa: además hay que comprobar que se cumplen los siguientes requisitos, sin los cuales se elimina la tipicidad de la conducta:

1.º Que la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, lo que se entiende que no concurre en los siguientes supuestos: a) Cuando se trata de riesgos permitidos. b) Cuando se pretende una disminución del riesgo: es decir, se opera para evitar un resultado más perjudicial. c) Si se obra confiado en que otros se mantendrán dentro de los límites del riesgo permitido (principio de confianza). d) Si existen condiciones previas a las realmente causales puestas por quien no es garante de la evitación del resultado (prohibición de regreso).

2.º Que el resultado producido por la acción es la concreción del peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción, manteniéndose criterios complementarios nacidos de la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, de forma que en estos casos hay que indagar cuál es la causa que realmente produce el resultado. Como alegación subsidiaria, el recurrente sostiene que la conducta del Sr. del Amo podría constituir una imprudencia menos grave.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, ha procedido a una despenalización de la imprudencia leve, dibujando nuevos conceptos, imprudencia grave y menos grave en los tipos imprudentes de los artículos 142 y 152 del Código Penal. Las razones de la distinción es la modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal.

La reforma de 2019 ha intentado delimitar o clarificar algo ese concepto –imprudencia menos grave–. Tomando prestado un criterio que había aflorado en alguna jurisprudencia menor, establece que la presencia de una infracción grave de la ley sobre tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial (RDL 6/2015, de 30 de octubre) supondrá, en principio, un caso de imprudencia menos grave a los efectos de los artículos 142 y 152 CP.

«Se reputará imprudencia menos grave cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre

tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de esta por el Juez o el Tribunal».

La glosa inicial de esta proposición normativa sugiere estas consideraciones:

a) Es claro que la referencia a una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial remite al RDL 6/2015 y su listado de infracciones graves.

b) Una segunda observación: no tiene la norma afán de proporcionar con esa remisión una definición única y excluyente de la imprudencia menos grave. Es solo una indicación orientadora. Presenta alguna singular diferencia (en cuanto no se ofrece como definitiva) a la introducida en el campo de las imprudencias graves.

En este ámbito el Código reformado establece que se reputa en todo caso grave la imprudencia en la que el resultado traiga causa de algunas de las circunstancias previstas en el artículo 379 (exceso de velocidad relevante en los términos allí previstos, o conducción bajo los efectos del alcohol u otras sustancias tóxicas).

Al igual que ha establecido la jurisprudencia en relación al artículo 380.2 (STS 744/2018, de 7 de febrero de 2019), estamos ante una presunción legal de imprudencia grave; no ante una definición excluyente o totalizadora. Es taxativa en el sentido de que no es conciliable con la ley, producido un resultado como consecuencia de esos delitos de riesgo, degradar la imprudencia de su máximo rango legal (salvo que podamos negar la imputación objetiva: determinara la producción del hecho). Pero al margen de esos, caben otros supuestos de imprudencia grave. En el marco de la imprudencia menos grave el inciso «en todo caso» que aparecía en el texto que inspiró la enmienda desapareció.

c) La nueva caracterización de la imprudencia menos grave presenta un relevante matiz frente a la especificación de la imprudencia grave. La presencia de una infracción grave de tráfico, según la catalogación administrativa, empuja en principio al marco de la imprudencia menos grave y aleja de la imprudencia leve no punible. Ahora bien, eso no significa ni que no puedan existir otros casos de imprudencia menos grave; ni que siempre que se dé una infracción grave de tráfico la imprudencia haya de ser calificada de menos grave.

Recopilemos: la presencia de una infracción grave de tráfico –que es la pauta orientadora introducida en 2019– puede determinar:

a) Una imprudencia grave si el Juez o Tribunal lo estima así a la vista de las circunstancias que implican esa mayor magnitud de la infracción del deber de cuidado.

b) Una imprudencia menos grave, que, según esa pauta, debiera ser lo ordinario, aunque aquí se imponen matices.

c) Una imprudencia leve si el Juez o Tribunal no aprecia entidad suficiente en la infracción como para categorizarla penalmente de menos grave, en supuestos que tampoco serán insólitos o excepcionales.

Pese a lo bienintencionado de la reforma, no se logra la deseable previsibilidad normativa, previsibilidad tan importante en el derecho penal como lo es en la imprudencia. Algo se ha avanzado, pero no se alcanza el nivel ideal de taxatividad. Se queja de ello en uno de sus dictámenes de casación la parte recurrida. Se antoja, en efecto, poco claro un marco jurídico que se podría sintetizar así: la infracción grave de una norma de tráfico (con un resultado típico) constituye un delito leve de imprudencia menos grave, sancionado con pena leve o con pena menos grave, salvo que el Juez o Tribunal considere, bien que la imprudencia es grave, bien que es leve.

Pues bien, y situando a la norma administrativa como referente, son los artículos 76 y 77 de la Ley de seguridad vial (LSV) (cuyo contenido damos aquí por reproducido) los que delimitan en su relación de conductas, lo que ha de entenderse por imprudencia menos grave a los efectos de los artículos 142 y 152 CP; solo el apartado “m” del primero de los preceptos citados (conducción negligente) debe llamar nuestra atención y, a tal efecto, la infracción grave administrativa de la letra m) del artículo 76 de la LSV no sanciona solo una conducción negligente con cierta proyección temporal. También la negligencia momentánea encaja en esa falta. Si eso es así, habríamos arrebatado a la imprudencia leve todo espacio. En la graduación efectuada en el Código Penal la habríamos arrinconando hasta expulsarla del campo de juego: no existirían imprudencias de tráfico leves, lo que supondría una clara traición a la voluntad del legislador. La mera mención, huérfana de cualquier otra valoración adicional de la infracción prevista en la letra m) del artículo 76, no basta para argumentar la concurrencia de una imprudencia menos grave.

No existe, así pues, vicariedad de la norma penal respecto de la administrativa: esta, por voluntad del legislador, aporta un indicativo, un criterio, un indicio de la posible catalogación como imprudencia menos grave, pero no cancela la facultad del juzgador, para, *in casu*, razonándolo, declarar bien que es una imprudencia grave, bien que es una imprudencia leve. Algo aporta en todo caso la mención: una infracción grave de tráfico constituye una presunción, un criterio orientativo, de que, *prima facie*, estaremos ante una imprudencia menos grave. Para desactivar esa especie de presunción, salvo casos muy claros (*v. gr.*, y por usar un ejemplo tópico, alcance por detrás a escasa velocidad en un momento de colapso circulatorio con continuas retenciones) ordinariamente será necesario incoar diligencias, indagar y decidir mediante una motivación especial; razonar por qué en el supuesto concreto, pese a ello, la negligencia no tiene entidad suficiente para desbordar la categoría inferior (levedad).

Evidentemente, esa valoración no siempre será igual. Según cual sea la infracción grave de tráfico con que operemos habrá unos matices u otros. Y siempre será imprescindible el juicio que exige la imputación objetiva. La ya mencionada infracción de la letra m), por ejemplo, aporta o nada o muy poco, pues remite al problema general ¿cómo de grave es la negligencia? En los excesos de velocidad habrá que graduar, entre otros imaginables factores, en cuánto se excedía el tope permitido: habrá supuestos muy diferenciables.

Otras veces puede ser decisivo comprobar si la infracción administrativa en sí ha sido intencionada o por descuido (*v. gr.*, al no respetarse un «ceda el paso») y ponderar las causas

de esa desatención momentánea,... No es posible un prontuario o un vademécum completo: será el juzgador el llamado a valorar en cada supuesto, sin perder de vista ese parámetro legal orientativo (infracción administrativa grave) del que no puede prescindir, y que le obliga *prima facie* a explicar por qué, pese a constatar una infracción grave, descarta la calificación como imprudencia menos grave. La presencia de una infracción grave constituye indicio de imprudencia menos grave; presunción que puede ser contrarrestada por una motivación suficiente, a veces basada en la evidencia, tendente a mostrar que esa imprudencia en esas concretas circunstancias y sus singulares características no alcanza ese rango intermedio y puede ubicarse razonablemente en la imprudencia leve, atípica penalmente.

Si volvemos al caso a fin de analizar las circunstancias en él concurrentes bajo el prisma de la nueva normativa que en materia de imprudencia derivada de accidentes de tráfico se contiene en nuestro Código Penal, y ello a la luz del estudio jurisprudencial que de la misma se ha llevado a cabo en las sentencias seleccionadas en el fundamento anterior, se alcanza la conclusión de que los hechos denunciados carecen de entidad penal.

En nuestro supuesto nos encontramos ante un accidente acaecido el día XXX sobre las XXX, en el paseo de las XXX, esquina con la plaza de XXX de Madrid, en el que se vio implicado el autobús de la Empresa Municipal de Transporte, matrícula XXX (que en el momento de los hechos era conducido por Ana y asegurado en la entidad XXX, sucursal en España) y la peatón XXX, que resultó fallecida a consecuencia del accidente.

La referida vía consta de cuatro carriles en sentido XXX y un quinto y único carril en sentido plaza de XXX para la circulación de los autobuses, siendo este último por el que circulaba el autobús objeto de las actuaciones.

El accidente se produjo en el momento en que el autobús se aproximaba a la parada situada en la referida calle, haciéndolo a velocidad reducida, ya que tenía que detenerse en la misma para que subieran los viajeros que allí se encontraban.

La fallecida estaba situada en la zona de la parada del autobús muy próxima al bordillo de la acera, de espaldas al autobús, mirando hacia la plaza de XXX.

La investigada pudo apercebirse de la presencia de la fallecida, ya que realizó una maniobra de apertura hacia la izquierda para evitar alcanzarla con el retrovisor del autobús al mismo tiempo que reducía la marcha para detenerse en la parada.

Justo en el momento en que el autobús se encontraba a la altura de la primera marquesina de las tres existentes en el lugar, XXX se introdujo en la calzada, invadiendo la misma y con aparente intención de cruzar, interponiéndose en la trayectoria del autobús, no pudiendo la investigada evitar el impacto, la cual contó solo con un segundo para reaccionar, todo ello según las imágenes visualizadas de las cámaras existentes en el autobús (a las 10:50:16 h se observa a la persona fallecida en la acera, por tanto, aun sin haber comenzado a cruzar la calle y a las 10:50:17 h se interpone en la trayectoria del autobús).

La fallecida habría recibido el impacto con el vértice derecho de la luna delantera del autobús, cayendo al suelo y pasando la rueda delantera derecha del vehículo por encima de su pierna derecha.

La causa de fallecimiento, de acuerdo con el informe de autopsia incorporado a las actuaciones, fue el traumatismo craneoencefálico causado por el accidente.

La fallecida cruzó la calzada por un lugar no habilitado para ello, pues en el punto donde se produjo el accidente no existía paso de peatones, encontrándose el más próximo a 24 metros del lugar del atropello.

Los hechos así descritos resultan de las declaraciones prestadas por los testigos que se encontraban en el lugar donde se produjo el siniestro y pudieron presenciar el mismo, así como de las grabaciones de las cámaras existentes en el autobús, y por último del examen del lugar y análisis de los vestigios del accidente llevado a cabo por los agentes instructores autores del atestado, incorporado a las presentes diligencias previas, cuyo juicio crítico se recoge al final del mismo.

Partiendo de los hechos así descritos, procede analizar y determinar si la conducta observada por la investigada, conductora de autobús, debe enmarcarse en un supuesto de imprudencia merecedora de reproche penal o si, por el contrario, debe calificarse de conducta atípica desde el punto de vista penal.

Como punto de partida debe descartarse que nos encontremos ante un supuesto de imprudencia grave. En ningún caso cabe apreciar que la investigada haya incurrido en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 379 del CP y 77 de la Ley de tráfico y responsabilidad vial, ni la conducta enjuiciada puede considerarse que suponga una violación absoluta de las más elementales normas de cuidado ni tampoco una desatención grosera ni dejación intolerable e inaceptable de la diligencia exigible.

Por lo que se refiere a la imprudencia menos grave, tampoco se estima que concurra en el presente supuesto.

El artículo 142.2 del CP señala que se reputará imprudencia menos grave aquella que no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de esta por el juez o el tribunal.

Como se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo 431/2020, más arriba trascrita, para determinar si nos encontramos ante una imprudencia menos grave debe acudir, en primer lugar, al artículo 76 de la Ley de tráfico y seguridad vial (LTSV) con el fin de delimitar si la conducta analizada se halla dentro de las infracciones graves de tráfico que dicho precepto enumera. Ahora bien, en todo caso, dicha remisión no limita el concepto de imprudencia

menos grave a los supuestos contenidos en dicho precepto, pues esta puede apreciarse, a pesar de que no concurra una infracción grave de las contempladas en el mencionado artículo, de igual modo que la inicial apreciación de una infracción grave del referido precepto no tiene por qué conllevar necesariamente la calificación, de manera automática, de una imprudencia menos grave cuando las circunstancias concurrentes en el caso concreto no lo merezcan, sea porque el hecho no tiene la magnitud suficiente para integrar dicho concepto o, por el contrario, porque se aprecia una mayor gravedad en la infracción cometida.

En nuestro caso, debe comenzarse señalando que la conducta observada por la investigada no tiene encaje en ninguno de los supuestos contemplados en el mencionado artículo 76 de la LTSV, salvo, en su caso, en el recogido en el apartado m) del mismo relativo a “la conducción negligente”, expresión esta que por su generalidad y ambigüedad obliga a analizar si en nuestro caso cabe hablar de un comportamiento negligente con trascendencia penal por parte de la investigada, y la respuesta debe ser negativa.

En efecto, la velocidad a la que circulaba el autobús en el momento del siniestro era muy reducida, lo cual resulta razonable y creíble si se tiene en cuenta que el autobús se aproximaba a su parada, habiendo alcanzado ya la primera de las tres marquesinas existentes en el lugar y que tenía que detenerse para que subieran al mismo nuevos viajeros.

Por otro lado, tampoco cabe hablar de una conducción desatenta o descuidada por parte de la investigada como causa del siniestro, pues lo cierto es que la misma se percató de la presencia de la víctima en el bordillo de la acera y del riesgo que ello suponía, hasta el punto de desviar la trayectoria del vehículo hacia su izquierda para alejarse de la peatón y evitar que la misma pudiera ser alcanzada por el retrovisor del autobús. Lo anterior puede apreciarse con el examen de las fotografías del autobús tomadas después del accidente, así como del croquis incorporado al atestado, en donde se observa que el vehículo se encuentra detenido a un metro y medio del bordillo de la acera en su parte delantera derecha, invadiendo parte del carril de circulación de sentido contrario, lo cual evidencia, sin lugar a dudas, una maniobra evasiva por parte de la conductora del autobús, maniobra esta que, a su vez, hace patente la especial diligencia que acreditó la conductora a la hora de aproximarse a su parada reglamentaria.

Finalmente, debe tenerse presente que, según resulta del atestado, ratificado por los agentes de Policía en su declaración judicial, el impacto se produjo con el vértice delantero derecho del autobús, lo que necesariamente implica que cuando la fallecida estaba invadiendo la calzada, el autobús había alcanzado ya dicha posición, de forma que, tal y como resulta de las grabaciones del propio autobús, el tiempo de reacción fue de un segundo, tiempo absolutamente insuficiente para impedir el atropello, sobre todo con un vehículo pesado como es un autobús.

Se estima, en definitiva, que la reacción de la peatón, al invadir la calzada por un lugar no habilitado sin cerciorarse de la presencia del autobús, pues se encontraba de espaldas al mismo, resultó absolutamente imprevisible, haciendo inevitable el siniestro.

Por todo lo expuesto, no cabe hablar en el presente caso de un supuesto de imprudencia merecedor de reproche penal, pues en atención a las circunstancias concurrentes, no es posible apreciar una omisión de la diligencia exigible, ni cabe estimar que la investigada haya creado una situación de peligro jurídicamente reprochable, ni que haya infringido un deber exigible de previsión, de forma que aun cuando pudiera llegar a considerarse que la investigada ha incurrido en algún tipo de imprudencia en su actuar, esta tendría que ser calificada de leve, la cual resulta atípica, al haber sido despenalizada.

Todo lo expuesto conduce inexorablemente a remitir a los perjudicados a la vía civil, si a su derecho convinieren, para ejercitar allí las acciones que estimen pertinentes.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 1902.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 142, 152 y 379.
- Real Decreto legislativo 6/2015 (seguridad vial), arts. 76 y 77.
- SSTS, Sala de lo Penal, de 11 de febrero de 2015, 11 de diciembre de 2017 y 22 de julio de 2020.

Autorización a extranjero de residencia temporal y efectos de una condena penal

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF-*

Enunciado

1. Don Nelson, ciudadano de nacionalidad ecuatoriana, residente en España, era titular de una autorización inicial de residencia temporal y de trabajo por cuenta propia, cuyo plazo de vigencia se extendía hasta el 23 de abril de 2018.

Con fecha 30 julio 2017 el Juzgado de lo Penal de Lorca dictó sentencia en el juicio oral número 284/2016 condenando a don Nelson

como autor criminalmente responsable de un delito de robo con intimidación en las personas, sin concurrir circunstancias modificaciones de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión y accesorias legales. La pena privativa de libertad impuesta será sustituida por la pena de multa en la siguiente proporción: por cada día de prisión dos cuotas multas a razón de dos euros cuota, asumiendo la responsabilidad civil declaraba la Sentencia.

Mediante resolución de fecha de 10 de diciembre de 2017, notificada debidamente al interesado, la Junta Superior de Policía de Murcia, órgano competente para ello, acordó la extinción de la autorización inicial de residencia temporal y de trabajo otorgada a don Nelson, en aplicación del artículo 162.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el

que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por haberse comprobado la inexactitud grave de las alegaciones del interesado, vinculada la concurrencia de diligencias penales seguidas contra su persona. Dicha resolución no ha sido recurrida por el interesado.

Posteriormente, con fecha 13 de febrero de 2018 el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Penal de Lorca emitió certificado, debidamente notificado a don Nelson el mes siguiente, en el sentido de que este «ha pagado en su totalidad la multa impuesta en el procedimiento 284/2016, por lo que está exento de responsabilidad penal por este asunto».

2. Don Nelson, en vista del certificado emitido por el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Penal de Lorca, presentó en el registro general de la Delegación del Gobierno en Murcia, con fecha 25 de julio de 2018, una solicitud de renovación de su autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia por el periodo legal de dos años.

Con fecha 11 de agosto de 2018 la Delegación de Gobierno en Murcia dictó acuerdo, notificado a don Nelson el día 22 agosto, por el que se le requería para que, con base en la Ley 39/2015, LPAC, y en el artículo 67.5 del Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, aportara en el plazo de 10 días la documentación consistente en los certificados de antecedentes penales o, en su caso, las sentencias judiciales derivadas de los procedimientos penales tramitados contra él dimanante de las diligencias policiales número 13.953, de fecha 6 de noviembre de 2016, por el delito de lesiones, y número 2.135, de fecha 20 de febrero de 2017, por el delito de daños, de los que estaban conociendo los juzgados del orden jurisdiccional penal de Lorca y que, según consta en dicho requerimiento, se encuentran en tramitación a esa fecha.

Como consecuencia de que el interesado no aportó la documentación cuya presentación le había sido requerida por la Delegación del Gobierno en Murcia, este órgano administrativo, con fecha 18 de diciembre de 2018, dictó resolución, notificada al interesado el día 9 de enero de 2019, por la que acordó declarar la caducidad del procedimiento y archivar la solicitud de renovación de la autorización de renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia presentada por don Nelson.

3. Con fecha 5 de febrero de 2019 don Nelson presenta escrito en el registro general de la Delegación del Gobierno en Murcia, solicitando que se acuerde:

1. Revocar de oficio, a tenor de lo dispuesto en la Ley 39/2015, la Resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Murcia de 18 de diciembre de 2018 por la que se acordó declarar la caducidad del procedimiento y archivar la solicitud de

renovación de la autorización de residencia y trabajo presentada por don Nelson. Y, en consecuencia, se dicte nueva resolución que reconozca la estimación por silencio administrativo de la solicitud de renovación del permiso de residencia y trabajo instada; y

2. Subsidiariamente a lo anterior, y conforme al artículo 106, en relación con el artículo 47.1, apartado e), ambos de la citada Ley 39/2015, se interesa que previo dictamen favorable del Consejo de Estado, se declare de oficio la nulidad de la Resolución de fecha 18 diciembre 2018 emitida por la delegación del gobierno de Murcia. Y, en consecuencia, reconozca la estimación por silencio administrativo de la renovación del permiso de residencia y de trabajo instada.

4. Posteriormente, con fecha 9 de febrero del 2019, don Nelson presenta un escrito en el registro general de la Delegación del Gobierno en Murcia por el que interpone un recurso extraordinario de revisión al amparo de la causa 2.^a del artículo 125 de la Ley 39/2015, en el que solicita que se anule la resolución de fecha 18 de diciembre de 2018, emitida por dicha delegación del Gobierno. Alega, en este sentido, el error en el que ha incurrido dicha resolución, según resulte acreditado por el certificado emitido con fecha 13 de febrero de 2018 por el secretario del Juzgado de lo Penal de Lorca, en el sentido de que don Nelson «ha pagado en su totalidad la multa impuesta en el procedimiento número 284/2006, por lo que está exento de responsabilidad penal por este asunto» (certificado que acompaña junto con su escrito de 9 de febrero de 2019).

NOTA: Las fechas son ficticias. Contestar a las diversas cuestiones planteadas teniendo en cuenta la legislación actual.

Cuestiones planteadas:

1. Elabore una nota en la que deberá dar contestación a las peticiones formuladas por don Nelson en su escrito de fecha 5 de febrero de 2019 solicitando la revocación y, subsidiariamente, la revisión de oficio de la resolución de la Delegación del Gobierno en Murcia de fecha 18 de diciembre de 2018 por el que se acordó declarar la caducidad del procedimiento y archivar la solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, e insta que se dicte nueva resolución que reconozca la estimación por silencio administrativo de dicha solicitud de renovación.
2. Elabore una propuesta de resolución sobre el recurso extraordinario de revisión presentado por don Nelson en su escrito de fecha 9 de febrero de 2019 al amparo de la causa 2.^a del artículo 125.1 de la Ley 39/2015. Dicha propuesta deberá contener todos los pronunciamientos exigidos en los artículos 88 y 126 de la Ley 39/2015.

3. A la vista de las conclusiones anteriores señale cómo debería actuar la Administración, en su caso, para restablecer la legalidad jurídica vulnerada, presuntamente. Indique la competencia, el procedimiento, el motivo, el plazo y los límites para la posible actuación administrativa.
4. Si, finalmente, hubieran transcurrido dos años desde que se produjo la nueva autorización de residencia y trabajo temporal, ¿cabría alguna actuación administrativa para anularla?

Solución

1. Elabore una nota en la que deberá dar contestación a las peticiones formuladas por don Nelson en su escrito de fecha 5 de febrero de 2019 solicitando la revocación y, subsidiariamente, la revisión de oficio de la resolución de la Delegación del Gobierno en Murcia de fecha 18 de diciembre de 2018 por el que se acordó declarar la caducidad del procedimiento y archivar la solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, e insta que se dicte nueva resolución que reconozca la estimación por silencio administrativo de dicha solicitud de renovación.

Varias cuestiones debemos analizar respecto a esta cuestión:

Primera. El artículo 71.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, señala, respecto a la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena:

1. La renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido.

De ello se deduce que no estamos ante un supuesto de renovación de la autorización concedida que había sido ya extinguida por resolución administrativa, sino que estamos ante un nuevo supuesto de solicitud de concesión de autorización de residencia temporal

y trabajo por cuenta propia, por lo que no resulta de aplicación la normativa prevista para la renovación.

Segunda. Es de resaltar, por la trascendencia que tiene a todas las respuestas que se han de dar en el caso, que la circunstancia de que se haya extinguido la responsabilidad penal en un procedimiento concreto no significa, en absoluto, que carezca de antecedentes penales, pues, pese al cumplimiento de las responsabilidades o sanciones impuestas, es lo cierto que en el Registro Central de Penados consta el hecho cometido. En este sentido, el Código Penal de 1995 en su artículo 130.1 2.º señala que la responsabilidad criminal se extingue por el cumplimiento de la pena. Pero el artículo 136 señala que:

Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos:

- a) Seis meses para las penas leves.
- b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes.
- c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años.
- d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años.
- e) Diez años para las penas graves.

En nuestro caso estaría incluido en el apartado b), por lo que no se había producido la cancelación de antecedentes penales por la extinción de la responsabilidad criminal el día 13 de febrero de 2018, en el que el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado en lo Penal de Lorca certifica que ha pagado en su totalidad la multa impuesta y que está exento de responsabilidad penal en este asunto.

Además esta cancelación de antecedentes penales no se produce automáticamente, sino que debe estar en posesión del certificado del Ministerio de Justicia en el que se acredite la referida cancelación y la misma sea aportada al procedimiento para la autorización de residencia por trabajo temporal. Cosa que, en el presente caso, no consta que se haya producido.

Tercera. En primer lugar, con carácter general debemos señalar que el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, regulan en el artículo 105 los requisitos para tener derecho a la autorización de resi-

dencia y trabajo por cuenta propia que suponemos que cumplía el interesado, don Nelson, puesto que ya se le había concedido la autorización inicial, cuya vigencia se extendía hasta el día 23 de abril de 2018.

Con posterioridad, mediante resolución de fecha de 10 de diciembre de 2017, que se notificó al interesado, se acordó la extinción de la autorización inicial de residencia temporal y de trabajo otorgada a don Nelson, señalando el supuesto de hecho que fue adoptada por el órgano competente para ello, en aplicación del artículo 162.2 c) del citado real decreto, que establece que

La autorización de residencia temporal se extinguirá por resolución motivada de la autoridad competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, cuando se constate la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: [...] c) Cuando se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por el titular para obtener dicha autorización de residencia.

En concreto, esta inexactitud se concretó en las alegaciones del interesado, que omitió la concurrencia de diligencias penales seguidas contra su persona.

Al no ser recurrida esta resolución por don Nelson, se convirtió en firme e inatacable a través de los recursos ordinarios.

A continuación, una vez emitido certificado el día 13 de febrero de 2018 por el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Penal de Lorca, en el sentido de que había pagado en su totalidad la multa sustitutiva impuesta en el procedimiento penal, estando exento de responsabilidad por este asunto, presentó en el Registro General de la Delegación del Gobierno en Murcia, el día 25 de julio de 2018, una solicitud de renovación de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia por el periodo legal de los mismos. Suponemos que la solicitud dio origen a un procedimiento administrativo en el que se requirió para que presentara, en el plazo de 10 días, la documentación referida a certificado de antecedentes penales, o, en su caso, las sentencias judiciales derivadas de procedimientos penales tramitados contra él.

Este requerimiento no dio resultado alguno, por lo que el interesado no aportó la documentación requerida. Al ser un requisito esencial, según el artículo 98 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, carecer de antecedentes penales para la concesión de la autorización, es de significar que la documentación pedida era imprescindible para adoptar la resolución oportuna.

Parece que la Administración debió de proceder a aplicarle el artículo 117, en el sentido de que si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo 113, y, en

su caso, los que señala el artículo 114 u otros exigidos por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución.

Ahora bien, el artículo 53.1 d) de la Ley 39/2015, LPAC, reconoce el derecho a no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate o que ya se encuentren en poder de las Administraciones públicas o que hayan sido elaborados por estas. De manera que bien podría entenderse que la Administración actuante pudo obtener, sobre todo, el certificado de antecedentes penales, dirigiéndose al registro que, respecto a esta materia, se lleva en el Ministerio de Justicia. Además, en general, la regulación de este derecho se refiere a la Administración actuante que, en este caso, es la misma.

Cuarta. Respecto al escrito de 5 de febrero de 2019 que presentó don Nelson, respondemos lo siguiente:

- a) La naturaleza de este escrito debe entenderse como un recurso de alzada ante el superior jerárquico (Ministro del Interior, teniendo en cuenta la materia de que se trata), contra la resolución de 18 de diciembre de 2018, que se notificó el día 9 de enero de 2019, por la que se declaró la caducidad y archivo del procedimiento. Como el escrito es de fecha 5 de febrero de 2019 debemos significar que el recurso estaba en plazo.
- b) En cuanto a la solicitud de revocar de oficio, desde el punto de vista formal, como lo hace en el mismo escrito de recurso, es una petición en el mismo, no una solicitud independiente, señala el artículo 109 de la Ley 39/2015 que las Administraciones públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

Tal argumentación, en principio, podría estimarse si tenemos en cuenta los siguientes argumentos:

- Como hemos mantenido con anterioridad, la Administración fue la que debía adquirir este documento mediante oficio dirigido al Ministerio de Justicia, en virtud del derecho del interesado reconocido en el artículo 53.1 d) de no presentar documentos que obren en poder de las Administraciones públicas, pues, en este caso, se trata de la misma Administración. Además el artículo 28 de la LPAC señala que:

1. Los interesados deberán aportar al procedimiento administrativo los datos y documentos exigidos por las Administraciones públicas

de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable. Asimismo, los interesados podrán aportar cualquier otro documento que estimen conveniente.

2. Los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante o hayan sido elaborados por cualquier otra Administración. La Administración actuante podrá consultar o recabar dichos documentos salvo que el interesado se opusiera a ello. No cabrá la oposición cuando la aportación del documento se exigiera en el marco del ejercicio de potestades sancionadoras o de inspección.

Las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.

Cuando se trate de informes preceptivos ya elaborados por un órgano administrativo distinto al que tramita el procedimiento, estos deberán ser remitidos en el plazo de diez días a contar desde su solicitud. Cumplido este plazo, se informará al interesado de que puede aportar este informe o esperar a su remisión por el órgano competente.

- Para aplicar la caducidad a la que se refiere el artículo 95 de la Ley 39/2015 se exige que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del procedimiento. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándose al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes. Desconocemos si en la notificación realizada el 11 de agosto de 2018, requiriéndole la aportación de documentos, la delegación del Gobierno le advirtió de tal circunstancia, puesto que si no fue así, esa caducidad de archivo no resulta ajustado a derecho y habría que retrotraer el procedimiento al momento en que se cometió la infracción administrativa.
- Para la aplicación del desistimiento por no acompañar los documentos requeridos debería, a tenor del artículo 61.1 de la LPAC, haber dictado resolución en ese sentido y notificarla al interesado.
- En relación con que se dicte nueva resolución que reconozca la estimación de autorización por silencio administrativo el artículo 109.8 del Real Decreto 557/2011, establece que se entenderá que la resolución es favo-

able, en el supuesto de que la Administración no resuelva expresamente en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud. La autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde su notificación del mismo, su titular deberá solicitar la renovación de la tarjeta de identidad de extranjero. Por tanto, en este caso la solicitud tuvo entrada en el Registro de la Delegación de Gobierno de Murcia el día 25 de julio de 2018 y se dictó la resolución del procedimiento el día 18 de diciembre de 2018, notificándose a don Nelson el día 9 de enero de 2019. Es decir, había pasado el plazo de tres meses para resolver y, por tanto, debió entenderse estimada su solicitud.

Por otra parte, el artículo 22 de la LPAC referente a la suspensión del plazo máximo para resolver señala que:

El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias o la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, por el del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 68 de la presente Ley.

En este caso, se le dieron 10 días, de manera que, aun descontando esos 10 días, la resolución estaba fuera de plazo.

Por todo ello, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 24.3 a) de la LPAC, en el sentido de que la obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 21 se sujetará al siguiente régimen: «En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo».

- c) Con respecto a la solicitud subsidiaria para que conforme al artículo 106 de la Ley 39/2015, y en virtud del apartado e) del artículo 47 se declare la nulidad de la resolución administrativa, previo dictamen favorable del Consejo de Estado, y se reconozca lo pedido en su solicitud, respecto a la autorización del permiso de residencia y trabajo, por silencio administrativo, debemos señalar desde el punto de vista formal que al hacerlo en el escrito de recurso y estando en plazo para ello, no se puede tramitar como procedimiento independiente de revisión de oficio del artículo 106.1 de la LPAC que señala:

Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de

Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.

Por otra parte, el citado supuesto de nulidad exige prescindir total y absolutamente del procedimiento y, en el supuesto que analizamos, encontraremos argumentos para la defensa de dicha causa de nulidad, en principio, ya que al acordar directamente la resolución de caducidad y archivo ha omitido partes esenciales del procedimiento. Aunque, también, se puede defender que es causa de anulabilidad del artículo 48 de la LPAC y calificarse como mera infracción del ordenamiento jurídico causante de anulabilidad.

2. Elabore una propuesta de resolución sobre el recurso extraordinario de revisión presentado por don Nelson en su escrito de fecha 9 de febrero de 2019 al amparo de la causa 2.ª del artículo 125.1 de la Ley 39/2015. Dicha propuesta deberá contener todos los pronunciamientos exigidos en los artículos 88 y 126 de la Ley 39/2015.

El artículo 125 señala que:

1. Contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: [...] b) Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución.
2. El recurso extraordinario de revisión se interpondrá, cuando se trate de la causa a) del apartado anterior, dentro del plazo de cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada. En los demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme.

Para responde a cómo debe procederse ante este recurso extraordinario de revisión, debemos tener en cuenta lo siguiente:

- Que el día 5 de febrero de 2019, es decir, 4 días antes, ya había solicitado la revisión de oficio frente a la resolución de la resolución denegatoria, solicitando la revisión de oficio de aquel acto y que se entendiera estimada por silencio administrativo su solicitud de autorización. De manera que no parece tener mucho sentido pedir, en el fondo, lo mismo, aunque sea por otras razones. Pero es cierto que el artículo 125.3 de la LPAC señala que «lo establecido en el presente artículo

no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud y la instancia a que se refieren los artículos 106 y 109.2 de la presente Ley ni su derecho a que las mismas se sustancien y resuelvan».

- El supuesto alegado por el interesado de aparición de documento esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores evidencien, el error de la resolución, no puede ser acogido. El recurso está en plazo, pues disponía de cuatro años desde la aparición del documento. Este era al certificado del secretario del Juzgado de lo Penal de fecha 13 de febrero de 2018 –que ya hemos dicho que no supone la cancelación de antecedentes penales– y la resolución denegatoria era de 11 de agosto de 2018. Pero no puede ser tenida en cuenta esta argumentación porque:
 - Cuando interpone el recurso de alzada el 5 de febrero de 2019, ya conocía la existencia del documento, luego pudo alegarlo en el recurso y no esperar para poner el extraordinario de revisión.
 - Es discutible que sea documento esencial que evidencie error alguno, porque este solo acreditaba uno de los requisitos exigidos, carecer de antecedentes penales, pero el real decreto exige otros muchos que ignoramos si los cumplía o no.
 - Del caso se deduce que tenía responsabilidades penales pendientes y no adjuntó lo que se le pidió, sin causa alguna para ello. Luego fue su culpa y él mismo quien provocó la ausencia del documento.
 - Cuando el 11 de agosto de 2018 se resolvió el procedimiento administrativo de autorización, el documento ya existía (es de fecha 13 de febrero de 2018) y el letrado de la Administración de Justicia se le entregó al interesado, por lo que si no lo aportó al procedimiento antes de la resolución, para que se tuviera en cuenta en la misma, fue por su exclusiva culpa.

En conclusión: el recurso se resolverá no admitiéndose por la concurrencia de las causas del artículo 116 de la LPAC, consistentes en: «c) Tratarse de un acto no susceptible de recurso; o bien [...] e) Carecer el recurso manifiestamente de fundamento».

3. A la vista de las conclusiones anteriores señale cómo debería actuar la Administración, en su caso, para restablecer la legalidad jurídica vulnerada, presuntamente. Indique la competencia, el procedimiento, el motivo y plazo para la posible actuación.

A la vista de lo indicado con anterioridad es claro que había obtenido por silencio administrativo positivo la autorización. Esto es equivalente a la existencia de un acto administrativo que vincula a la Administración.

Por lo dicho anteriormente se hace preciso realizar la retirada de aquellos actos administrativos que adolezcan de algún vicio de invalidez. En concreto los actos administrativos fueron:

- El del día 10 de diciembre de 2018 la extinción de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por la inexactitud grave de las legaciones del interesado vinculada a la concurrencia de diligencias penales seguidas contra a aquel. Respecto a este acto perjudicial para el interesado nada se puede objetar, porque del relato de hechos no se deduce infracción jurídica alguna, y prueba de ello es que el interesado no recurrió el mismo.
- El de la delegación del Gobierno de 11 de agosto de 2018 por el que declaró la caducidad y archivo del expediente, al no acompañar en plazo los documentos requeridos.

A la vista de los argumentos mantenidos anteriormente y, de forma especial, que había obtenido, por silencio administrativo, la autorización de residencia temporal, y habida cuenta de que en tal caso, al amparo del artículo 24.3, la Administración solo podía dictar resolución tardía estimatoria, no cabe duda de que nos encontrábamos ya ante un acto administrativo favorable al interesado.

Por otra parte, si se constata que aquel no cumplía todos los requisitos exigidos para la concesión de la autorización de residencia de trabajo temporal, puesto que, como ya hemos repetido, no se había producido la constancia de la cancelación de antecedentes penales, aunque sí la extinción de la responsabilidad criminal por cumplimiento de condena y, además, por la existencia de otras responsabilidades penales que, del relato de hechos, no deducimos cómo finalizaron y, por tanto, desconocemos si volvía a tener antecedentes penales por nuevas condenas por infracciones punibles, como por el cumplimiento del resto de requisitos exigidos para la autorización de residencia temporal por trabajo propio, entonces, no cabe duda de que nos encontraríamos ante un acto nulo de pleno derecho al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.1, apartado f) de la LPAC, consistente en actos expuestos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

En este caso, la Administración debería incoar, en cualquier momento, un procedimiento de revisión de oficio del artículo 106.1 de la LPAC que señala:

Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía ad-

ministrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.

Este procedimiento seguirá las reglas generales de los procedimientos de la LPAC, y en especial la notificación de incoación del procedimiento, la posibilidad de alegaciones en cualquier momento del mismo y, de forma especial, el trámite de audiencia. Completado el mismo, para el que existe el plazo de seis meses, se dictará resolución decretándose la retirada del acto presunto de autorización de la concesión.

El órgano competente, conforme al artículo 111 b) 1.º de la LPAC, normalmente será el Ministro del Interior por razón de la materia y al haberse dictado el acto por el delegado de Gobierno.

Los posibles límites a esta facultad de la Administración de revisión de oficio vienen enunciados en el artículo 110 de la LPAC, en el sentido de que

las facultades de revisión establecidas en este Capítulo no podrán ser ejercidas 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. En el caso de aplicar alguno de los mismos debería acreditarse de forma fehaciente.

4. Si, finalmente, hubieran transcurrido dos años desde que se produjo la nueva autorización de residencia y trabajo temporal, ¿cabría alguna actuación administrativa para anularla?

En este caso, puesto que la duración de esa nueva autorización de residencia y trabajo era por dos años, el contenido del acto se habría ya extinguido, por lo que, en principio, no tendría sentido alguno revisar de oficio un acto que ya se ha extinguido y que, por tanto, ha desaparecido del ordenamiento jurídico. De manera que, creemos que, en principio, no es aconsejable la revisión de oficio del acto administrativo. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, nada obsta a que se pueda realizar alguna actuación administrativa para acreditar que en el acto administrativo que ya se ha extinguido existió un vicio, en su caso y si se acredita, de nulidad absoluta. Pero, repetimos, que no parece que tenga sentido alguno.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (Código Penal de 1995), arts. 130 y 136.

- Ley 39/2015, de 1 de octubre (del procedimiento administrativo común), arts. 22, 24.3, 28, 47, 53.1 d), 61.1, 88, 95, 106, 109, 110, 111, 116, 125 y 126.
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000), arts. 67.5, 77.1, 98, 105, 109.8, 113, 114, 117 y 162.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2022

CEF.-

Modalidades

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 32.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 28.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 19.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 8.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 7.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

CEF.-

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

CEF.-

Lugar y plazo

Los trabajos, junto con el sobre cerrado, se remitirán a la secretaría del CEF.- de Madrid: Centro de Estudios Financieros, a la atención de Begoña Cob Montes, Paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección. El plazo finaliza el día **4 de mayo de 2022**, a las **20:00 horas**.

CEF.-

Solicitud de las bases

Puede solicitar las bases del premio visitando www.cef.es

Tu currículum no dice que

CUANDO QUIERES ALGO NO HAY QUIEN TE PARE

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación y Recursos Digitales • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario • Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA